

N. 01397/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01205/2013 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 Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1205 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Raffaella Carlone, Natalia Sertinean, Carlo Costantino Ferro, Paola Bertuletti, Raisa Munteanu, Giada Gennati, Olga Levitchi e Mario Tantillo, rappresentati e difesi dall'avv. Maria Grazia Tinarelli, con domicilio eletto in Brescia presso la Segreteria del T.A.R., Via Carlo Zima, 3;

***contro***

Asl 301 - A.S.L. della Provincia di Bergamo, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Asaro, con domicilio eletto in Brescia presso lo studio dello stesso, Via Moretto, 31;

***nei confronti di***

Giulia Lamberti, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina del Direttore Generale datata 4 ottobre 2013 n.1100, avente ad oggetto l'emanazione di avviso pubblico per la formazione della graduatoria per il conferimento di incarichi provvisori di Continuità Assistenziale dall'1 marzo 2014 e dell'allegato 1, costituente parte integrante della stessa, nella parte in cui prevede il criterio di formazione della graduatoria di cui alla lettera C, punti 3, 4 e 5;
  - dei criteri adottati per la predisposizione delle predetta graduatoria, dal Comitato Aziendale di Medicina generale, nella riunione del 25 settembre 2013, analiticamente riportati nell'avviso di cui all'allegato 1;
  - per quanto occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale a quello impugnato;
- per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti:
- della deliberazione del Direttore generale n. 76 del 24 gennaio 2014, di approvazione della graduatoria provinciale per l'attribuzione degli incarichi;
  - di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale a quello impugnato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl 301 - A.S.L. della Provincia di Bergamo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2014 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con il provvedimento del Direttore generale n. 1100 del 4 ottobre 2013, è stato dato avvio alla procedura per la formazione della graduatoria per il conferimento di incarichi provvisori di Continuità Assistenziale dall'1 marzo 2014, secondo i criteri appositamente adottati per la sua predisposizione dal Comitato Aziendale di Medicina generale, nella riunione del 25 settembre 2013 e analiticamente riportati nell'avviso dirigenziale all'allegato 1, costituente parte integrante della determinazione 1100.

Tra gli altri criteri di formazione della graduatoria, quello di cui alla lettera C, fissa le priorità per il conferimento degli incarichi *de quibus* secondo il seguente ordine:

1. medici che hanno conseguito l'attestato di formazione in Medicina Generale nel 2012, cui potrà essere conferito incarico annuale;
2. medici che conseguiranno l'attestato di formazione nel 2013, cui potrà essere conferito incarico annuale;

3. medici che hanno *in itinere* il conseguimento del Corso Formazione in Medicina generale, che conseguiranno l'attestato successivamente al 31.12.2013, graduati secondo le priorità indicate al punto 1, cui verrà conferito incarico semestrale;
4. medici che hanno prestato servizio presso la ASL di Bergamo, graduati secondo l'anzianità di servizio (detta anzianità verrà calcolata sino al 31 ottobre 2013) ragguagliando un mese di servizio a 96 ore;
5. medici che non hanno mai prestato servizio presso la ASL di Bergamo, graduati secondo le priorità di cui al punto 1;
6. medici specializzandi o titolari di borse di studio pubbliche, graduati secondo le priorità di cui al punto 1, cui verrà conferito incarico semestrale”.

Tale elencazione di criteri sarebbe del tutto innovativa rispetto al passato, quando, dopo i primi due criteri di preferenza, al punto 3 si incontravano i medici che hanno prestato servizio presso la ASL di Bergamo, al punto 4 si collocavano i medici che non hanno mai prestato servizio presso la ASL di Bergamo e i medici che hanno in itinere il conseguimento del Corso Formazione in Medicina generale erano collocati al punto 5 (chiudevano, come nel 2013, al punto 6, i medici specializzandi o “borsisti”).

Tale mutamento d'ordine di preferenza sarebbe lesivo della posizione degli odierni ricorrenti, tutti medici che hanno incarichi a tempo determinato per servizio di continuità assistenziale sulla scorta della graduatoria precedente (e alcuni già da alcuni anni), i quali hanno, dunque, dedotto i seguenti vizi:

1. violazione dell'art. 19, comma 11 della legge n. 448 del 28 dicembre 2001, nonché erronea identificazione dei presupposti, carenza di motivazione, ingiustizia manifesta e disparità di trattamento.

La disposizione invocata, infatti, prevede che “I laureati in medicina e chirurgia abilitati, anche durante la loro iscrizione ai corsi di specializzazione o ai corsi di formazione specifica in medicina generale, possono sostituire a tempo determinato medici di medicina generale convenzionati con il Servizio sanitario nazionale ed essere iscritti negli elenchi della guardia medica notturna e festiva e della guardia medica turistica ma occupati solo in caso di carente disponibilità di medici già iscritti negli elenchi della guardia medica notturna e festiva e della guardia medica turistica”.

