



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MONZA

Sezione Lavoro

La dott.ssa Serena Sommariva, in funzione di giudice del lavoro del Tribunale di Monza, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa di I Grado iscritta al N. 422/2019 R.G. promossa da:

[REDACTED], con il patrocinio degli avv.ti Alberto Ghidoni, Elisabetta Toccalli, Laura Bianchi, Grazia Moreschi e Giordano Stella **[REDACTED]** presso il loro studio di **[REDACTED]** Monte Nero, 17.

-ricorrenti-

contro

A **[REDACTED]** in Monza, via Pergolesi n. 22, in persona del Direttore Generale **[REDACTED]** **[REDACTED]**, con il patrocinio dell'avv. **[REDACTED]** e domicilio eletto presso il suo studio di Milano, **[REDACTED]**.

-resistente-

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il ricorso introduttivo del presente processo, depositato in data 20.2.2019, **[REDACTED]** **[REDACTED]** ni hanno convenuto innanzi al Tribunale di Monza, in funzione di giudice del lavoro, la **[REDACTED]**, esponendo che, a seguito di avviso pubblico per il conferimento di incarico quinquennale di direzione di struttura complessa di Chirurgia Toracica afferente al Dipartimento Cardio Toracico Vascolare della struttura sanitaria, di cui alla delibera n. 542 del 18.4.2017, avevano entrambi partecipato alla procedura ed erano stati selezionati dall'apposita Commissione nella terna degli idonei da sottoporre al Direttore Generale, sennonché quest'ultimo aveva conferito l'incarico al dr. **[REDACTED]** a decorrere dal 1.11.2017, nonostante il candidato prescelto, pur avendo il punteggio



più elevato in graduatoria, non possedesse uno dei requisiti previsti dall'avviso, conformemente a quanto disposto dall'art. 5, comma 1, lett. b) del DPR n. 484/1997, vale a dire il requisito dell'anzianità di servizio.

Premesso di aver sollecitato invano la P.A. convenuta a provvedere in autotutela ex art. 21 *quinquies* e *nonies* l. 241/1990, i ricorrenti hanno chiesto di condannare la ██████ al risarcimento del danno da perdita di *chances* dagli stessi subito in conseguenza dell'illegittima condotta tenuta nell'individuazione del candidato destinatario dell'incarico dirigenziale, rassegnando le conclusioni qui trascritte:

"1) accertare e dichiarare l'illegittimità della deliberazione n. 1525 del 13 ottobre 2017 del Direttore Generale dell'█████ e di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

2) previo accertamento, condannare l'█████, in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti e subendi dal dott. ██████ e dal dott. ██████, anche in via equitativa ai sensi e per gli effetti dell'art. 1226 c.c.;

3) con aggravio di rivalutazione monetaria e interessi legali;

4) con vittoria di spese e compensi professionali ex D.M. n. 55/2014, oltre rimborso forfettario (15% ex art. 2, comma 2 D.M. n. 55/14), CPA e IVA in misura di legge;

5) con sentenza esecutiva."

A supporto delle domande, ██████ e ██████ allegavano di aver partecipato alla procedura, essendo entrambi in possesso dei titoli previsti dall'avviso e dalla legge per ricoprire l'incarico e, segnatamente:

- di aver conseguito il dr. ██████ il diploma di laurea con lode in Medicina e Chirurgia presso l'Università degli Studi di Perugia in data 13.3.1996 e di essersi poi specializzato, in data 24.10.2001, in Chirurgia Toracica con la votazione finale di 50/50 e lode, per poi svolgere attività di dirigenza medica dal marzo 2004 all'attualità presso l'ASST di Mantova, con l'incarico dal 2012 di Vice-Direttore della Struttura Complessa di Chirurgia Toracica e di aver effettuato circa 2000 interventi di chirurgia toraco-polmonare open e mini-invasiva, tutto ciò, oltre allo svolgimento di incarichi consulenziali presso altre strutture socio-sanitarie e incarichi onorifici in svariate Associazioni e Fondazioni e alle molteplici esperienze di docenza universitaria e presso Enti e Società scientifiche;

- di aver conseguito il ██████ il diploma di laurea in Medicina e Chirurgia presso l'Università di Pavia nell'ottobre del 1987, di essersi specializzato in Chirurgia Toracica nel luglio del 1999 con la votazione di 70/70 e lode e di aver svolto attività di dirigenza medica dal 1994 al 2001, di dirigenza medica con funzione di aiuto dal 2001 al 2004, di Responsabile di struttura semplice dal 2004 al 2016 e dal 2016 ad oggi di Direttore di struttura complessa di Chirurgia Toracica presso l'Ospedale Santa Croce e Carle di Cuneo e di aver effettuato oltre 1.300 interventi in qualità di 1° o 2° operatore, oltre ad



essere professore dal 2002 presso scuole di specializzazione in Chirurgia Toracica, ad aver partecipato a numerosi progetti di ricerca medico-scientifica a livello nazionale e internazionale, ad essere membro di comitati editoriali e autore di articoli e trattati in campo medico-scientifico e a possedere l'abilitazione scientifica nazionale a Professore di Chirurgia Toracica di II fascia;

