

R.A.L. n.1538/2019



TRIBUNALE DI FROSINONE

Sezione Lavoro

Il Giudice del Lavoro

a scioglimento della riserva assunta nel giudizio con R.G. n.1538/2019, promosso con ricorso ex artt.669 bis e ss. c.p.c. da **DI MASSIMO Emanuela, DROGHEO Massimo, VETRONE Renza e NICOLIA Benedetto**, rappresentati e difesi dall'Avv. Giuseppe Tomasso, per procura alle liti allegata al ricorso, nei confronti della **AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE DI FROSINONE**, in persona del Commissario Straordinario e legale rappr.te p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Valerio Tallini, per procura alle liti allegata alla memoria di costituzione ed atto deliberativo n.1136/2019, nonché nei confronti di **tutti gli altri 402 soggetti collocati nella graduatoria finale del concorso per mobilità volontaria nazionale per titoli e prova colloquio tra aziende ed enti del S.S.N. per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n.7 posti di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - infermiere, categ. D, ai sensi dell'art.30, D.Lgs. n.165/2001, pubblicata dalla A.S.L. di Frosinone in data 30.4.2019**, ha emanato la seguente

ORDINANZA

DI MASSIMO Emanuela, DROGHEO Massimo, VETRONE Renza e NICOLIA Benedetto, con ricorso ex artt. 669 bis e ss. e 700 c.p.c., hanno convenuto in giudizio, innanzi l'intestato Tribunale, in funzione di Giudice del Lavoro, l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone, in persona del Commissario Straordinario e legale rappr.te p.t., nonché tutti gli altri 402 soggetti collocati nella graduatoria finale del concorso per mobilità volontaria nazionale per titoli e prova colloquio tra aziende ed enti del S.S.N. per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n.7 posti di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - infermiere, categ. D, ai sensi dell'art.30, D.Lgs. n.165/2001, pubblicata dalla A.S.L. di Frosinone in data 30.4.2019.

Gli attori hanno chiesto, in via principale, la dichiarazione di nullità e/o illegittimità della deliberazione n.1798 del 20.08.2018, con la quale l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone (d'ora in poi, per brevità, A.S.L.) ha indetto avviso pubblico di mobilità nazionale per titoli e prova colloquio tra aziende ed enti del S.S.N., per la copertura a tempo pieno e indeterminato di



n.7 posti di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - infermiere di categoria D, ai sensi dell'art.30, comma 2, D.Lgs. n.165/2001, laddove prevede la prova colloquio, nonché del conseguente avviso pubblico, sempre limitatamente alla previsione della prova colloquio, e della conseguente graduatoria finale, laddove viene computato, nella valutazione, l'esito della prova colloquio. In conseguenza, ha chiesto la sospensione immediata della efficacia di tali atti e l'emanazione di un ordine ex art.63, comma 3, D.Lgs. n.165/2001 alla A.S.L. di mantenere l'efficacia dell'elenco, escludendo il punteggio relativo alla prova colloquio, con conseguente rimodulazione della graduatoria finale. In subordine, gli attori hanno chiesto l'annullamento dell'intera procedura, con ordine di indire un nuovo e diverso avviso pubblico, nel rispetto di quanto sopra indicato (ovvero, l'esclusione di una prova colloquio) e, per l'effetto, la sospensione immediata della efficacia degli impugnati provvedimenti. In estremo subordine, gli attori hanno chiesto l'annullamento della procedura, con ordine alla A.S.L. di procedere alla pubblicazione di un nuovo avviso di mobilità, senza la previsione di un punteggio valutativo pari a 60 punti o comunque superiore al punteggio previsto per i titoli e, per l'effetto, la sospensione immediata dell'efficacia degli impugnati provvedimenti.

Si è costituita la convenuta A.S.L. di Frosinone, chiedendo preliminarmente di dichiarare inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione dell'adito Giudice Ordinario e, comunque, di dichiarare lo stesso inammissibile e/o infondato anche nel merito, in quanto si richiede al Giudice di sostituirsi all'attività discrezionale dell'Amministrazione. Ha, infine, dedotto che non ricorre neanche alcuno dei presupposti che legittimano una tutela in via d'urgenza.

