

Pubblicato il 28/10/2020

N. 02251/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00491/2019 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 per la Sicilia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 491 del 2019, proposto da OMISSIS, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Mangano, Riccardo Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimiliano Mangano in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

***contro***

Regione Sicilia - Assessorato della Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, 6; Presidente Regione Siciliana non costituito in giudizio; Arnas - Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione Civico-Di Cristina-Benfratelli di Palermo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Marinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Calogero Taormina non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***

- della delibera n. 16 del 21 dicembre 2018 dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione - Civico Di Cristina Benfratelli, avente ad oggetto “Ammissione ed esclusione dei candidati alla procedura di cui all'Avviso Pubblico finalizzato alla stabilizzazione a tempo indeterminato del personale del Comparto e della Dirigenza del S.S.N. in possesso dei requisiti di cui all'art. 20, comma 2 del D.Lgs. 75/2017”, nonché degli allegati n. 1 «elenco ammessi comma 2 dirigenza - dirigenti sanitari non medici – psicologo»; e n. 3 “elenco esclusi comma 2 dirigenza - dirigenti sanitari non medici – profilo psicologo», nella parte in cui la dott.ssa OMISSIS non è inserita nell'elenco degli ammessi ed è inserita nell'elenco degli esclusi;
- della nota dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione - Civico Di Cristina Benfratelli, trasmessa a mezzo pec in data 8 febbraio 2019, a firma del direttore UOC Risorse Umane ARNAS CIVICO PALERMO, avv. M.L. Curti, avente ad oggetto “Riscontro istanza accesso atti dott.ssa OMISSIS”;
- della nota dell'Assessorato Regionale della Salute – Dipartimento per la Pianificazione Strategica prot./Serv. 1/n. 42238 del 31/05/2018;
- ove occorra e per quanto di ragione, di ogni (eventuale) verbale, non reso noto, relativo alla esclusione della dott.ssa OMISSIS dalla procedura di cui all'Avviso Pubblico finalizzato alla stabilizzazione a tempo indeterminato del personale del Comparto e della Dirigenza del S.S.N. in possesso dei requisiti di cui all'art. 20, comma 2 del D.Lgs. 75/2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Sicilia - Assessorato della Salute e di Arnas - Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione Civico-Di Cristina-Benfratelli di Palermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 il dott. Luca Girardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con ricorso ritualmente presentato, l'odierna ricorrente chiede l'annullamento della deliberazione n. 16 del 21 dicembre 2018 dell'ARNAS Civico, avente ad oggetto *“ammissione ed esclusione dei candidati alla procedura di cui all'Avviso Pubblico finalizzato alla stabilizzazione a tempo indeterminato del personale del Comparto e della Dirigenza del S.S.N. in possesso dei requisiti di cui all'art. 20, comma 2 del D.Lgs n. 75/2017”* nonché degli elenchi allegati, nella parte in cui la medesima ricorrente non è stata inserita tra gli ammessi. Viene contestualmente impugnata la direttiva prot. Serv.1/42238 del 31 maggio 2018, indirizzata alle Aziende e agli Enti del S.S.R., recante chiarimenti su taluni aspetti delle procedure di stabilizzazione del personale precario.

In particolare, con la deliberazione n. 16 del 21 dicembre 2018, l'Azienda ha disposto l'esclusione della dott.ssa OMISSIS dalla procedura per assenza del requisito previsto dall'art. 20, comma 2, lett. b) del D.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, fornendo successivamente chiarimenti più puntuali. Nella specie, è dato leggere nella nota dell'8 febbraio 2019 dell'ARNAS che la ricorrente è stata esclusa non avendo: *“maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso e/o anche presso diverse amministrazioni del Servizio sanitario nazionale per il personale medico, "dirigenziale e no" tecnico-professionale ed infermieristico (comma 11 arti 20, d.lgs.*

75/17)" precisando che la valutazione del requisito dei tre anni, in applicazione dei dettami di cui alla riforma Madia, Legge 7 agosto 2015, n. 124, va fatta al 31 dicembre 2017, con ciò riscontrando l'assenza del requisito in quanto il periodo di servizio prestato a tale data sarebbe solo di 1 anno e otto mesi.

