

Pubblicato il 30/09/2022

N. 06011/2022 REG.PROV.COLL.
N. 04909/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4909 del 2019, proposto da Giuseppe Angeli, Valentina Lerro, Davide De Rosa e Stefano Benenato, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Frezza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "A. Cardarelli", rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Nardone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Giuseppe Raggiola, Ciro Scognamiglio, Daniela Sesto e Gennaro De Cesare, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

- della delibera n. 847 del 11 ottobre 2019, con cui il Direttore Generale della Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli" ha deliberato, per quello che interessa: a) di rettificare e integrare la graduatoria di merito del **concorso** pubblico per titoli ed esami per la copertura di n. 60 posti a tempo

indeterminato di operatore socio sanitario cat. BS di cui alla precedente delibera n. 836 del 3/10/2019; b) di prendere atto della graduatoria di merito così come rettificata e integrata, in sostituzione della graduatoria approvata con la precedente delibera n. 834 del 3/10/2019; c) procedere all'utilizzo della citata graduatoria per n. 35 unità in aggiunta alle n. 60 unità di cui alla delibera 834 del 3/10/2019 e a completamento delle 95 previste nel PTFP 2018/2019; d) procedere ulteriormente all'utilizzo della citata graduatoria per n. 78 unità i cui costi risultano cristallizzati nei fondi della contrattazione integrativa in quanto rientranti al 31.12.2017 nella spesa del personale dipendente e relativi ai tempo determinato in servizio alla stessa data per un totale di unità da reclutare a tempo indeterminato pari a n. 173;

- della delibera n. 933 del 13 novembre 2019, con cui il Direttore Generale della Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli" ha deliberato, per quello che interessa, di: a) prendere atto della riformata graduatoria di merito del citato **concorso** in sostituzione integrale di quella precedentemente approvata con la delibera n. 847 del 11/10/2019; b) prendere atto delle rinunce espresse da n. 14 candidati presenti in graduatoria; c) procedere allo scorrimento della graduatoria per n. 14 unità a copertura delle suddette rinunce; d) autorizzate l'immissione in servizio dei 14 utilmente collocati dalla posizione 158 alla posizione 171;

- tutte nella parte in cui è stata applicata la riserva del 30% prevista dagli artt. 678 e 1014 D.lgs. n. 66/2010 in favore degli appartenenti alle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito solo in relazione ai 60 posti originariamente previsti nel bando di **concorso** e non invece ai n. 173 posti risultanti all'esito della degli atti di rettifica e integrazione della graduatoria di merito disposti con le medesime delibere;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, anche implicito, se ed in quanto lesivo degli interessi dei ricorrenti, ivi inclusi, ove occorra:

a) della delibera n. 834 del 3 ottobre 2019, con cui il Direttore Generale della Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli" ha deliberato, per

quello che interessa, di prendere atto dei verbali redatti dalla Commissione Esaminatrice relativi al **concorso** pubblico per titoli ed esami per la copertura di n. 60 posti a tempo indeterminato di Operatore Socio Sanitario cat. BS, e di prendere atto della relativa graduatoria di merito del citato **concorso** allegata, autorizzando l'immissione in servizio dei 60 vincitori di cui i primi 42 utilmente collocati nella graduatoria di merito e n. 18 unità di cui alla riserva in favore degli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito;

b) della delibera n. 960 del 22 novembre 2019, con cui il Direttore Generale della Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli", dopo avere "rilevato che a seguito di ulteriori verifiche richieste da n. 5 candidati si è proceduto alla rielaborazione della graduatoria di merito allegata alla delibera n. 933 del 13/11/2019", ha deliberato di prendere atto della riformata graduatoria di merito del **concorso**, che sostituisce integralmente quella di cui alla delibera n. 933 del 13/11/2019;

c) delle non meglio precisate delibere n. 71 del 29/01/2019 e n. 693 del 12/07/2019, citate negli atti impugnati ai punti da 1 a 4 che precedono e di cui si ignora il contenuto, nella parte in cui e se prevedono il reclutamento di operatori socio sanitari cat. BS in violazione delle disposizioni di cui all'art. 1014 D.lgs. n. 66/2010 che stabiliscono la riserva del 30% dei posti in favore degli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito;

d) della non meglio precisata nota prot. n. 12865 del 08.06.2019, citata negli atti impugnati ai punti da 1 a 4 che precedono e di cui si ignora il contenuto, nella parte in cui e se prevede il reclutamento di Operatori Socio Sanitari cat. BS in violazione delle disposizioni di cui all'art. 1014 D.lgs. n. 66/2010 che stabiliscono la riserva del 30% dei posti in favore degli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito;