- che, per contro, il dr. **[REDACTED]**, laureatosi in medicina presso l'Università Gabriele D'Annunzio di Chieti in data 24.7.2001, aveva conseguito presso la medesima Università la Specializzazione non già in Chirurgia Toracica, bensì in Cardiocirurgia in data 13.11.2007 all'esito di un percorso di durata quinquennale;
- che, tra i requisiti di ammissione indicati nell'avviso pubblico, l'art. 2, lett. f), prevedeva un'anzianità di servizio di *"sette anni, di cui cinque nella disciplina di Chirurgia Toracica o in disciplina equipollente ovvero anzianità di servizio di 10 anni nella disciplina"*;
- che tale requisito doveva essere posseduto dai candidati alla data del 6.7.2017, coincidente con il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione dell'avviso sulla Gazzetta Ufficiale;
- che, avuto riguardo alla posizione dello **[REDACTED]**, il titolo di specializzazione dallo stesso posseduto, in Cardiocirurgia, non era da considerarsi equipollente a quello in Chirurgia Toracica ai sensi del DMS del 30.1.1998 né ai fini della valutazione e verifica dei titoli di carriera né ai fini della verifica e valutazione delle specializzazioni; di conseguenza, per partecipare alla procedura, egli avrebbe dovuto possedere, entro il termine di presentazione delle domande, il requisito dell'anzianità di servizio decennale nella disciplina di Chirurgia Toracica;
- che, tuttavia, da un semplice calcolo aritmetico risultava che il dot. **[REDACTED]** alla data del 6.7.2017 non poteva possedere la prescritta anzianità decennale, in quanto prima del 13.11.2007 non aveva neppure conseguito la specializzazione in Cardiocirurgia e nel quinquennio antecedente al 13.11.2007 avrebbe dovuto essere impegnato nel percorso formativo della relativa Scuola di Specializzazione;
- che un ulteriore elemento di contraddizione era ravvisabile nel fatto che nel periodo dal 1.7.2004 al 15.5.2007 lo **[REDACTED]** risultava aver operato solo nell'anno 2007 per 4 mesi e 10 giorni, dal 3 gennaio al 13 maggio, per un totale di 68 casi, di cui oltre 1/3 quale assistente, mentre nessun intervento risultava negli anni dal 2004 al 2007;
- che detta attività sarebbe stata svolta presso l'Ospedale Mater Dei di Malta, dove il ricorrente, nonostante la specializzazione in corso, sarebbe stato impiegato a tempo pieno per lo svolgimento di servizi dichiaratamente equipollenti a quelli di un dirigente medico di primo livello, con una retribuzione annua di euro 52.000,00, inadeguata a tale qualifica;
- che, con riferimento al periodo presso l'Ospedale Basildon (Regno Unito) dal 10.7.2007 al 22.8.2008, il predetto candidato non aveva presentato alcuna documentazione relativa all'attività clinica e



operatoria, mentre nel periodo dal 1.9.2008 al 30.6.2011 presso il Guy and St Thomas Hospital di Londra, aveva presentato casistiche operatorie solo per circa 24 mesi (dal 3.9 al 22.12.2008, dal 2.7.2009 al 30.12.2009, nell'anno 2010 e dal 5.1 al 23.2.2011) in parziale sovrapposizione ad una *Fellowship* (periodo formativo quale studente/borsista) presso l'Università di Toronto dal 1.3.2011 al 26.8.2011;

- che la casistica operatoria relativa a questo periodo era stata presentata ai fini della richiesta di ammissione, nonostante la stessa non avrebbe potuto essere considerata ai fini dell'anzianità di servizio ove il periodo formativo fosse stato svolto in Italia e, in genere, nell'UE;
- che lo [redacted] risultava essere stata nominato "senior clinical tutor" (ruolo assimilabile a quello dirigenziale in Italia) solo dal mese di marzo 2015, mentre nel periodo precedente non era dato apprezzare il ruolo e il livello dallo stesso ricoperti;

- che le lacune del percorso formativo e professionale, in una alla genericità e superficialità della documentazione relativa alle strutture sanitarie estere in cui lo [redacted] aveva operato (costituita dalle generiche affermazioni di queste) risultavano ancor più evidenti a confronto con la casistica operatoria e con la documentazione presentata dai ricorrenti, là dove, con riferimento al periodo dal 2006 al 2017, questi ultimi avevano documentato, mediante dettagliati riscontri provenienti dalle strutture sanitarie, l'esecuzione con cadenza costante di interventi di chirurgia toracica nel numero il [redacted] di oltre 2000 quale 1° o 2° operatore e il [redacted] nel numero di oltre 1300 in qualità di 1° o 2° operatore o di *tutor* di chirurgo in formazione;

- che, nonostante l'assenza dei requisiti previsti per partecipare alla procedura selettiva, il dr. [redacted] era stato prescelto dal Direttore Generale, [redacted], per ricoprire l'incarico quinquennale di direzione di struttura complessa - Chirurgia Toracica dal 1.11.2017 al 31.10.2022, essendosi qualificato in prima posizione con un punteggio di 85/100, seguito dal dr. [redacted] con un punteggio di 84/100 e dal dr. [redacted] con un punteggio di 83/100;

- che, dopo aver avuto accesso agli atti della procedura, i ricorrenti con lettera del 17.4.2018, avevano segnalato alla ASST di Monza l'assenza, in capo al dr. [redacted] del requisito di anzianità previsto dall'art. 2 lett. f) dell'avviso pubblico, chiedendo contestualmente all'Azienda di valutare la revoca/annullamento in autotutela della deliberazione n. 1525 del 13.10.2017 di assegnazione dell'incarico e di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale in via di autotutela ex art. 21 *quinquies* e *nonies* l. 241/1990;

- che, nel riscontrare l'istanza, la [redacted] si era schermata dietro la determinazione DPF004/04 del 24.6.2017 della Giunta Regionale dell'Abruzzo, prodotta dallo [redacted] unitamente alla domanda di ammissione alla procedura;