Gli altri convenuti - ovvero tutti i soggetti, con qualifica di infermieri, inseriti nell'elenco dei 402 nominativi riportati nella delibera A.S.L. di Frosinone n.1010 del 16 maggio 2019, nei cui confronti è stata autorizzata la notifica ai sensi dell'art. 151 c.p.c., regolarmente effettuata mediante pubblicazione sul sito internet istituzionale della A.S.L. di Frosinone - sono invece rimasti contumaci.

Osserva il Giudicante che la A.S.L. di Frosinone, con delibera n.1798 del 20.08.2018 (*doc. n.1 del fascicolo attoreo*), ha indetto l'impugnata procedura di mobilità nazionale, ai sensi dell'art. 30, comma 2 bis D.lgs. 165/2001, per titoli e prova colloquio tra aziende ed enti del S.S.N. per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n.7 posti di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - Infermiere cat. D.

L'avviso di mobilità, con riferimento alle modalità di valutazione di titoli e colloquio e di formazione della graduatoria, ha previsto che la Commissione esaminatrice potesse assegnare a ciascun candidato fino ad un massimo di 100 punti, così ripartiti: - 60 punti per la prova colloquio, *“che si intende superato positivamente se il candidato ottiene un punteggio di almeno 36/60. Il colloquio tenderà ad accertare il grado di specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto*



dell'incarico da conferire"; - 40 punti per titoli, così ripartiti: a) fino a un massimo di 20 per i titoli di carriera; b) fino a un massimo di 4 per titoli accademici e di studio ulteriori rispetto a quelli richiesti dal bando; c) fino a un massimo di 4 punti per pubblicazioni e titoli scientifici; d) fino a un massimo di 8 punti per il curriculum formativo e professionale; e) fino a un massimo di 4 punti per situazione familiare o sociale.

Con successiva delibera n.2042 del 4.10.2018 (*doc. n.2 del fascicolo attoreo*) la A.S.L. convenuta - rilevata la non necessità, a norma di legge, del rilascio del preventivo nulla osta da parte dell'Amministrazione di appartenenza ai fini della partecipazione alla procedura (attesa la modifica normativa intervenuta *medio tempore*) - ha poi disposto, a parziale rettifica del bando, la espunzione di ogni riferimento in ordine a detto previo nulla osta, confermando, per il resto, quanto già in origine indicato nel bando. In particolare, la convenuta ha ribadito che l'assenso della A.S.L. di Frosinone al trasferimento degli eventuali vincitori restava comunque subordinato alla positiva valutazione effettuata dalla predetta Commissione giudicatrice, nominata dal Commissario Straordinario.

La A.S.L. convenuta ha dedotto che la Commissione aveva il compito di valutare la rispondenza del profilo del candidato con le esigenze dell'Azienda, attraverso l'esame dei curricula formativo-professionali, nonché a seguito dello svolgimento di un colloquio tendente ad accertare la comprovata esperienza e competenza dell'interessato nel campo specifico.

All'esito della procedura selettiva cui gli odierni ricorrenti - infermieri professionali dipendenti presso l'ARES 118 - hanno partecipato, unitamente ad altri 402 candidati, è stata pubblicata la relativa graduatoria, in cui gli attori non sono tuttavia collocati in posizione "utile", ancorché, con successivo provvedimento, il numero dei posti messi a concorso sia stato aumentato da 7 a 40.

Gli attori hanno censurato l'impugnata procedura di mobilità deducendo che la A.S.L. non avrebbe potuto inserire una procedura selettiva "para-concorsuale" in seno alla procedura di mobilità ex art. 30 D.lgs. 165/2001, trattandosi di ipotesi di copertura di posti equivalenti a quelli per cui i dipendenti che chiedono la mobilità hanno già superato la relativa procedura concorsuale e per i quali, essi stessi, erano già stati giudicati idonei allo svolgimento delle relative mansioni e/o funzioni, conseguendo il corrispondente status giuridico (qualifica o categoria).

I ricorrenti hanno anche sostenuto che la A.S.L. resistente aveva in ogni caso fatto cattivo uso del proprio potere (discrezionale), allorché aveva previsto in seno al bando una valutazione "per colloquio" tendente ad accertare il grado di specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto dell'incarico da conferire, con un peso superiore al 50% rispetto agli altri criteri di valutazione (titoli e curriculum professionale, carichi di famiglia). Detto sbilanciamento aveva



creato un vulnus rispetto all'obbligo di imparzialità e trasparenza, risolvendosi il giudizio espresso dalla medesima amministrazione in una valutazione sostanzialmente insindacabile e, come tale soggetta, al rischio di possibili arbitri.