A fondamento del ricorso sono stati dedotti due motivi incentrati principalmente sulla violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. n. 75/2017, art. 20 (commi 2 e 9) e violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 per difetto o carenza di motivazione e di istruttoria.

In particolare, la ricorrente chiarisce di essere regolarmente in possesso del requisito che la deliberazione impugnata ritiene insussistente, in quanto al periodo di lavoro svolto nell'ambito di un regolare contratto di collaborazione coordinata e continuativa, svolto presso l'Azienda resistente, andrebbe sommato un rapporto con borsa di studio intercorso con l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione Garibaldi di Catania dal 15 settembre 2011 al 14 luglio 2015 (Azienda Garibaldi).

Risultano costituite le Amministrazioni intime le quali hanno prodotto memorie a difesa.

Con ordinanza cautelare n. 407/2019, questo Tribunale ha rigettato l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati per insussistenza di sufficiente fumus in quanto *"anche se l'esercizio dell'attività di borsista comporta l'esecuzione di prestazioni assimilabili a quelle di un lavoratore, queste prestazioni, per la prevalente natura di apprendimento dell'attività svolta, non possono configurarsi come prestazioni lavorative perché la causa del loro svolgimento è ben diversa da quella che caratterizza il rapporto di lavoro, l'erogazione in favore del borsista di un'indennità economica non costituisce un corrispettivo per l'attività prestata ma ha solo la funzione di garantirgli un sostentamento per il periodo in cui svolge l'attività borsistica"* (cfr. in tal senso Cons. di Stato, sez. III, 19/01/2012, n. 251; sez. VI, n. 5432 del 31 ottobre 2008 e n. 5910 del 20 ottobre 2005).

A seguito di appello cautelare, il CGA con ordinanza n. 428/2019 ha riformato il suddetto provvedimento interinale avendo ritenuto che *“le argomentazioni di parte appellante non sembrano superare le previsioni testuali di cui all’art. 20 d.lgs. n. 75/2017, sebbene tale disposizione, nella parte in cui sembra escludere dalla stabilizzazione i titolari di rapporti per attività di ricerca o borsa di studio, senza riguardo alla natura sostanziale di rapporto di lavoro, sembra presentare profili di irragionevolezza e dunque di incostituzionalità, da valutare in sede di merito, sollevando incidente di costituzionalità o verificando la possibilità di una esegesi estensiva in chiave costituzionalmente orientata, avuto riguardo alla verifica in fatto della natura sostanziale dell’attività prestata dalla ricorrente”*, con conseguente accoglimento dell’istanza della ricorrente al solo fine della sollecita fissazione del merito ex art. 55, comma 10, c.p.a.

In vista dell’udienza le parti hanno depositato memorie ribadendo le proprie posizioni.

All’udienza pubblica del 22 ottobre 2020, la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

1. Premessi i fatti come esposti in narrativa, preliminarmente il Collegio procede con lo scrutinio delle due eccezioni in rito.

1.1. L’eccezione di giurisdizione sollevata dalle Amministrazioni resistente è infondata alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale, anche di questo Tribunale, secondo il quale va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la sola cognizione delle controversie relativa alle procedure di stabilizzazione del personale precario espletate ai sensi dell’art. 20, comma 1, d.lgs. 75/2017, non venendo in rilievo valutazioni comparative di natura concorsuale, ma la mera verifica, di carattere oggettivo e vincolato, del possesso dei requisiti di accesso predeterminati. (ex multis T.A.R. Roma, sez. III, 01/02/2019, n. 1350, T.A.R. Roma, sez. III, 17/01/2020, n. 606). Viceversa, per quanto riguarda le procedure di cui al secondo comma, come quella oggetto del presente giudizio, la

giurisprudenza ritiene sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di una procedura avente ad oggetto una vera e propria selezione, aperta anche all'esterno, per un numero di posti inferiore a quello dei soggetti aventi i requisiti, la quale è rivolta al personale che non ha già superato prove concorsuali (cfr. ex multis T.A.R. Palermo, sez. III, 15/10/2019, n. 2364; T.A.R. Catania, sez. IV, 10/04/2019, n. 771; T.A.R. Roma, sez. III, 22/01/2019, n. 845).

