

Segue verbale di udienza del 25/02/2019



TRIBUNALE DI BARI
REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano

Il giudice del lavoro dott.ssa Claudia Tanzarella, all'esito della discussione orale, udite le conclusioni delle parti, ha pronunciato la seguente

SENTENZA CONTESTUALE

nella causa iscritta al n. 9045/2015 del Registro Generale e promossa da
~~LAZIENDA SANITARIA LOCALE BA~~, con il procuratore avv. DURANO LORENZO

Ricorrente

nei confronti di

AZIENDA SANITARIA LOCALE BA, con il procuratore avv. TROTTA EDVIGE

Resistente

Oggetto: Altre controversie in materia di lavoro parasubordinato;

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso del 27.07.2015, l'istante in epigrafe indicato, premesso di essere medico specialista in Ostetricia e Ginecologia e di aver prestato servizio alle dipendenze della ASL BA quale Dirigente medico-Direttore della U.O.C. di Ostetricia e Ginecologia ~~del P.O. San Girolamo di Monopoli~~, sino al 31.08.2013, collocato in quiescenza, a seguito di domanda di pensionamento del 30 maggio 2013, a far tempo dal 1.9.2013, chiedeva di accertare e dichiarare il diritto alla formalizzazione degli incarichi a tempo indeterminato di specialistica ambulatoriale nella branca di Ostetricia – Ginecologia, conferitigli dal Comitato Consultivo Zonale di Bari con delibere del 19.12.2013 n. 116, per n. 17 ore settimanali presso la ASL BA – DSS n. 13, e n. 117, per n. 12 ore settimanali presso la ASL BA – DSS n. 14, con anzianità di servizio dall'01.10.2013, con condanna dell'ASL all'adozione dei provvedimenti necessari alla formalizzazione dei predetti incarichi, nonché al pagamento *“delle retribuzioni mancate a far tempo dal 09.02.2014 o, in subordine, al pagamento delle medesime somme o di quelle altre maggiori o minori che riterrà che il Tribunale, occorrendo anche in via equitativa, a titolo di risarcimento dei danni subiti a causa della mancata formalizzazione degli incarichi nei termini previsti dall'art. 23, comma 4, dell'Accordo Collettivo Nazionale”*, oltre a interessi e rivalutazione come per legge ed il favore delle spese di lite.

L'ASL BA, costituendosi e contestando in diritto le avverse pretese, concludeva per il rigetto del ricorso.

*

Tali essendo le prospettazioni delle parti, il ricorso è fondato nei limiti di seguito esposti.

I fatti di causa sono sostanzialmente incontestati.

Risulta, infatti, che l'odierno ricorrente, medico specialista in Ostetricia e Ginecologia, alle dipendenze della ASL BA quale Dirigente medico-Direttore della U.O.C. di Ostetricia e Ginecologia ~~del P.O. San Girolamo di Monopoli~~ sino al 31.08.2013, collocato in quiescenza il 01.09.2013 a seguito di domanda del 30 maggio 2013, nell'aprile 2013 abbia fatto istanza per transitare nella specialistica ambulatoriale presso la ASL BA, ex art. 23 comma 1 lett. 1 dell'ACN vigente, con riferimento ad alcuni turni vacanti nel marzo 2013, avendo pure presentato domanda



per le ore pubblicate nel giugno da ASL BR, per conto della quale espleta, in virtù della stipula di un contratto a tempo indeterminato, a far data dal 01.10.2013, n. 9 ore settimanali presso il ~~XXXXXXXXXXXXXX~~.

Nonostante il ricorrente fosse stato individuato come avente titolo con delibere del Comitato Consultivo nn. 74 e 75 del 23.07.2013 e avesse prontamente manifestato la propria di disponibilità con nota dell'08.08.2013, ASL BA con nota dell'01.10.2013 prot. n. 165422/2 dapprima sospendeva l'attribuzione degli incarichi a causa dell'asserita incompatibilità con lo *status* di pensionato del ricorrente e successivamente, con nota n. 244727/2 del 25.11.2013, non avendo ricevuto il richiesto parere da parte del Comitato Consultivo Regionale (pervenuto soltanto in data 26.11.2013, avente segno favorevole al ricorrente), invitava il Comitato Consultivo Zonale a rivedere la procedura di affidamento degli incarichi pubblicati in data 19.03.2013 nella branca di Ostetricia e Ginecologia.