La convenuta ha insistito, in via preliminare, sul difetto di giurisdizione del Giudice adito in favore del Giudice Amministrativo.

Osserva il Giudicante che l'eccezione di parte convenuta è infondata.

L'impugnata procedura è stata espressamente qualificata dalla resistente A.S.L., sia nel delibera di indizione n.1798/2018, sia nel presente giudizio, come procedura di mobilità ex art.30 D.Lgs. n.165/2001.

L'art.30 del D.Lgs. n.165/2001 (*art.33 del D.Lgs n.29 del 1993, come sostituito prima dall'art.13 del D.Lgs n.470 del 1993 e poi dall'art.18 del D.Lgs n.80 del 1998 e successivamente modificato dall'art.20, comma 2 della Legge n.488 del 1999*), rubricato "Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse", così dispone, per la parte che rileva nel presente giudizio:

"1. Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, appartenenti a una qualifica corrispondente e in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell'amministrazione di appartenenza. Le amministrazioni, fissando preventivamente i requisiti e le competenze professionali richieste, pubblicano sul proprio sito istituzionale, per un periodo pari almeno a trenta giorni, un bando in cui sono indicati i posti che intendono ricoprire attraverso passaggio diretto di personale di altre amministrazioni, con indicazione dei requisiti da possedere. In via sperimentale e fino all'introduzione di nuove procedure per la determinazione dei fabbisogni standard di personale delle amministrazioni pubbliche, per il trasferimento tra le sedi centrali di differenti ministeri, agenzie ed enti pubblici non economici nazionali non è richiesto l'assenso dell'amministrazione di appartenenza, la quale dispone il trasferimento entro due mesi dalla richiesta dell'amministrazione di destinazione, fatti salvi i termini per il preavviso e a condizione che l'amministrazione di destinazione abbia una percentuale di posti vacanti superiore all'amministrazione di appartenenza. Per agevolare le procedure di mobilità la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica istituisce un portale finalizzato all'incontro tra la domanda e l'offerta di mobilità.

1-bis. L'amministrazione di destinazione provvede alla riqualificazione dei dipendenti la cui domanda di trasferimento è accolta, eventualmente avvalendosi, ove sia necessario predisporre percorsi specifici o settoriali di formazione, della Scuola nazionale dell'amministrazione. All'attuazione del presente comma si provvede utilizzando le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. ...

2. Nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, i dipendenti possono essere trasferiti all'interno della stessa amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui sono adibiti. Ai fini del presente comma non si applica il terzo periodo del primo comma dell'articolo 2103 del codice civile. Con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previa consultazione con le confederazioni sindacali rappresentative e previa intesa, ove necessario, in sede di conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto



1997, n. 281, possono essere fissati criteri per realizzare i processi di cui al presente comma, anche con passaggi diretti di personale tra amministrazioni senza preventivo accordo, per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali da parte delle amministrazioni che presentano carenze di organico. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano ai dipendenti con figli di età inferiore a tre anni, che hanno diritto al congedo parentale, e ai soggetti di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, con il consenso degli stessi alla prestazione della propria attività lavorativa in un'altra sede.

2.1. Nei casi di cui ai commi 1 e 2 per i quali sia necessario un trasferimento di risorse, si applica il comma 2.3.

2.2 I contratti collettivi nazionali possono integrare le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dai commi 1 e 2. Sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 1 e 2....

2-bis. Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria.

2-ter. L'immissione in ruolo di cui al comma 2-bis, limitatamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli affari esteri, in ragione della specifica professionalità richiesta ai propri dipendenti, avviene previa valutazione comparativa dei titoli di servizio e di studio, posseduti dai dipendenti comandati o fuori ruolo al momento della presentazione della domanda di trasferimento, nei limiti dei posti effettivamente disponibili. ...

2-quinquies. Salvo diversa previsione, a seguito dell'iscrizione nel ruolo dell'amministrazione di destinazione, al dipendente trasferito per mobilità si applica esclusivamente il trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei contratti collettivi vigenti nel comparto della stessa amministrazione. ..."