e) del bando di **concorso** pubblicato sul BURC in data 30 luglio 2018, nella parte in cui prevede la selezione per sole 60 unità e/o comunque nella parte

in cui non prevede l'applicazione della riserva del 30% prevista dagli artt. 678 e 1014 D.lgs. n. 66/2010 anche in relazione ad eventuali integrazioni dei posti risultanti all'esito del **concorso**;

f) di ogni altro atto, se esistente, e anche implicito, in cui l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli" ha previsto il reclutamento di operatori socio sanitari cat. BS in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 678 e 1014 D.lgs. n. 66/2010 che stabiliscono la riserva del 30% dei posti in favore degli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito, ivi incluse le convocazioni dei candidati che, in caso di corretta applicazione delle disposizioni normative sopra citate, non sarebbero stati inseriti nell'ambito dei 173 operatori socio sanitari da reclutare; nonché per l'accertamento del diritto dei ricorrenti:

- al riconoscimento dell'applicazione anche nei loro confronti della riserva del 30% prevista dagli artt. 678 e 1014 D.lgs. n. 66/2010 in favore degli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito, e del conseguente diritto all'inserimento nella graduatoria di merito in posizione utile ai fini del reclutamento nell'ambito dei n. 173 Operatori Socio Sanitari in corso presso l'Azienda Ospedaliera Cardarelli, o quantomeno, in via subordinata, del diritto ad essere collocati in graduatoria in posizione utile in via prioritaria ai fini di ulteriori reclutamenti.

con conseguente condanna:

- dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli" ad applicare la riserva del 30% prevista dagli artt. 678 e 1014 D.lgs. n. 66/2010 in favore degli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito in relazione al totale dei n. 173 posti risultati all'esito dei provvedimenti impugnati, con conseguente reclutamento in via prioritaria, rispetto ai candidati non riservatari, degli ulteriori candidati in possesso dei requisiti per la riserva medesima, tra cui i ricorrenti, ovvero, in via subordinata, di collocare i ricorrenti in posizione prioritaria in graduatoria ai fini di eventuali ulteriori scorrimenti e/o reclutamenti;

nonché, in via subordinata:

- per la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1014 del D.Lgs. n. 66/2010 in relazione agli artt. 3 e 117 della Costituzione, alla luce di quanto evidenziato nel motivo sub. 4) del presente atto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "A. Cardarelli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza di smaltimento la dott.ssa Maria Colagrande del giorno 13 settembre 2022 tenutasi in collegamento da remoto;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti hanno aderito al bando pubblicato sul BURC in data 30.7.2018 dall'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale "A. Cardarelli" per la copertura, previo **concorso** per titoli ed esami, di 60 posti a tempo indeterminato di operatore "socio-sanitario - cat. BS".

Il bando prevedeva, ai sensi degli articoli 1014 e 678 del d.lgs. n. 66/2010, la riserva del 30% dei posti in favore di coloro che, come i ricorrenti, appartengono a una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito, nonché degli ufficiali in ferma biennale o prefissata.

1.1. Espletata la selezione, l'Azienda, con delibera n. 834 del 3/10/2019, ha approvato la graduatoria di merito del **concorso** pubblico.

1.2. Con successiva delibera n. 847 del 11.10.2019 il numero di unità da reclutare è stato aumentato da 60 a 173, senza però disporre il corrispondente aumento percentuale del 30% dei posti da riservare agli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito.

1.3. Se l'Azienda avesse applicato la percentuale del 30% sui 173 posti, anziché sugli originari 60 posti, i ricorrenti sarebbero risultati collocati in graduatoria in posizione utile al reclutamento.

1.4. Essi impugnano pertanto i provvedimenti indicati in epigrafe nella parte in cui all'aumento dei posti da coprire mediante scorrimento della graduatoria non ha fatto seguito il proporzionale aumento del contingente riservato agli appartenenti ad una delle categorie di volontari delle forze armate congedati senza demerito.