A seguito della revisione delle procedure di affidamento, il Comitato Consultivo Zonale, con delibera n. 116 del 19.12.2013, individuava l'odierno ricorrente quale avente titolo all'attribuzione di un incarico a tempo indeterminato nella branca di Ginecologia per n. 17 ore settimanali presso la ASL BA – DSS n. 13, con anzianità di servizio dall'01.10.2013; inoltre, il Comitato Consultivo Zonale di Bari, con delibera n. 117 di pari data, individuava l'istante quale avente titolo all'affidamento di un incarico a tempo indeterminato nella branca di Ginecologia per n. 12 ore settimanali presso la ASL BA – DSS n. 14, con anzianità di servizio dall'01.10.2013.

Con note prot. nn. 2486 e 2497 del 30.12.2013 il Comitato Consultivo Zonale comunicava al ricorrente l'avvenuto conferimento in suo favore degli incarichi, invitandolo ad inoltrare la dichiarazione di disponibilità, manifestata dall'istante con nota depositata presso ASL BA in data 09.01.2014, con la quale provvedeva ad accettare gli incarichi conferitigli con note nn. 116 e 117 del 19.12.2013 (v. all. docc. da 4 a 8 fasc. ricorrente).

Si duole il ricorrente che, nonostante la completezza della documentazione e il corretto esperimento della procedura, in violazione dell'art. 23, comma 4, dell'ACN per la specialistica ambulatoriale, l'ASL BA abbia omesso di provvedere alla formalizzazione degli incarichi nel termine di trenta giorni dal ricevimento della dichiarazione di disponibilità del medico individuato dal Comitato Consultivo Zonale, opponendo la asserita incompatibilità dell'attribuzione dell'incarico con lo *status* del ricorrente di pensionato.

Nella presente fattispecie si controverte, quindi, in ordine all'ammissibilità del conferimento di incarico di specialistica ambulatoriale a soggetto che, avendo prestato servizio alle dipendenze della ASL BA quale Dirigente medico-Direttore della U.O.C. di Ostetricia e Ginecologia, veniva collocato in quiescenza in data 1° settembre 2013.

Orbene in materia di incarichi a personale collocato in stato di quiescenza la legge 23 dicembre 1994, n. 724 all'art 25 stabilisce che *“Al fine di garantire la piena e effettiva trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, al personale delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che cessa volontariamente dal servizio pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia dai rispettivi ordinamenti previdenziali ma che ha tuttavia il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità previsto dai rispettivi ordinamenti, non possono essere conferiti incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca da parte dell'amministrazione di provenienza o di amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio”*.

In relazione a tale norma la Suprema Corte aveva sottolineato che *“Il divieto di cumulo tra pensione anticipata di anzianità e lo svolgimento o la prosecuzione, successivamente alla cessazione del*



rapporto, di incarichi di consulenza per l'amministrazione di provenienza previsto dall'art. 25, comma 1, della legge n. 724 del 23 dicembre 1994 si estende anche allo svolgimento dell'incarico di direttore amministrativo presso una istituzione ospedaliera (nella specie l'Ospedale Maggiore di Milano), trattandosi di attività avente natura di lavoro autonomo, connotata dalla prestazione di un'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, e, quindi, riconducibile alla nozione di collaborazione prevista dalla norma; né tale soluzione appare in contrasto con la "ratio" della disposizione, atteso che l'obbiettivo della trasparenza nel conferimento degli incarichi non appare incompatibile con l'ulteriore fine di garantire risparmi di spesa impedendo il cumulo tra pensione e retribuzione, ben potendo in una stessa norma essere ravvisate più "rationes" (Cass. 28 luglio 2008, n.20523).

Successivamente l'art. 5 del D.L. 95/2012 ha previsto al comma 9 che *"È fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2011, nonché alle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 nonché alle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni di cui al primo periodo e degli enti e società da esse controllati, ad eccezione dei componenti delle giunte degli enti territoriali e dei componenti o titolari degli organi elettivi degli enti di cui all'articolo 2, comma 2-bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125. ((Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito"*.

Sussiste quindi il divieto di conferimento di incarichi di studio e di consulenza, a qualsiasi persona in quiescenza, si tratti di lavoratore privato o pubblico già appartenente a quella amministrazione presso cui si intende assumere l'incarico o ad altra amministrazione, sempre che si tratti di incarichi a titolo oneroso.

Occorre, cionondimeno, delimitare l'ambito applicativo di tale previsione ovvero individuare quali incarichi siano interdetti per il personale in stato di quiescenza e quali non lo siano e, ulteriormente, se, ove un incarico non sia qualificabile come di studio o consulenza, la *ratio* della norma consenta ugualmente una sua interpretazione estensiva al fine di evitare dispendio di risorse pubbliche.