Il quadro legislativo va poi integrato con la disciplina contrattuale alla quale fa espresso rinvio il comma 2 dell'art. 30 D.Lgs. n.165/2001, che nel Comparto Sanità è posta dall'art 52 del CCNL 21 maggio 2018, che indica i criteri che devono essere necessariamente inseriti nei bandi di mobilità che vengono pubblicati dalle aziende, ovvero: a) la mobilità avviene nel rispetto della categoria e del profilo professionale dei dipendenti in relazione al posto da coprire; b) il bando indica procedure e criteri di valutazione; c) la partecipazione è consentita a tutti i dipendenti in possesso dei requisiti di esperienza e competenza indicati nel bando; d) la mobilità non comporta novazione del rapporto di lavoro; e) il fascicolo personale segue il dipendente trasferito; f) fermo restando che l'attivazione della mobilità richiede il consenso dell'ente o azienda di appartenenza, la partecipazione al bando può avvenire anche senza il preventivo assenso della stessa.



Orbene, osserva il Giudicante che il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse comporta una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro che, configurandosi come un negozio che si perfeziona con il consenso di tutte le parti, ha necessariamente la natura giuridica della cessione del contratto ex art.1406 c.c., come ribadito anche dalla Corte Costituzionale (*Corte Cost.*, 12 novembre 2010, n. 324).

D'altro canto, l'equiparazione fra mobilità e nuova assunzione è esclusa dalla stessa disciplina positiva, precisamente dall'art.30, 2 comma bis, e dell'art.34 bis D.Lgs. 165/2001, che espressamente contrappongono la mobilità, la quale comporta una modificazione di un rapporto di lavoro già in atto, all'assunzione, che invece comporta la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro. Nello stesso senso depone la richiamata disciplina posta dall'art 52 del CCNL 21 maggio 2018, secondo cui *"la mobilità non comporta novazione del rapporto di lavoro"*.

Sulla qualificazione come cessione del contratto è pacificamente orientata la giurisprudenza della Cassazione. Così Cassazione n.431 del 10/01/2019: *"In tema di rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, l'art.30 del d.lgs. n.165 del 2001, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art.16, comma 1, della l. n.246 del 2005, riconduce espressamente il passaggio diretto di personale da amministrazioni diverse alla fattispecie della cessione del contratto, di cui all'art. 1406 c.c., nella quale è inquadrabile anche il passaggio a seguito di procedura di mobilità volontaria; ne consegue che la nuova amministrazione datrice di lavoro subentra in tutte le posizioni attive e passive facenti capo alla amministrazione cedente"*. Così anche Cassazione n.32624 del 17/12/2018: *"Le controversie in tema di mobilità volontaria per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata attualmente dall'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, integrando tale procedura una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, senza che venga in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001"*; Cass. n.10145 del 26/04/2018: *"In tema di pubblico impiego privatizzato, il "passaggio diretto" di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, nella sua formulazione originaria - modificata dall'art. 16 della l. n. 246 del 2005, avente natura di norma interpretativa e, quindi, non applicabile alle procedure di mobilità espletate antecedentemente alla sua entrata in vigore -, è riconducibile all'istituto civilistico della cessione del contratto, sicché è caratterizzato dalla conservazione dell'anzianità e dal mantenimento del trattamento economico goduto presso l'amministrazione di provenienza"*; Cassazione 23/02/2018, n.4435: *"nell'ipotesi in cui un dipendente, per effetto di mobilità volontaria, passi da un'amministrazione ad un'altra, l'espressione di carattere tecnico "passaggio diretto", contenuta nell'art. 30 d.lg. n. 165 del 2001, non qualifica un particolare tipo contrattuale civilistico, ma solamente, nel campo pubblicistico, un particolare strumento attuativo del trasferimento del personale, da una Amministrazione ad un'altra, trasferimento caratterizzato da una modificazione meramente soggettiva del rapporto e condizionato da vincoli precisi concernenti la conservazione dell'anzianità, della qualifica e del trattamento economico,*