1.5. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) *violazione artt. 2, 3 e 97 Cost. – violazione art. 1014 e 678 d.lgs. n. 66/2010 – violazione di legge – eccesso di potere: inesistenza dei presupposti – sviamento di potere;* l'art. 1014 del d.lgs. n. 66/2010 prevede il recupero delle frazioni di posto riservate che non sono state utilizzate ove si proceda ad assunzioni ulteriori (rispetto ai posti messi a **concorso**) per scorrimento della graduatoria degli idonei; l'Azienda avrebbe dovuto pertanto applicare la disposizione al caso di specie in cui si è proceduto ad aumentare il numero dei posti da coprire attingendo alla graduatoria nella quale i ricorrenti figurano in posizione utile per l'assunzione;

2) *violazione artt. 2, 3, 24 e 97 Cost. – violazione art. 3 l. n. 241/90 - difetto di motivazione;* l'Amministrazione intimata avrebbe completamente omissso di fornire una pur succinta motivazione sulle ragioni per le quali la riserva del 30% è stata applicata solo alle 60 assunzioni previste dal bando e non anche all'ulteriore contingente aggiunto successivamente;

3) *violazione artt. 2, 3, 24 e 97 Cost. – eccesso di potere: contraddittorietà – sviamento di potere – difetto di istruttoria - illogicità – irragionevolezza – disparità di trattamento;* il bando di **concorso** avrebbe dovuto prevedere un numero di posti maggiore dei 60 previsti perché, ancor prima dell'indizione del **concorso**, l'Azienda era a conoscenza della necessità di reclutare un numero ampiamente superiore di operatori socio-sanitari sul quale calcolare *ab origine* la percentuale del 30% prevista dagli artt. 678 e 1014 d.lgs. n. 66/2010.

1.6. I ricorrenti prospettano infine la questione di legittimità costituzionale degli articoli 678 e 1014 d.lgs. n. 66/2010 per violazione dell'art. 3 della Costituzione, dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, in relazione agli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 117 comma 1 della Costituzione, se interpretati nel senso di consentire alla Pubblica Amministrazione di bandire un **concorso** per un numero di posti inferiore all'effettivo fabbisogno, senza imporre l'applicazione della percentuale di riserva prevista dagli artt. 678 e 1014 d.lgs. n. 66/2010 anche ai posti successivamente coperti con lo scorrimento della graduatoria degli idonei.

1.7. Resiste l'Azienda ospedaliera intimata che preliminarmente eccepisce il difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario.

1.8. All'udienza di smaltimento del 13 settembre 2022 il ricorso è passato in decisione.

2.1. Preliminarmente si esamina l'eccezione di difetto di giurisdizione.

2.1.1. L'eccezione è fondata limitatamente ai primi due motivi di ricorso che vertono sul diritto, riconosciuto, secondo i ricorrenti, dall'art. 1014 d.lgs. 66/2010, all'assunzione con riserva degli appartenenti alle categorie ivi previste, da calcolarsi nella misura del 30% anche sui posti resisi disponibili dopo l'assegnazione ai vincitori di quelli messi a **concorso**, da coprire mediante scorrimento della graduatoria degli idonei.

2.1.2. Ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie in materia di assunzione ai pubblici impieghi contrattualizzati (esclusi quelli in regime di diritto pubblico) mediante scorrimento della graduatoria formata dopo la conclusione della fase concorsuale limitatamente alla quale sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo (fra le tante cfr. Cassazione civile, sez. un., 12/8/2021, n. 22746).

2.1.3. Pertanto il caso in decisione, poiché verte su questioni inerenti a una fase successiva a quella concorsuale, esula dalla giurisdizione del giudice

ammnistrativo.

2.1.4. Né ricorrono altre condizioni per attrarne la cognizione al giudice amministrativo in ragione della natura del potere esercitato dall'Azienda nella fase in cui, conclusa la selezione, si è deciso di aumentare il contingente dei posti da coprire attingendo alla graduatoria. I primi due motivi di ricorso contestano infatti, non la decisione discrezionale di aumentare detto contingente, ma la mancata estensione ad esso della riserva del 30% prevista dall'art. 1014 d.lgs. 66/2010.

2.1.5. Infatti, così circoscritto l'ambito delle censure poste con il primo e il secondo motivo, stabilire se la ASL intimata fosse tenuta ad applicare la riserva dei posti prevista dall'art. 1014 d.lgs. n. 66/2010 anche all'aumento dei posti da coprire mediante scorrimento della graduatoria degli idonei, con conseguente affermazione del diritto dei ricorrenti di occupare quali riservisti il 30% del contingente ulteriore, pone una questione di spettanza di un bene della vita che fa capo direttamente alla legge, esclusa ogni valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, con conseguente devoluzione della decisione al giudice ordinario.