Nel caso in esame, infatti, l'atto impugnato consiste nella preliminare ricognizione del personale potenzialmente interessato a partecipare alla procedura selettiva di cui all'art. 20, comma 2, d.lgs. 75/2017, prima della adozione del piano del fabbisogno del personale. Si tratta di un atto che all'evidenza si pone in relazione di strumentalità necessaria con la futura procedura selettiva in quanto individua in modo definitivo il personale avente diritto a partecipare alla procedura di stabilizzazione de qua e conseguentemente dispone implicitamente l'esclusione dei soggetti non individuati. Esso, pertanto, condivide la natura degli atti della procedura concorsuale e deve essere conosciuto dal giudice amministrativo. A conferma di quanto detto, l'Avviso Pubblico descrive le caratteristiche della procedura che viene definita dalla stessa Amministrazione come "procedura selettiva" per titoli e colloquio con successiva nomina di commissioni giudicatrici.

In applicazione di tali principi, da cui la Sezione non ritiene di doversi discostare, trattandosi nel caso di specie di procedimento di cui al secondo comma dell'art. 20, d. lgs. n. 75/2017, l'eccezione di difetto di giurisdizione deve essere respinta.

1.2. Per contro, va accolta l'eccezione della Difesa erariale di carenza di legittimazione passiva della Presidenza della Regione Siciliana stante l'evidente indebita *vocatio* della stessa nella causa odierna, con conseguente estromissione dal giudizio. Ed invero, attesa la piena autonomia in materia delle singole Aziende sanitarie e l'assenza di contestazioni relative a provvedimenti di livello regionale,

non si vede sotto quale profilo la Presidenza della Regione debba o possa ritenersi parte necessaria della vertenza in esame.

2. Venendo al merito della vicenda, il punto nodale della presente controversia attiene al possesso o meno da parte della dott.ssa OMISSIS del requisito di cui alla lettera b) del comma 2 dell'art. 20 del D. lgs. 75 del 2016 (*“abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2020, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso”*) ai fini della partecipazione alla procedura di stabilizzazione de qua. In particolare, l'Azienda ha motivato l'esclusione di controparte dalla procedura, perché questa non era in possesso del predetto requisito non avendo avuto in passato contratti di lavoro, anche non continuativi, con enti del Servizio Sanitario Nazionale, per il periodo richiesto, ma aveva svolto principalmente attività di borsista presso l'Azienda Garibaldi di Catania. Tutto ciò alla luce anche della direttiva assessoriale impugnata la quale chiarisce che possono ricomprendersi nel suddetto triennio le diverse tipologie di contratto flessibile di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001 e, segnatamente, i rapporti di lavoro a tempo determinato, di formazione e lavoro, di natura occasionale o coordinata e continuativa disciplinati dal comma 6 e ss. dell'art. 7 del medesimo T.U.P.I.. Per contro, non sarebbero annoverabili in detta elencazione, né l'attività dei ricercatori universitari a tempo determinato e dei dottorati di ricerca svolti presso strutture universitarie, né quella degli assegnisti di ricerca o titolari di borsa di studio.

2.1. Il Collegio, dopo attenta riflessione ed alla luce del chiaro indirizzo cautelare assunto dal C.G.A. con la citata ord.za n. 428/2019, ritiene (rimeditando in tal modo il proprio iniziale convincimento espresso in sede cautelare), fondate le doglianze della dott.ssa OMISSIS per le ragioni che seguono.

2.2. Come detto, ai fini del raggiungimento della soglia dei tre anni, la ricorrente chiede dunque di fare valere, in aggiunta al periodo già svolto con regolare

contratto co.co.co. presso l'Azienda resistente, prestazioni svolte nell'ambito di un progetto regionale sostenuto da una borsa di studio, presso l'Azienda Garibaldi di Catania.

Risulta pertanto indispensabile, ai fini del decidere, procedere attraverso un'indagine, *incidenter tantum* e a carattere sostanziale, degli indici di assimilabilità della borsa di studio al rapporto di collaborazione coordinata e continuativa a prescindere dal *nomenjuris*, in adesione a quanto deliberato dal giudice di appello con la ripetuta ordinanza n. 428/19.