che è inquadrabile nella fattispecie della cessione di contratto disciplinata dagli artt. 1406 c.c. e segg., visto che comporta il trasferimento soggettivo del complesso unitario di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, lasciando immutati gli elementi oggettivi essenziali”; Cassazione n.8446 del 28/04/2016: “Il passaggio diretto di cui all'art.30 d.lg. n. 165 del 2001, nella sua formulazione originaria, è riconducibile all'istituto civilistico della cessione del contratto”; Cassazione n.16846 del 09/08/2016: “in tema di mobilità di personale da un'amministrazione all'altra, il passaggio diretto ex art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, risolvendosi in una modificazione meramente soggettiva del rapporto, comporta il diritto alla conservazione dell'anzianità, della qualifica e del trattamento economico del dipendente”; Cassazione n.24724 del 20/11/2014: “in tema di passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse, l'art. 16 della legge 28 novembre 2005, n. 246, che ha modificato l'originario art. 30 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non ha natura di norma di interpretazione autentica, e conseguente efficacia retroattiva, in quanto le modifiche introdotte implicano solamente che l'atecnica originaria espressione "passaggio diretto", sostituita con "cessione del contratto di lavoro", va inquadrata nell'istituto della cessione del contratto e che, inoltre, il dipendente conserva il trattamento economico goduto presso l'amministrazione di provenienza”.

Dunque, il passaggio a seguito di procedura di mobilità volontaria ex art.30 del D.Lgs. n.165 del 2001 va ricondotto alla fattispecie della cessione del contratto di cui all'art. 1406 c.c., con la inevitabile conseguenza che la giurisdizione appartiene al Giudice Ordinario, giacché non viene in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del g.a. di cui al comma 4 dell'art. 63 D.Lgs. 30 marzo 2001 n.165. Invero, i trasferimenti per mobilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche non costituiscono nuove assunzioni, sussistendo una continuità nel rapporto di lavoro consistente nella conservazione della posizione giuridica ed economica conseguita all'atto del trasferimento. Pertanto i trasferimenti per mobilità non danno luogo ad alcuna novazione del rapporto precedente, che non rimane estinto, e neppure al sorgere di un rapporto nuovo presso l'amministrazione "ricevente", bensì ad una ipotesi di cessione del contratto per la quale risulta necessario il consenso del dipendente in qualità di contraente ceduto. Il processo di mobilità non comporta la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro che si sostituisce a quello precedente, ma costituisce una vicenda modificativa del rapporto di lavoro originario, il quale continua con la nuova amministrazione senza soluzione di continuità e senza bisogno di concludere un nuovo contratto.

In questo senso, si veda Cassazione Sez. U. n.19251 del 09/09/2010: *“in tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata attualmente dall'art. 30 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, integrando siffatta procedura una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa (nella specie, instaurata dal dipendente al quale era stato preferito altro candidato al posto*



da coprire tramite mobilità interna) spetta al giudice ordinario, non venendo in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui al quarto comma dell'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165". Conforme la giurisprudenza del Giudice Amministrativo: così Consiglio di Stato, sez. V, 10/04/2017, n.1683: "appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto la mobilità esterna (relativa al trasferimento del dipendente pubblico tra enti del medesimo comparto o tra enti di comparti diversi), configurandosi quest'ultima come cessione del contratto di lavoro che si verifica nel corso di un rapporto già instaurato e non determina la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, ma comporta solo la modificazione soggettiva del rapporti di lavori già in atto"; Consiglio di Stato, sez. V, 17/01/2014, n.177: "in tema di mobilità per passaggio diretto tra p.a., disciplinata attualmente dall'art. 30 D.Lgs. 30 marzo 2001 n.165, integrando siffatta procedura una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa spetta al g.o., non venendo in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del g.a. di cui al comma 4 dell'art. 63 d.lg. 30 marzo 2001 n. 165": conf. T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 23/05/2014, n.215: "il procedimento di mobilità esterna ex art. 30 d.lg. n. 165/2001 assume la configurazione di un atto di gestione del rapporto di lavoro, in quanto determina una semplice cessione del contratto di lavoro del dipendente tra l'amministrazione di provenienza e quella di destinazione con continuità del suo contenuto e non la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione. Di conseguenza, le relative controversie sono soggette, ai sensi dell'art. 63 d.lg. 165/2001, alla cognizione del g.o.; peraltro, essendo unitario l'interesse sostanziale (che è quello alla corretta gestione del rapporto di lavoro) non sussiste neppure una specifica ed autonoma rilevanza dell'atto di indirizzo presupposto, come tale suscettibile di fondare un separato regime di impugnazione, differenziato da quello proprio dell'atto di gestione"; T.A.R. Potenza, (Basilicata), sez. I, 31/07/2013, n. 446: "nel pubblico impiego il procedimento di mobilità esterna ex art. 30, t.u. 30 marzo 2001 n. 165 assume la configurazione di atto di gestione del rapporto di lavoro, in quanto determina una semplice cessione del contratto di lavoro del dipendente tra l'Amministrazione di provenienza e quella di destinazione con continuità del suo contenuto, e non la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, cioè la mera modificazione soggettiva della parte datrice di lavoro; di conseguenza il relativo contenzioso rientra, ai sensi dell'art. 63 comma 1, cit. t.u. n. 165 del 2001, nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro essendo ininfluenti, rispetto alla qualificazione del fenomeno, le modalità prescelte (passaggio diretto o procedura selettiva), le quali sono prive di qualsiasi ricaduta in termini di giurisdizione, atteso che l'individuazione del giudice competente non può dipendere dalle concrete modalità con le quali la mobilità viene esperita"; T.A.R. Napoli, (Campania), sez. VIII, 04/07/2013, n. 3461; T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. IV, 21/09/2011, n. 2250.