- che la predetta determinazione aveva stabilito che il servizio sanitario prestato all'estero dal dr. [REDACTED] [REDACTED] sensi della l. 735/1960 era riconosciuto equipollente al servizio di dirigente medico di primo livello in chirurgia toracica dal 1.7.2004 al 15.5.2007 e dal 10.7.2007 al 22.8.2008, nonché per gli ulteriori periodi di servizio svolti all'estero per concludere che *"tale servizio è valutato, ai fini concorsuali, con i punteggi previsti per il corrispondente servizio di ruolo, in quanto equiparato a quello prestato nel territorio nazionale, ai sensi dell'art. 22 del DPR n. 220 del 2001"*;

- che, tuttavia, il periodo di specializzazione, dedicato alla formazione, non può essere considerato ai fini dell'anzianità valida per la partecipazione agli avvisi pubblici volti al conferimento di un incarico di direzione di struttura complessa;

- che nell'anno 2017 il dr. [REDACTED] e il dr. [REDACTED] avevano percepito, rispettivamente, il primo una retribuzione annua lorda di euro 97.940,79 e il secondo di euro 114.681,59, con un onere aggiuntivo di spesa mensile per i trasferimenti in occasione del weekend dalla residenza di [REDACTED] luogo di lavoro ([REDACTED]) pari a euro 1.459,03 e per l'alloggio di euro 4.200,00 annui a titolo di canone di locazione.

Ciò premesso e richiamati, quanto alla giurisdizione dell'AGO in funzione di giudice del lavoro, l'art. 63 del D. lgs. n. 165/2001, che la estende a tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, ad eccezione di quelli ancora sottoposti al regime pubblicistico, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro e il conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali, nonché la giurisprudenza della Cassazione sul punto (SSUU 11711/2016), con particolare riferimento alle procedure selettive per l'accesso a detti incarichi, non aventi natura concorsuale, i ricorrenti, ribadita l'assenza in capo al [REDACTED] del requisito dell'anzianità di servizio richiesto dall'avviso pubblico e la conseguente illegittimità della determinazione dirigenziale n. 1525 del 13.10.2017, hanno chiesto di condannare la [REDACTED] a risarcire loro i danni, patrimoniali e non patrimoniali, da perdita di *chances* (essendo stata entrambi selezionati nella terna degli idonei), da liquidarsi in via equitativa ex art. 1226 c.c.

La [REDACTED] si è tempestivamente costituita con memoria difensiva depositata in data 7.6.2019, eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario del lavoro sulla controversia, avente -in tesi- per oggetto una procedura di natura concorsuale, fondata su una valutazione comparativa di merito dei vari concorrenti e conclusasi con una graduatoria riferita a tutti gli idonei e con la nomina del concorrente primo in graduatoria e, come tale, assoggettata alla giurisdizione amministrativa.



Nel caso di superamento dell'eccezione, la resistente, involgendo il giudizio l'accertamento dell'illegittimità dell'atto regionale recante il riconoscimento dell'equipollenza del servizio prestato all'estero dal [REDACTED] ha chiesto di disporre la chiamata in giudizio della Regione Abruzzo.

Sempre in via preliminare, la convenuta ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, promosso congiuntamente dai ricorrenti, per essere gli stessi in conflitto d'interessi l'uno con l'altro.

Quanto al merito, la [REDACTED] ha ribadito la legittimità delle proprie determinazioni, sostenendo che la principale argomentazione addotta dai ricorrenti a fondamento dell'eccepita assenza in capo al dr. [REDACTED] del requisito dell'anzianità di servizio decennale nella disciplina di Chirurgia Toracica (per aver in assunto conseguito, all'epoca della presentazione delle domande, solo 9 anni e 10 mesi di esperienza), argomentazione fondata sul presupposto che lo [REDACTED] non poteva aver prestato servizio a tempo pieno presso strutture ospedaliere di Malta svolgendo servizi equipollenti a quelli di un dirigenti medico di primo livello in Chirurgia Toracica durante il quinquennio di specializzazione in Cardiochirurgia, era fallace, trattandosi di affermazione meramente teorica, che, come gli stessi ricorrenti lamentavano, avrebbe potuto, semmai, comportare un'"incompatibilità" fra le due attività, ma non escludere di per sé che la seconda di tali attività (quella a Malta) fosse stata effettivamente prestata e fosse idonea a integrare il requisito in questione.

La resistente ha, inoltre, evidenziato che, nella ricognizione dell'anzianità di servizio, quanto all'attività prestata dallo [REDACTED] all'estero, l'azienda socio sanitaria si era necessariamente fondata sulla determina dirigenziale della Giunta Regionale Abruzzese n. DFP004/04, che, quale autorità competente ex art. 124 c. 2 L. 112/98, aveva riconosciuto che il dr. [REDACTED] aveva lavorato come dirigente medico di primo livello in Chirurgia Toracica, dal 1° luglio 2004 al 15 maggio 2007, a Malta, presso l'Ospedale St. Luke di pietà e, quindi, presso l'Ospedale Mater Dei di Misida secondo quanto espressamente attestato nell'apposita dichiarazione allegata alla domanda di riconoscimento dal Direttore Generale del sopra menzionato Ospedale e vistato per conferma dall'Ambasciata d'Italia a Malta in data 13.06.2017, nonché della dichiarazione che la struttura ospedaliera è struttura sanitaria pubblica del sistema sanitario nazionale maltese, per concludere che *"dalla riferita documentazione si evince, pertanto, la sostanziale sussistenza dei presupposti, giuridici e fattuali, normativamente fissati per il riconoscimento del servizio sanitario prestato all'estero dal [REDACTED] [REDACTED] come titoli valutabili ai fini della partecipazione ai concorsi indetti a livello regionale ed infraregionale, ai sensi della l. 735/60"*.