La norma introdurrebbe una deroga al generale principio secondo cui i medici iscritti alle scuole di specializzazione e ai corsi di formazione in medicina generale sarebbero incompatibili con lo svolgimento di qualsiasi attività, la quale

avrebbe ragion d'essere solo ai fini di garantire la continuità assistenziale, in assenza di altri medici disponibili (che hanno anche già maturato esperienza e non sono impegnati nella frequenza di corsi) e, dunque, rappresenterebbe una mera ipotesi residuale.

La modifica dei criteri adottata dall'ASL intimata non avrebbe, dunque, alcuna ragione d'essere, né alcun supporto giuridico ed, anzi, si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza e di buon andamento dell'Amministrazione, in quanto ne risulterebbe pregiudicato anche l'interesse pubblica alla continuità dell'assistenza.

Essa sarebbe, comunque, priva di adeguata motivazione, tanto più necessaria quanto si consideri il contrasto tra i nuovi criteri fissati e la prassi precedentemente adottata dall'ASL, che ha sempre favorito medici già precedentemente iscritti in graduatoria come i ricorrenti e quanto si consideri che i partecipanti al corso, oltre a non poter vantare esperienza, sono anche occupati per cinque giorni a settimana nella frequenza dei corsi formativi.

Anche nel successivo ricorso per motivi aggiunti sono state ribadite le medesime doglianze, sottolineando come anche l'Accordo collettivo nazionale del 23 aprile 2005, riconosce priorità ai medici che non detengono alcun rapporto di lavoro dipendente pubblico o privato e che non siano titolari di borse

di studio anche inerenti i corsi di specializzazione. E così la stessa disciplina del corso di formazione della durata triennale in medicina generale prevedrebbe la necessità della frequenza richiedendo al medico in formazione di dedicare tutta la sua attività professionale alla pratica e alla teoria di tale formazione. Tant'è che, se il corso è frequentato da un medico già impiegato, questi deve essere collocato in aspettativa.

Tutto ciò è stato pedissequamente ribadito anche nella memoria depositata in vista della pubblica udienza.

L'Azienda sanitaria, costituitasi in giudizio, ha depositato una memoria di replica nella quale ha evidenziato che, nelle more del giudizio, con deliberazione del Direttore generale n. 650 del 20 giugno 2014, è stato pubblicato l'avviso per la redazione di una graduatoria da utilizzarsi, per la durata di mesi quattro, nelle more del giudizio e da compilarsi secondo le modalità di attribuzione degli incarichi di cui alla precedente deliberazione n. 1272.

A tale deliberazione non potrebbe, secondo la difesa dell'ASL, essere attribuito alcun effetto confessorio, volendo essa semplicemente rimuovere ogni ostacolo alla regolare prestazione di un servizio delicato quale quello di continuità assistenziale in un territorio complesso come quello della provincia di Bergamo.

Ciò chiarito, l'ASL ha evidenziato che solo a taluno dei ricorrenti è stata, in passato, assegnata qualche supplenza, ma nessuno di essi sarebbe "titolare" di incarichi. In ogni caso la costituzione di una graduatoria per le supplenze non sarebbe un obbligo di legge, né sarebbero prefissati i criteri per la sua formazione. E il criterio individuato dall'ASL di Bergamo avrebbe lo specifico scopo di favorire quei medici che possono garantire una migliore preparazione - in quanto stanno acquisendo una specializzazione specifica in medicina generale e che un domani potrebbero essere inseriti stabilmente nelle graduatorie dei medici di medicina generale -, rispetto a quelli che non hanno alcuna preparazione specialistica in medicina generale.

Secondo l'ASL, dunque, accertato che nessuna norma vieta il conferimento di supplenze a medici che frequentano un corso di specializzazione, coloro che frequentano la specializzazione in medicina generale sarebbero da preferire perché saranno poi gli unici ad essere titolati a rivestire l'incarico permanentemente.

A tali conclusioni l'ASL sarebbe addivenuta dopo un'ampia istruttoria e un ampio dibattito riportato nella deliberazione con cui i criteri sono stati elaborati e che consente di comprendere le motivazioni della scelta. E al fine di sostenerne la fondatezza, parte resistente ha richiamato la ordinanza del



TAR Piemonte, avente ad oggetto una fattispecie analoga, n. 1308/2013.

Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2014, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Deve essere pregiudizialmente riconosciuta la sussistenza, in capo agli odierni ricorrenti, di un interesse concreto ed attuale alla decisione sul ricorso, in quanto aspiranti al conferimento degli incarichi temporanei per assicurare il c.d. “servizio di continuità assistenziale”, potenzialmente lesi dalla censurata modifica dei criteri di assegnazione degli stessi.