Alla luce della dettagliata analisi condotta dalla ricorrente nei propri scritti difensivi, risulta innegabile che il rapporto da lei avuto con l'Azienda Garibaldi assume i connotati di una vera e propria collaborazione coordinata e continuativa in ragione:

- della predeterminazione delle giornate e del tempo lavoro minimo da effettuare e degli emolumenti mensili conseguiti a scadenze fisse;
- dell'esclusività della prestazione stante il divieto di percepire assegni o sovvenzioni provenienti da altre attività professionali o rapporti di lavoro;
- dell'obbligo di seguire programmi e direttive fornite dal da un responsabile di area, salva una certa autonomia nell'organizzazione della propria attività;
- del controllo meccanizzato delle presenze in ingresso ed in uscita;
- dell'obbligo di trasmettere una relazione trimestrale sullo stato di avanzamento dell'attività;
- della pacifica assenza di vincolo di subordinazione.

È bene precisare che nulla hanno controdedotto le Amministrazioni in merito alla verifica di assimilabilità descritta nel ricorso e sulla quale si incentra la giurisprudenza citata dalla dott.ssa OMISSIS.

Priva di pregio è anche l'eccezione sollevata dalla Azienda ospedaliera resistente secondo cui sarebbe la stessa circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica



n. 3/2017, richiamata anche nell'Avviso Pubblico, ad escludere esplicitamente tra i destinatari della predetta norma il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari a tempo indeterminato o a tempo determinato con ciò limitando soltanto agli enti pubblici di ricerca, e non anche alle Aziende del SSN, la valutazione delle attività quale borsista o assegnista di ricerca. Come correttamente rilevato in ricorso, in realtà la circolare richiamata non fa mai un espresso richiamo alle borse di studio.

Peraltro, a prescindere dalle puntuali elencazioni previste dagli atti richiamati, normativi e non, è lo scrutinio in concreto del tipo di attività svolta che può in ultimo chiarire a quale tipologia di prestazione ricondurre il contratto della dott.ssa OMISSIS.

Per quanto sin qui detto, la ricorrenza dei summenzionati indici di assimilazione della borsa di studio della dott.ssa OMISSIS ad un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, come elencati anche dal CGA nella sentenza richiamata dalla ricorrente (CGA sentenza n. 700 del 3 agosto 2020), oltre all'adozione di una nozione lata di "*lavoro flessibile anche di diversa tipologia*" quale presupposto legittimante per dare titolo alla stabilizzazione di cui all'art. 20, comma 2, d.lgs. 75/17 come prescritto nell'Avviso Pubblico, consentono al Collegio (nonostante i precedenti giurisprudenziali di segno contrario citati da questo TAR nell'ord.za cautelare n. 407/2019) di fornire una interpretazione costituzionalmente orientata della norma in parola, così da ritenere i periodi svolti e remunerati con borsa di studio della dott.ssa OMISSIS idonei ad integrare i tre anni di contratto flessibile richiesti alla lett. b) dell'art. 20, comma 2, D.lgs. n. 75/2017.

3. Per tutte le esposte ragioni, assorbite le ulteriori censure, il ricorso è fondato e merita accoglimento con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati nella parte in cui non consentono anche al personale titolare di borsa di studio, ove l'attività risulti effettivamente assimilabile ad un contratto di collaborazione

coordinata e continuativa, di valutare tale periodo nel calcolo del triennio di anzianità di servizio ai fini della partecipazione alla procedura di stabilizzazione di cui all'art. 20, comma 2, del D. Lgs. n. 75/17.

Le spese di giudizio possono essere compensate fra le parti avuto riguardo alla novità della questione ed alle oscillazioni giurisprudenziali in materia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Estromette dal giudizio la Presidenza della Regione Siciliana per carenza di legittimazione passiva.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Sebastiano Zafarana, Consigliere

Luca Girardi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Luca Girardi**

**IL PRESIDENTE**

**Calogero Ferlisi**

IL SEGRETARIO