Proseguiva la [REDACTED] sostenendo di essere vincolata a detto riconoscimento di equipollenza e che giammai avrebbe potuto entrare nel merito della questione, trattandosi di atto estraneo alle sue



competenze; diversamente avrebbe posto in essere un provvedimento nullo per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21 *septies* l. 241/90.

Né, peraltro, tale atto della Regione Abruzzo era mai stato oggetto di impugnazione innanzi all'Autorità giudiziaria competente.

Quanto al danno, contestata la configurabilità nel caso esaminato di un danno da perdita di *chances* (in quanto, nel caso la procedura fosse stata rinnovata, con esclusione dello [REDACTED], la terna dei candidati sarebbe stata integrata e, in presenza di una scelta comunque discrezionale del Direttore Generale, tale essendo a detta dei ricorrenti, questi ultimi non avrebbero comunque avuto nessuna certezza di conseguire l'incarico), la [REDACTED] ha eccepito che, in ogni caso, il pregiudizio lamentato dal [REDACTED] e dal [REDACTED] non era causalmente riconducibile alla stessa, ma all'atto ricognitivo della Regione Abruzzo.

La resistente ha, infine, eccepito l'insussistenza della concreta prova di un pregiudizio economico, evidenziando che i redditi dichiarati dal [REDACTED] (€ 97.140,97) e dal [REDACTED] (€ 114.681,59) erano stati superiori a quelli dello [REDACTED] (90.852,78) e deducendo, nel contempo, che gli stessi ricorrenti avevano concorso alla causazione degli ipotetici danni ex art. 1227 c.c., non avendo impugnato tempestivamente i provvedimenti ritenuti illegittimi.

La [REDACTED] quindi, ha concluso come segue:

"- in via preliminare, dichiarare la inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario e, comunque, per conflitto di interessi;

- in via istruttoria, respingersi le richieste istruttorie dei ricorrenti in quanto volte a eludere l'onere della prova che grava sui ricorrenti;

- nel merito, previa, occorrendo, l'integrazione del contraddittorio nei confronti della Regione Abruzzo e del Dott. [REDACTED], rigettare il ricorso e la domanda di risarcimento danni o, in via subordinata, ridurre la pretesa risarcitoria ai sensi dell'art. 1227 c.c..

Con vittoria di spese e onorari."

1.- Sulla giurisdizione dell'AGO in funzione di giudice del lavoro.

Per le ragioni di seguito esposte, l'eccezione di difetto di giurisdizione va disattesa.

L'art. 63 del D. lgs. n. 165/2001 prevede che *"1. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di*



fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo.”, mentre al comma 4 dispone che “*Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.*”.

La presente controversia concerne la procedura selettiva relativa al conferimento di un incarico dirigenziale di secondo livello del ruolo sanitario e, segnatamente, dell'incarico quinquennale di direzione di struttura complessa “Chirurgia Toracica” afferente al Dipartimento Cardio Toraco Vascolare dell'ASST ~~XXXXXXXXXX~~, di cui alla Deliberazione n. 542 del 18.4.2017 di Indizione dell'avviso pubblico del Direttore generale ~~XXXXXXXXXX~~.

Nell'avviso pubblico, alle pagine 9 e ss., quanto alle modalità di conferimento dell'incarico è stato stabilito: “*L'incarico sarà conferito dal Direttore Generale nell'ambito di una rosa di tre candidati idonei selezionati da un'apposita Commissione di valutazione, sulla base del miglior punteggio attribuito. Il Direttore Generale individua il candidato da nominare nell'ambito della terna predisposta dalla Commissione, ove intenda nominare uno dei due candidati che non hanno conseguito il miglior punteggio, deve motivare analiticamente la scelta le cui motivazioni devo essere pubblicate sul sito web aziendale.*”.

Quanto all'attribuzione del punteggio, nell'avviso si precisava che sul valore massimo di 100 punti a disposizione, il riparto sarebbe stato di 40 punti per la valutazione del curriculum e di 60 punti per la valutazione del colloquio, da intendersi superato con il punteggio minimo di 40/60.

Ciò premesso, è da escludere che la procedura selettiva, così come impostata, abbia natura concorsuale, in quanto se è pur vero che la Commissione, competente a selezionare una terna di candidati idonei da sottoporre alla valutazione finale del Direttore Generale, è tenuta a procedere mediante attribuzione di un punteggio e che lo stesso Direttore Generale, nell'individuazione del destinatario della nomina, è tenuto, a sua volta, di regola, a rispettare l'ordine del punteggio, tuttavia nell'avviso si precisa che, pur con l'obbligo di una specifica motivazione, la scelta può anche ricadere su uno dei due candidati che non hanno conseguito il miglior punteggio.

Da ciò si evince che l'atto di nomina, pur dovendo ricadere su uno dei tre candidati previamente selezionati dalla Commissione, non è vincolato al punteggio, ma mantiene comunque un margine di discrezionalità, trattandosi di nomina di carattere fiduciario da effettuarsi, nell'esercizio delle responsabilità manageriali, in osservanza dei principi di correttezza e in funzione del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost.