La presidenza del Consiglio dei Ministri con Circolare 4 dicembre 2014, n. 6/2014 sull'interpretazione e applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012, come modificato dall'articolo 6 del decreto-legge 24 giugno 2014, ha chiarito che *"la disciplina in esame pone puntuali norme di divieto, per le quali vale il criterio di stretta interpretazione ed è esclusa l'interpretazione estensiva o analogica. Incarichi vietati, dunque, sono solo quelli espressamente contemplati: incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi, cariche di governo nelle amministrazioni e negli enti e società controllati"*.

Ciò era stato sostenuto anche dalla Corte dei conti, Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, nella deliberazione n. 23/2014/prev del 30 settembre 2014.

Un'interpretazione estensiva del divieto di conferimento degli incarichi potrebbe determinare un'irragionevole compressione dei diritti dei soggetti in quiescenza, in violazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, che ammette limitazioni a carico dei soggetti in questione purché imposte in relazione a un apprezzabile interesse pubblico (si vedano, in particolare, le sentenze n. 566 del 1989, n. 406 del 1995 e n. 33 del 2013 della Corte costituzionale).



Precisa ancora la circolare 6/2014 che *“Tra gli incarichi vietati rientrano tutti gli incarichi dirigenziali, compresi quelli di cui all'art. 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001 e da disposizioni analoghe. Tra gli incarichi direttivi, tutti quelli che implicano la direzione di uffici e la gestione di risorse umane. Vi rientrano, quindi, anche incarichi in strutture tecniche, quali quelli di direttore scientifico o sanitario, che comportano le suddette mansioni. Gli incarichi di studio e consulenza sono quelli che presuppongono competenze specialistiche e rientrano nelle ipotesi di contratto d'opera intellettuale, di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile. Costituiscono incarichi di studio quelli consistenti nello svolgimento di un'attività di studio, che possono essere individuati con riferimento ai parametri indicati dal decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n. 338. Costituiscono consulenze le richieste di pareri a esperti “(così Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, delibera 15 febbraio 2005, n. 6/CONTR/05)”*.

La Corte dei Conti (parere n.6/2015) ha poi precisato che l'interprete non è vincolato dal *nomen iuris* utilizzato, essendo necessario verificare l'effettivo contenuto dell'incarico che si deve conferire.

Il TAR Emilia Romagna (sentenza n. 298 depositata il 17 novembre 2015) in relazione al ricorso di un medico di medicina generale (posto in quiescenza dal 01.12.2012) il quale, dopo aver presentato domanda per una selezione bandita da un'ASL, aveva visto respingersi la stessa sulla base del disposto dell'art. 6 d.l. 90/2014, che ha modificato l'art. 5, comma 9, d.l. 95/2012, che vieta alle amministrazioni di conferire incarichi di studio e consulenza a lavoratori pubblici o privati in quiescenza, ha precisato che la prestazione professionale, per la quale il ricorrente aveva partecipato alla selezione, non fosse riconducibile a quelle vietate dalla norma sopra citata in quanto *“svolgere una prestazione specialistica ambulatoriale non costituisce né un incarico di studio né una consulenza”*.

In definitiva, l'art. 25 della legge n.724 del 1994 e l'art.8 del decreto legge n.95 del 6 luglio 2012, convertito con modifiche nella legge n.135 del 7 agosto 2012, non sono applicabili agli incarichi di medicina specialistica ambulatoriale.

Diversamente opinando nessun incarico sarebbe ammissibile e non si comprenderebbe la specificazione contenuta nella norma citata, quantunque le norme in tema di conferimento di incarichi a soggetti in stato di quiescenza manifestino senz'altro un generale sfavore verso tale conferimento e la ratio è da rinvenire nella volontà di ridurre le spese pubbliche come dimostra inequivocabilmente il titolo del decreto legge che disciplina la fattispecie.

La finalità non è, tuttavia, quella *“di escludere la possibilità che i soggetti in quiescenza operino presso le amministrazioni”*, ma di evitare che il conferimento di incarichi a questi soggetti sia utilizzato *“per aggirare lo stesso istituto del collocamento in quiescenza”*.

Si vuole agevolare *“il ricambio e il ringiovanimento del personale nelle pubbliche amministrazioni. Come altre disposizioni vigenti, che già limitavano la possibilità di conferire incarichi ai soggetti in quiescenza, esse non sono volte a introdurre discriminazioni nei confronti dei pensionati, ma ad assicurare il fisiologico ricambio di personale nelle amministrazioni, da bilanciare con l'esigenza di trasferimento delle conoscenze e delle competenze acquisite nel corso della vita lavorativa”*.