2.2. Al contrario, il terzo motivo censura l'azione amministrativa nella fase indittiva della procedura concorsuale, sul presupposto che l'Azienda ospedaliera avrebbe illegittimamente sottostimato il fabbisogno del personale da reclutare e prospetta una lesione dell'interesse dei ricorrenti, risultati idonei all'esito della selezione, di essere assunti attingendo al maggior numero di posti che avrebbero potuto essere accantonati per i riservisti *ex* artt. 678 e 1014 se l'Azienda avesse indetto il **concorso** sul contingente corrispondente all'effettivo fabbisogno, quale risultante da successivi incrementi fino a 173 posti complessivi.

2.2.1. Occorre premettere che la stima del fabbisogno dell'organico delle pubbliche amministrazioni implica, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001, l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale che si confronta con posizioni di interesse legittimo.

- 2.2.2. Sulla questione posta con il terzo motivo sussiste pertanto la giurisdizione del giudice amministrativo.
- 2.3. Nel merito il motivo è infondato.
- 2.3.1. Ai sensi del comma 3 dell'art. 6 d.lgs. 165/2001 il fabbisogno di personale è definito in un piano triennale secondo le linee di indirizzo di cui all'articolo 6-ter, *“nell'ambito del potenziale limite finanziario massimo”* della rimodulazione della dotazione organica effettuata in base al fabbisogno programmato.
- 2.3.2. Per esigenze di contenimento della spesa pubblica per il personale, il comma 2 dell'art. 6 prevede che *“Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente”*.
- 2.3.3. Pertanto non vi è alcuna corrispondenza automatica fra il numero dei posti vacanti e quelli sui quali poi indire il **concorso**, potendosi al contrario verificare, per ragioni di bilancio, uno scostamento per difetto dei secondi rispetto ai primi.
- 2.3.4. La deliberazione n. 847 assunta in data 11.10.2019 dell'Azienda resistente motiva infatti l'aumento dei posti di operatore socio-sanitario (da coprire attingendo alla graduatoria del **concorso** al quale hanno partecipato i ricorrenti), richiamando, fra gli atti presupposti, il piano triennale del fabbisogno di personale approvato con le deliberazioni n. 71/2019 e n. 693/2019, che sono entrambe successive all'indizione del **concorso**.
- 2.3.5. È dunque evidente che le condizioni finanziarie per procedere alla copertura dei posti aggiuntivi, sono maturate dopo la pubblicazione del bando di **concorso** del 30.7.2018 che ne prevedeva solo 60.
- 2.3.6. Il maggior fabbisogno di personale nella qualifica di operatore socio-sanitario, seppur prevedibile, non avrebbe quindi potuto essere oggetto di procedura concorsuale in mancanza del necessario, prodromico atto di

rimodulazione della dotazione organica e di verifica della sostenibilità finanziaria delle corrispondenti nuove assunzioni.

2.3.7. Parimenti sono successive all'indizione del **concorso** - pertanto non avrebbero potuto incidere sul numero dei posti messi a **concorso** - le richieste pervenute da altre aziende ospedaliere (ASL Napoli 1 Centro e ASL Napoli 3 sud) di attingere personale dalla graduatoria, in corso di formazione, degli operatori socio-sanitari, richieste che hanno indotto l'Azienda resistente ad elevare il numero di candidati ammessi alle fasi del **concorso** successive alla prova preselettiva dagli originari 500 a 2.000 posti (cfr. delibera n. 834 del 3.10.2019).

3. Ciò premesso è manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli articoli 678 e 1014 d.lgs. n. 66/2010 prospettata dai ricorrenti in quanto l'impossibilità di accedere alla loro tesi dipende dalla corretta applicazione di norme cogenti in materia di definizione delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni (art. 6 d.lgs. n. 165/2001), non già dall'interpretazione delle disposizioni sulla quale essi esprimono dubbi di incostituzionalità.

3.1. Il terzo motivo pertanto deve essere respinto.

4. L'esito del giudizio e la novità della questione giustificano la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara il difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario sui primi due motivi di ricorso;
- dichiara manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli articoli 678 e 1014 del d.lgs. n. 66/2010;
- respinge il terzo motivo di ricorso;
- compensa le spese processuali.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2022
con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Di Vita, Presidente FF

Maria Colagrande, Consigliere, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Colagrande

IL PRESIDENTE
Gianluca Di Vita

IL SEGRETARIO