Alla fattispecie concreta è, pertanto, applicabile il principio giurisprudenziale secondo cui *“Il conferimento dell’incarico di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi del d.lg. n. 502 del 1992, art. 15 comma 3, non ha carattere concorsuale, essendo demandato ad apposita commissione solo il compito di predisporre un elenco di candidati idonei da sottoporre al direttore generale, il cui atto di conferimento ha natura negoziale di diritto privato che si fonda su una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale.”* (così Cass. n. 7107/2014; in senso conforme: Cass. n. 8950/2007; cfr. anche Cass. n. 25042/2005, n. 5920/2008 e n. 15764/2011 e, da ultimo, Cass. n. 2603/2018, secondo cui *“È jus receptum che, nel pubblico impiego contrattualizzato: a) gli atti e procedimenti posti in essere dall’Amministrazione ai fini della gestione dei rapporti di lavoro subordinati dei dipendenti devono essere valutati secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i privati datori di lavoro, in base ad una precisa scelta legislativa (nel senso dell’adozione di moduli privatistici dell’azione amministrativa) che la Corte costituzionale ha ritenuto conforme al principio di buon andamento dell’Amministrazione di cui all’art. 97 Cost. (sentenze n. 275 del 2001 e n. 11 del 2002), sicché, esclusa la presenza di procedimenti e atti amministrativi, non possono trovare applicazione i principi e le regole proprie di questi e, in particolare, le disposizioni dettate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (vedi, per tutte: Cass. SU 14 ottobre 2009, n. 21744; Cass. 18 febbraio 2005, n. 3360; Cass. 24 ottobre 2008, n. 25761); b) pure gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali - come quello di cui qui si discute - rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall’Amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro; c) in tale ambito le norme contenute nell’art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, obbligano l’Amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 Cost., restando la scelta rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro (sia pure con il vincolo del rispetto di determinati elementi sui quali la selezione deve fondarsi), al quale non può sostituirsi il giudice, salvo che non si tratti di attività vincolata e non discrezionale (Cass. 23 settembre 2013, n. 21700 e Cass. 30 settembre 2009, n. 20979); d) ne deriva che, in base agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all’art. 97 Cost., la PA è tenuta - fra l’altro - ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle proprie scelte, sicché laddove tale regola non è rispettata, è configurabile un inadempimento contrattuale della PA, suscettibile, dinanzi al giudice ordinario, di produrre danno risarcibile (Cass. SU 23 settembre 2013, n. 21671; Cass. 14 aprile 2008, n. 9814; Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088); e) poiché gli atti inerenti al conferimento degli incarichi dirigenziali sono da ascrivere alla categoria degli atti negoziali (e non a*



quella degli atti amministrativi in senso proprio), ad essi si applicano le norme del codice civile in tema di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, con la conseguenza che le situazioni soggettive del dipendente interessato possono definirsi in termini di "interessi legittimi", ma di diritto privato, come tali, pur sempre rientranti nella categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ. e quindi suscettibili di tutela anche in forma risarcitoria, non potendo, di regola, aversi un intervento sostitutivo del giudice ordinario, salvo i casi di attività vincolata e non discrezionale (vedi, fra le altre: Cass. 24 settembre 2015, n. 18972; Cass. 14 aprile 2015, n. 7495; Cass. 22 giugno 2007, n. 14624; Cass. 22 dicembre 2004, n. 23760; Cass. SU 19 ottobre 1998, n. 10370).".

Ne segue che la giurisdizione sulla presente causa appartiene all'AGO, in funzione di giudice del lavoro.

2.- Sull'istanza di chiamata del terzo, Regione Abruzzo.

La **[REDACTED]**, per il caso di rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione, ha chiesto di estendere il contraddittorio alla Regione Abruzzo, in quanto autrice della Determinazione Regionale del 27.6.2017, prodotta dallo **[REDACTED]** unitamente alla domanda di ammissione alla procedura selettiva per dimostrare la sussistenza del requisito dell'anzianità di servizio decennale nella disciplina di Chirurgia Toracica con riferimento ai periodi di servizio svolti dal candidato all'estero.

L'istanza è stata, tuttavia, disattesa, in quanto nel presente processo, avente ad oggetto una domanda risarcitoria da perdita di *chances*, la determinazione regionale censurata dai ricorrenti viene in considerazione quale atto presupposto, passibile di eventuale disapplicazione ex art. 63 D. lgs. n. 165/2001 e di vaglio incidentale di legittimità.

La partecipazione della Regione Abruzzo all'odierno processo risulta, pertanto, superflua.

3.- Sull'asserito conflitto d'interessi tra le posizioni dei ricorrenti.

Va, parimenti, disattesa l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, in quanto proposto dai ricorrenti congiuntamente, nonostante il conflitto d'interessi sussistente tra l'uno e l'altro nell'ambito della procedura selettiva, destinata a concludersi con la scelta di uno solo dei candidati.

Invero, ciò che accumuna i ricorrenti, nella proposizione di una domanda risarcitoria da perdita di *chances*, è l'interesse sia dell'uno che dell'altro, al corretto svolgimento della procedura selettiva, interesse leso dalla lamentata selezione nella terna degli idonei e dalla successiva nomina quale miglior candidato, di un soggetto privo di un requisito di ammissione e, segnatamente, dell'anzianità di servizio decennale nella disciplina di cui all'incarico dirigenziale da conferire.

Entrambi i ricorrenti, quali candidati selezionati nella terna degli idonei e non prescelti, risultano, in tale prospettiva, aver subito una lesione al loro interesse allo svolgimento della procedura nel rispetto delle regole sancite dell'avviso e secondo correttezza e buona fede a salvaguardia, tra l'altro e



per quanto qui di rilievo, della loro qualificata *chance* di conseguimento del bene della vita, costituito dall'incarico quinquennale di direttore della struttura complessa di Chirurgia Toracica.