Non può ritenersi vietato in modo assoluto, ad un soggetto che possa aspirarvi, un posto presso un'amministrazione pubblica, sebbene egli sia stato collocato in quiescenza per aver raggiunto i relativi requisiti nella propria carriera nel suo precedente impiego con una pubblica amministrazione. Non è escluso il ricorso a personale in quiescenza per incarichi che non comportino funzioni dirigenziali o direttive e abbiano oggetto diverso da quello di studio o consulenza.



Del resto, l'art. 23, comma 1, dell'ACN prevede che *"...lo specialista ambulatoriale o il professionista può espletare attività ambulatoriale ai sensi del presente Accordo, in una sola branca medica specialistica, o area professionale e all'interno di uno o più ambiti zionali della stessa regione a ambiti zionali di altra regione confinante, e che le ore di attività sono ricoperte attraverso conferimento di nuovo incarico o aumenti di orario nella stessa branca o area professionale, attraverso riconversione in branche diverse per l'attribuzione dei turni comunque disponibili di cui all'art. 22 comma1, l'avente diritto è individuato attraverso il seguente ordine di priorità: ... i) specialista ambulatoriale titolare di pensione a carico di Enti diversi dall'ENPAM..."*.

Gli accordi collettivi consentono il conferimento di incarichi a soggetti, come il ricorrente, che godono di pensione e nessuna incompatibilità prevede l'art. 15 dell'ACN tra lo svolgimento di attività di medico specialista ambulatoriale e quella di ex dipendente dell'azienda sanitaria convenuta.

Ritiene, dunque, il Tribunale che la disciplina normativa prevista dalle leggi succitate e richiamata dalla ASL convenuta non sia applicabile al caso di specie. Trattandosi di incarichi professionali inerenti ad attività sanitaria, non aventi carattere di studio o consulenza, ma specialistica ambulatoriale, l'ipotesi in esame non soggiace al divieto in discorso.

Ravvisata la compatibilità tra il collocamento in quiescenza del ricorrente e l'attribuzione degli incarichi di specialistica ambulatoriale, per ciò che concerne la procedura, deve rilevarsi che la individuazione del nominativo del sanitario, avente diritto a ricoprire il turno vacante, rientra tra i compiti che l'art. 17 ACN assegna al Comitato zonale di cui all'art.16 e che tale attività è da tenere ben distinta dalla formalizzazione dell'incarico, attività che spetta all'ente e che, nel caso di specie, non è mai intervenuta.

La procedura in oggetto prevede, infatti, successivamente alla presentazione delle domande, l'individuazione del nominativo dell'avente diritto da parte della commissione zonale e l'assegnazione dell'incarico da parte dell'Azienda con formalizzazione dell'incarico entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della dichiarazione di disponibilità.

Sebbene in tali casi si tratti, come detto, di convenzioni di diritto privato, è possibile applicare i principi generali, già affermati in tema di concorsi nel pubblico impiego privatizzato dalla Cassazione, la quale ha precisato che l'approvazione della graduatoria è, ad un tempo, provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del contraente, da essa discendendo, per il partecipante collocatosi in posizione utile, il diritto all'assunzione e, per l'amministrazione che ha indetto il concorso, l'obbligo correlato, quest'ultimo soggetto al regime di cui all'art. 1218 cod. civ.; l'inadempimento dell'ente, in caso di mancata assunzione o di ritardo, viene sanzionato con il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni, salvo che l'ente pubblico dimostri che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad esso non imputabile (v. Ordinanza n. 9807 del 14/06/2012, Sentenza n. 1399 del 20/01/2009).

La Cassazione ha anche precisato, sempre in tema di concorsi nel pubblico impiego privatizzato, che il diritto del candidato vincitore ad assumere l'inquadramento previsto dal bando di concorso, espletato dalla P.A. in regime di pubblico impiego privatizzato per il reclutamento di propri dipendenti, è subordinato alla permanenza, al momento dell'adozione del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale il bando è stato emesso. Nel caso in cui detto assetto sia mutato a causa dello "jus superveniens", l'Amministrazione ha il potere-dovere di bloccare i provvedimenti dai quali possano derivare nuove assunzioni che non corrispondano più



alle oggettive necessità di incremento del personale, quali valutate prima della modifica del quadro normativo, in base all'art. 97 Cost. (v. sentenza n. 12679 del 20/06/2016).