Ancora in via preliminare, va dato atto che l'adozione della deliberazione relativa all'assegnazione degli incarichi provvisori di continuità assistenziale per i quattro mesi finali del 2014 non può incidere sulla decisione del ricorso, posto che trattasi di un mero e temporaneo ricorso ai criteri previgenti nelle more della decisione giurisdizionale sulla legittimità dei nuovi criteri adottati dall'ASL resistente.

Ciò precisato, sia il ricorso introduttivo, che quello per motivi aggiunti, che ribadisce gli stessi motivi di illegittimità già enucleati in relazione agli atti presupposti, sono suscettibili di positivo apprezzamento.

Sebbene la tesi di parte resistente - secondo cui il ribaltamento dei criteri di preferenza trova giustificazione nel fatto che un medico specializzando in medicina generale è da preferirsi ad un medico con diversa specializzazione (già conseguita e con altra esperienza) – non appaia del tutto illogica, essa non risulta, però, in concreto rispondente alla *ratio* della norma che regola il conferimento degli incarichi di supplenza. Il comma 11 dell'art. 19 della legge 448 del 2001, infatti, fissa in modo chiaro il principio secondo cui i medici che frequentino corsi di specializzazione debbono essere considerati come ultima risorsa disponibile.

Non è questa la sede, non essendo in contestazione ciò, per discutere della sussistenza dell'obbligo o meno dell'ASL di redigere graduatorie per le assunzioni finalizzate alle sostituzioni, ma una volta optato per tale metodologia di scelta dei sostituti, l'Amministrazione è comunque tenuta ad applicare criteri di razionalità e logica che dovrebbero comunque governare la scelta anche nel caso che la graduatoria non fosse stata prevista. Tali criteri non sembrano essere stati rispettati nel caso di specie.

Escluso che sia ravvisabile un difetto di istruttoria o di motivazione, nel caso di specie è, dunque, la scelta in sé a presentare profili di irrazionalità.

L'obiettivo dichiaratamente perseguito dall'ASL è, infatti, quello della miglior qualità del servizio di continuità assistenziale. Se il preferire, nella redazione della graduatoria, coloro che saranno, un domani, i possibili aspiranti alla copertura dei posti fissi di medicina generale, si pone nella suddetta ottica, non altrettanto convincente appare tale scelta considerando in concreto la condizione dei medici specializzandi in medicina generale. Questi ultimi risultano occupati per l'intera giornata "lavorativa" nella formazione teorico-pratica, che ha luogo cinque giorni su sette. Il servizio di continuità assistenziale, oltre ad operare nei fine settimana, deve essere garantito anche ogni notte, tra le 20 e le 8 del mattino del giorno successivo. Proprio il "sovraccarico" lavorativo che graverebbe sugli specializzandi appare, ragionevolmente, posto alla base non solo della previsione del CCNL richiamato da parte ricorrente, ma, prima ancora, dell'art. 19, comma 11 della legge 448/2001, che individua gli specializzandi come "estrema ratio" per la sostituzione dei medici di medicina generale, introducendo la specifica deroga in tal senso al generale divieto di impiego degli specializzandi. Divieto che si pone perfettamente in linea con il fatto che il medico specializzando percepisce, ai sensi del D.Lgs. 8 agosto 1991, n. 257, art. 6 e in attuazione della direttiva del Consiglio C.E.E. n. 82/76, emolumenti che sono "sostanzialmente

destinati a sopperire alle sue esigenze materiali in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per l'apprendimento e la formazione” (Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147). Tale quadro normativo di riferimento consente di individuare, dunque, due punti focali: il primo, già evidenziato, è quello per cui l'impegno richiesto al medico specializzando deve essere considerato come un'occupazione a tempo pieno, giustificando il generale divieto di assunzione di ulteriori incarichi, il secondo è rappresentato dal fatto che tale medico, a differenza di quelli già specializzati e inoccupati, percepisce già una retribuzione, sotto forma di borsa di studio annuale.

La semplice considerazione della specificità della specializzazione che conseguiranno i futuri medici di medicina generale non appare, dunque, sufficiente a giustificare il superamento delle perplessità ora rappresentate e a garantire sia lo *standard* di servizio dalla stessa ASL perseguito, che la perequazione tra gli aspiranti.

Ne deriva la fondatezza del ricorso, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati. Deve, invece, essere respinta ogni richiesta risarcitoria, posto che la P.A. ha prontamente provveduto alla rimozione degli effetti dei provvedimenti impugnati nelle more del giudizio.

Ciò, unitamente alla natura interpretativa della questione, giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati sia con il ricorso introduttivo, che con il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2014

## IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)