Il ricorso congiunto dagli stessi proposto è, pertanto, ammissibile.

4.- Sul requisito dell'anzianità di servizio.

L'art. 5, comma 1, lett. b) del D.P.R. n. 484/1997, avuto riguardo ai requisiti per l'accesso al secondo livello dirigenziale del ruolo sanitario del SSN, prevede che il candidato debba aver una "*anzianità di servizio di sette anni, di cui cinque nella disciplina o in disciplina equipollente, e specializzazione nella disciplina o in una disciplina equipollente ovvero anzianità di servizio di dieci anni nella disciplina*".

Mutuando quanto previsto dalla normativa primaria, l'art. 2, lettera f), dell'avviso pubblico ha previsto, per l'accesso alla procedura selettiva, che alla scadenza del termine di presentazione delle domande, ossia entro il 6.7.2017, il candidato dovesse possedere un'anzianità di servizio di "*sette anni, di cui cinque nella disciplina di Chirurgia Toracica o in disciplina equipollente, ai sensi del d.m.s. 30 gennaio 1990, e specializzazione nella medesima disciplina o in una disciplina equipollente ovvero anzianità di servizio di 10 anni nella disciplina*".

E' pacifico che il [REDACTED], a differenza dei ricorrenti, non è specializzato in Chirurgia Toracica, ma in Cardiocirurgia, ossia in una disciplina diversa da quelli riconosciute come equipollenti alla Chirurgia Toracica dalle tabelle di cui al DM 30.1.1998 (che qualificano tali solamente la chirurgia toracopolmonare e polmonare), per cui, per poter partecipare al bando, avrebbe dovuto avere un'anzianità di servizio di 10 anni nella disciplina di Chirurgia Toracica.

Alla luce di quanto dedotto dai ricorrenti la sussistenza di tale requisito risulta dubbia e la resistente, nel corso del processo, non ha fornito elementi che consentano di superare le evidenziate criticità.

In particolare, nel ricorso, è stato allegato che:

l'art. 10 del D.P.R. n. 484/1997, "*recante la determinazione dei requisiti per l'accesso alla direzione sanitaria aziendale e dei requisiti e dei criteri per l'accesso al secondo livello dirigenziale per il personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale*", con riferimento all'"Anzianità di servizio", dispone espressamente che è "*valutato il servizio non di ruolo a titolo di incarico, di supplenza o in qualità di straordinario, ad esclusione di quello prestato con qualifiche di volontario, di precario, di borsista o similari*";

l'art. 37 del D. lgs. n. 368/1999 dispone che "*all'atto dell'iscrizione alle scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia, il medico stipula uno specifico contratto annuale di formazione-specialistica ...il contratto è finalizzato esclusivamente all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali e lo svolgimento di attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione*



delle competenze...il contratto non dà in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del Servizio sanitario nazionale e dell'università o ad alcun rapporto di lavoro con gli enti predetti";

l'art. 38 del medesimo decreto legislativo prevede, quindi, che *"con la sottoscrizione del contratto il medico in formazione specialistica si impegna a seguire, con profitto, il programma di formazione svolgendo le attività teoriche e pratiche previste dagli ordinamenti didattici determinati secondo la normativa vigente in materia...ogni attività formativa e assistenziale dei medici in formazione specialistica si svolge sotto la guida di tutori...in nessun caso l'attività del medico in formazione specialistica è sostitutiva del personale di ruolo"*;

- l'art. 34, a sua volta, prevede che *"la formazione specialistica dei medici ammessi alle scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia...si svolge a tempo pieno"*;

- che dal predetto quadro normativo si evince che ai fini dell'anzianità per l'accesso ai ruoli del SSN il periodo di formazione specialistica non è computabile, trattandosi di periodo puramente formativo nel quale l'attività pratica ha natura meramente assistenziale e viene svolta sotto la vigilanza di tutori professionali, senza mai assumere una funzione sostitutiva del personale di ruolo;

- che, pertanto, il periodo di specializzazione è assibilabile al periodo di servizio del *"borsista o similari"*, escluso dall'art. 10 del DPR n. 484/1997 ai fini del computo dell'anzianità di servizio, là dove la medesima disposizione, quando ha voluto considerare eventuali periodi formativi lo ha specificamente indicato, trattandosi di eccezioni alla regola, prevedendo che *"il periodo di formazione di cui all'articolo 17 del decreto del Presidente della Repubblica 20 dicembre 1979, n. 761, è valutato con riferimento al servizio effettivamente prestato nelle singole discipline"* (con riferimento al triennio formativo per accedere alla posizione funzionale di assistente medico o veterinario collaboratore);

che, pertanto, il contratto di formazione specialistica, che disciplina il rapporto tra medico specializzando, Università e Regione, non può essere considerato ai fini del calcolo dell'anzianità richiesta per partecipare ad un avviso pubblico per il conferimento di incarico di direzione di struttura complessa;

che, nondimeno, il ~~██████████~~ per attestare il raggiungimento del requisito dell'anzianità di servizio decennale nella disciplina di Chirurgia Toracica, ha chiesto ed ottenuto il riconoscimento dell'equipollenza ex art. 23 del DPR 483/1997 e 13 del DPR 484/1997, tra gli altri, del servizio prestato all'estero presso strutture ospedaliere pubbliche maltesi nel periodo dal 1.7.2004 al 15.5.2007 quale Dirigente Medico di primo livello di Chirurgia Toracica in forza di un impiego a tempo pieno, nonostante, come desumibile dalla documentazione dallo stesso allegata alla domanda di ammissione alla procedura, nel medesimo periodo egli stesse attendendo al quinquennio della Scuola di



specializzazione in Cardiocirurgia presso l'Università degli Studi G. D'Annunzio di Chieti, dove conseguiva il titolo specialistico in data 13.11.2007;

che, richiedendo la scuola di specializzazione in Cardiocirurgia un impegno a tempo pieno, la contemporanea esperienza professionale a tempo pieno presso strutture ospedaliere di Malta era incompatibile, tanto meno nella qualità di dirigente di primo livello in una disciplina (Chirurgia Toracica), diversa da quella di specializzazione (Cardiocirurgia);