Ciò posto, nella fattispecie in esame, avendo il Comitato Consultivo Zonale, con deliberazioni nn. 116 e 117 del 19.12.2013, comunicate con note prot. nn. 2486 e 2497 del 30.12.2013, individuato l'odierno ricorrente quale avente titolo all'attribuzione degli incarichi per cui è causa, avendolo all'epoca invitato ad inoltrare la dichiarazione di disponibilità effettivamente manifestata dall'istante con nota depositata presso ASL BA in data 09.01.2014, sussiste il diritto all'attribuzione degli incarichi in capo all'istante, essendo questi stato correttamente reclutato nell'ambito della procedura per la costituzione di rapporti convenzionali con la ASL e avendo egli formalmente rappresentato la propria disponibilità.

Ne deriva l'illegittimità della condotta dell'ASL BA che, sul presupposto di un insussistente divieto di attribuzione, ha mancato di formalizzare in favore del ricorrente gli incarichi che, accettati in data 9.1.2014, avrebbero dovuto essere attribuiti nei successivi 30 giorni, ai sensi dell'art. 23, comma 4, dell'ACN del 29 luglio 2009, con diritto del ricorrente al risarcimento dei danni cagionati da tale inadempimento.

Deve essere, pertanto, dichiarato il diritto del ricorrente all'attribuzione degli incarichi a tempo indeterminato di specialistica ambulatoriale nella branca di Ostetricia - Ginecologia di cui alla deliberazione n. 116 del 19.12.2013 del Comitato Consultivo Zonale di Bari, per n. 17 ore settimanali presso la ASL BA - DSS n. 13, e di cui alla deliberazione n. 117 del 19.12.2013 del Comitato Consultivo Zonale di Bari, per n. 12 ore settimanali presso la ASL BA - DSS n. 14, con anzianità di servizio dall'01.10.2013, e, di conseguenza, accertata l'illegittimità della condotta dell'ASL BA consistita nella mancata formalizzazione in favore del ricorrente degli incarichi predetti, l'ASL BA va condannata al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente a causa dell'omessa formalizzazione.

In questa sede è possibile soltanto una pronuncia di condanna generica, in assenza di qualsivoglia elemento relativo al valore economico degli incarichi in questione e al compenso percepito dal medico specialista convenzionato, nonché per non essere noto l'esatto monte ore su turni vacanti *medio tempore* espletato dall'odierno ricorrente (invero, l'art. 16 dell'Accordo Collettivo Nazionale del 29 luglio 2009 prevede il conferimento di un massimo di n. 38 ore per medico convenzionato e l'odierno ricorrente ha dedotto in ricorso di aver espletato e/o espletare a far data dal 01.10.2013 un incarico per n. 9 ore presso ASL BR; tuttavia non è dato sapere se, nelle more, ne abbia ricevuti ulteriori, sì da ampliare o completare il monte ore individuale previsto dall'art. 16 dell'ACN del 29.07.2009).

La questione interpretativa sottesa alla fattispecie in esame ed i plurimi orientamenti giurisprudenziali costituiscono congruo motivo per compensare le spese di lite nella misura di $\frac{1}{2}$, mentre la restante metà, liquidata come da dispositivo in considerazione dell'assenza di attività istruttoria, va posta a carico dell'ASL convenuta.

P.Q.M.

Il giudice, visto l'art. 429 c.p.c., definitivamente pronunciando sul ricorso proposto da **██████████** nei confronti di ASL BA con atto depositato il 27.07.2015, così provvede: accoglie il ricorso nei limiti indicati in parte motiva, dichiara il diritto del ricorrente all'attribuzione degli incarichi a tempo indeterminato di specialistica ambulatoriale nella branca di Ostetricia - Ginecologia di cui alla deliberazione n. 116 del 19.12.2013 del Comitato Consultivo Zonale di Bari, per n. 17 ore settimanali presso la ASL BA - DSS n. 13, e di cui alla deliberazione n. 117 del 19.12.2013 del Comitato Consultivo Zonale di Bari, per n. 12 ore settimanali presso la ASL BA - DSS n. 14, con anzianità di servizio dall'01.10.2013, e, per l'effetto, accerta e dichiara l'illegittimità della condotta dell'ASL consistita nella mancata formalizzazione dei predetti incarichi, con



condanna dell'ASL al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente a causa dell'omessa formalizzazione;

compensa le spese di lite nella misura della metà e condanna la Asl alla rifusione in favore del ricorrente della restante parte liquidata in € 2.000,00, oltre a rimborso forfetario 15%, IVA e CPA come per legge.

Bari, li 25.02.2019

IL GIUDICE
Claudia Tanzarella