Effettivamente l'evidenziata contraddizione emerge piuttosto evidente dalla disamina della documentazione allegata dallo [REDACTED] alla domanda di ammissione alla procedura selettiva, là dove un'attività lavorativa a tempo pieno quale dirigente medico di primo livello presso strutture ospedaliere in una disciplina (la Chirurgia Toracica) diversa da quella di specializzazione (Cardiocirurgia) mal si concilia con il contestuale svolgimento a tempo pieno dell'attività formativa, anch'essa a tempo pieno, in funzione del conseguimento della specializzazione in Cardiocirurgia.

Come già osservato la ASST convenuta non ha fornito alcun elemento istruttorio idoneo ad eliminare tale incongruenza, nonostante gravasse sulla stessa l'onere di provare l'avvenuto accertamento del possesso da parte dei candidati dei requisiti di ammissione alla procedura selettiva, essendosi limitata a richiamare la Determina Dirigenziale DPF004/04 del 27.6.2007 della Giunta Regionale della Regione Abruzzo, recante il riconoscimento dell'equipollenza del servizio prestato all'estero dal [REDACTED] anche nel periodo dal 1.7.2004 al 15.5.2007 (oltre che negli altri successivi periodi nella stessa indicati), incluso quello dal 10.7.2007 al 12.11.2007 (presso la Basildon and Thurrock University Hospital NHS Foundation Trust, Basildon (Regno Unito), anch'esso antecedente al conseguimento della specializzazione e ad eccepire di essere vincolata a detto provvedimento, non avendo alcuna competenza in materia.

Ora, se è vero che il riconoscimento -ai fini dell'ammissione ai concorsi ai posti di sanitario presso Enti locali italiani e come titolo negli stessi valutabile- del servizio sanitario prestato all'estero da sanitari italiani presso Enti pubblici sanitari o presso Istituti che svolgono attività sanitaria nell'interesse pubblico è attualmente di competenza delle regioni ex art. 124, comma 2, l. 112/98, ciò non toglie che la ASST -nel precipuo interesse a garantire il buon andamento dell'amministrazione in funzione della tutela di beni primari, come quello della salute (art. 32 Cost.), fosse tenuta alla scrupolosa verifica dell'effettiva sussistenza dell'anzianità di servizio nella specifica disciplina oggetto dell'incarico da conferire quale requisito indispensabile per l'ammissione alla procedura e che, in presenza di un'evidente incongruenza, agevolmente rilevabile dalla stessa documentazione prodotta dal candidato (dalle quale emergeva la sovrapposizione, nel medesimo periodo, di attività tra loro incompatibili, quali la formazione teorico-pratica a tempo pieno in vista del conseguimento della specializzazione in



Cardiochirurgia e l'attività, anch'essa a tempo pieno, valutata dalla Regione Abruzzo come equipollente alla dirigenza medica di primo livello nella diversa disciplina della Chirurgia Toracica, in assenza di qualsivoglia titolo di specializzazione, presso strutture ospedaliere estere), dovesse approfondire l'istruttoria sul punto e, mancando un adeguato chiarimento, dovesse escludere il concorrente per difetto dei requisiti, a prescindere da quanto attestato nel provvedimento regionale.

5.- Responsabilità della ASST per il danno da perdita di chances dei resistenti – liquidazione equitativa.

Pur espressamente sollecitata dai ricorrenti, con raccomandata A.R. datata 17.4.2018 (anticipata via PEC in data 18.4.2020, entro il semestre successivo al conferimento dell'incarico), la ASST non ha ritenuto di intervenire in autotutela per revocare la nomina e rinnovare la procedura, reputando che le osservazioni relative al percorso di formazione specialistica del candidato esulassero dalla verifica effettuata in merito al possesso da parte dello stesso del requisito dell'anzianità di servizio nella disciplina oggetto del bando, verifica fondata sulla certificazione rilasciata dalla competente autorità regionale (cfr. docc. 7 e 8 fascicolo ricorrenti).

Si tratta, tuttavia, di un'omissione colpevole, per le ragioni già esposte, tale da ingenerare in capo all'azienda socio sanitaria resistente una diretta responsabilità risarcitoria nei confronti dei ricorrenti per il danno da perdita di chances da questi subito, danno senz'altro sussistente in quanto sia l'uno che l'altro erano stati selezionati dalla Commissione nella terna degli idonei da sottoporre al Direttore Generale ed erano, pertanto, entrambi titolari di una qualificata probabilità di conseguire l'incarico, più elevata per il ██████████ classificatosi come secondo per punteggio, ma comunque sussistente anche per il dr. ██████████ attesa la possibilità del Direttore Generale di discostarsi motivatamente dal mero ordine di graduatoria, che, peraltro, nel caso esaminato, vedeva i due candidati distanziati di un solo punto.

Nella liquidazione del danno, da effettuarsi necessariamente in via equitativa ex art. 1226 c.c. (cfr. Cass. n. 26694/2017), il diverso punteggio conseguito dai due candidati costituisce criterio di differenziazione della quantificazione, da effettuarsi in ragione del grado di probabilità, crescente per punteggio, oltre che del diverso impatto della lamentata perdita della chance sulla situazione professionale e personale dei due concorrenti, là dove per il ██████████ (già direttore della struttura complessa di Chirurgia Toracica presso la ██████████ di ██████████) difetta la prova di pregiudizi reddituale e professionali apprezzabili, essendo piuttosto valutabile il mancato risparmio di oneri di spesa e di disagi logistici conseguente alla lesione dell'opportunità di avvicinamento alla propria residenza familiare milanese, mentre per il ██████████ la chance persa è stata quella ad un avanzamento professionale, essendo attualmente direttore di struttura semplice presso l'██████████ di ██████████, con il ruolo di vice-direttore della struttura complessa di Chirurgia Toracica.



Ciò premesso, nell'individuazione delle percentuali di *chances*, occorre, nel contempo, considerare che, nel caso in cui il [REDACTED] fosse stato escluso, la terna dei candidati sarebbe stata, comunque, integrata con un altro concorrente, con conseguente necessità di ripartire le possibilità di nomina tra tre soggetti in misura variabile a seconda del punteggio (ma, comunque, tale, se sommata, da non superare il 100% complessivo, dovendosi, pertanto, disattendere le percentuali indicate nel ricorso).

Non vale, peraltro, a elidere la risarcibilità del danno ex art. 1227 c.c., né ad interrompere il nesso causale tra lo stesso e la condotta della resistente, il fatto che il ricorrenti, dopo aver sollecitato invano la [REDACTED] convenuta a provvedere in autotutela, abbiamo deciso di non avanzare una domanda giudiziale di rinnovo della procedura, ma si siano limitati a proporre una domanda di risarcimento da perdita di *chances*.

Tale scelta processuale non esclude, infatti, la riconducibilità del danno al comportamento inadempiente della [REDACTED], che, riconoscendo l'idoneità ad un candidato privo di un requisito di ammissione, è incorsa in una violazione di legge, oltre che dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. da correlarsi ai principi d'imparzialità e buon andamento della PA ex art. 97 Cost. (invero, a fronte dell'obbligo contrattuale dell'azienda sanitaria di procedere alla valutazione dei requisiti di ammissione e, quindi, comparativa dei titoli e delle capacità professionali dei partecipanti alla selezione, sorge in capo a ciascun candidato una posizione soggettiva di credito, qualificabile come interesse legittimo di diritto privato, per cui, ove la procedura non venga correttamente attuata dal datore di lavoro, si configura una lesione di tale prerogativa creditoria, emendabile, alternativamente, in forma specifica, mediante l'azione di esatto adempimento, volta ad ottenere la ripetizione delle operazioni selettive, o per equivalente, con l'azione di risarcimento del danno da perdita di *chances* di conseguire l'incarico, non soggetta a decadenza: cfr. Cass. n. 268/2019 e 4436/2018).

Alla luce di quanto sopra osservato e del prudente apprezzamento di tutte le circostanze del caso (e, segnatamente, dei criteri sopra illustrati, come allegati e documentati nel ricorso con particolare riferimento, tra l'altro, in un caso, alle ripercussioni della perdita della chance di avanzamento di carriera sulla chance di aumento della RAL quanto al [REDACTED] e, quanto al [REDACTED] della perdita della chance di esercitare l'attività dirigenziale di secondo livello nella disciplina presso una struttura ospedaliera più prossima alla propria residenza familiare sulla chance di risparmio dei costi mensili di spostamento e alloggio) il danno risarcibile può essere determinato per il dr. [REDACTED] nella misura di euro 25.000,00 e per il dr. [REDACTED] nella misura di euro 10.000,00, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi legali dal 1.11.2017 (data d'inizio del quinquennio dell'incarico dirigenziale oggetto dell'avviso pubblico) sino al saldo.



Le spese processuali si regolano secondo soccombenza e si liquidano come da dispositivo sulla base dei parametri di cui al DM 55/2014.

Si procede in data 14.5.2020 al deposito della sentenza in ragione del regime di sospensione dei termini processuali previsto dall'art. 83, comma 2, D.L. 18/2020, conv. con modificazione in l. 27/2020 per il periodo dal 9.3.2020 al 15.4.2020 e prorogato dall'art. 36, comma 1, D.L. 23/2020 all'11.5.2020 e in osservanza delle disposizioni organizzative adottate dal Presidente del Tribunale di Monza per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 in attuazione della normativa primaria.

P.Q.M.

ogni diversa domanda disattesa o assorbita, così provvede nel contraddittorio delle parti:

1. accertata l'illegittimità della condotta dell'amministrazione nell'adozione della deliberazione n. 1525 del 13.10.2017 del Direttore Generale dell'A [REDACTED], condanna la resistente a risarcire ai ricorrenti il danno conseguente, liquidato, in favore di [REDACTED], nella somma di euro 25.000,00 e di [REDACTED], nella somma di euro 10.000,00, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi legali dal 1.11.2017 sino al saldo;
2. condanna la resistente a rifondere ai ricorrenti le spese processuali, liquidate nell'importo di euro 3.500,00 per compensi, oltre al rimborso del CU e forfettario delle spese generali ex art. 2 DM 55/2014, CPA e IVA;
3. fissa il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza.

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Monza, 23/1/2020

Il Giudice

Dott. Serena Sommariva