La conclusione che il passaggio a seguito di procedura di mobilità volontaria ex art.30 del



D.Lgs. n.165 del 2001 vada ricondotto alla fattispecie della cessione del contratto di cui all'art.1406 c.c., con la conseguenza che la giurisdizione appartiene al Giudice Ordinario, è stato contestato dalla A.S.L. resistente, che ha invocato il precedente costituito da Cassazione civile, sez. un., n.11800 del 12/05/2017. Con la predetta decisione la Suprema Corte ha distinto l'ipotesi della procedura di mobilità per passaggio diretto tra amministrazioni pubbliche e la procedura concorsuale selettiva attuata con il sistema della mobilità esterna statuendo che *“in tema di impiego pubblico privatizzato, è attribuita alla giurisdizione amministrativa la controversia relativa all'impugnazione di un avviso di mobilità, indetto, ex art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, per la copertura di posti di cancelliere a tempo pieno ed indeterminato, che preveda una procedura concorsuale selettiva, attuata mediante il sistema della mobilità esterna, destinata a concludersi con l'approvazione di una graduatoria finale e la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro tra il vincitore e la Pubblica Amministrazione che ha indetto la selezione”*. Così in motivazione: *“invero, è giurisprudenza consolidata di queste Sezioni Unite quella secondo cui – alla luce dell'interpretazione del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, compiuta alla stregua dei principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 97Cost. – è attribuita alla giurisdizione amministrativa la controversia relativa ad una procedura concorsuale, bandita da un ente pubblico territoriale e riservata a dipendenti di altre amministrazioni del comparto degli enti locali, poiché siffatta procedura realizza una mobilità esterna, che si conclude con l'instaurazione di un diverso contratto di lavoro fra l'ente pubblico ed il vincitore del concorso, ed è dunque attuata con finalità del tutto differenti da quelle proprie della mobilità per passaggio diretto fra le amministrazioni pubbliche (Sez. U, Ordinanza n. 5077/2015, Cass. S.U. 30 ottobre 2008 n. 26021 e, da ultimo, Cass. S.U. 24 maggio 2013 n. 12904). Parallelamente si è precisato da queste Sezioni Unite che le procedure concorsuali per l'assunzione, riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo, sono quelle preordinate alla costituzione “ex novo” dei rapporti di lavoro, involgente l'esercizio del relativo potere pubblico, dovendo il termine “assunzione” intendersi estensivamente, comprese le procedure riguardanti soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni ove dirette a realizzare la novazione del rapporto con inquadramento qualitativamente diverso dal precedente e dovendo, di converso, il termine “concorsuale” intendersi restrittivamente con riguardo alle sole procedure caratterizzate dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito (Cass. S.U. 29 maggio 2012 n. 8522). In particolare, si è anche affermato che la riserva di giurisdizione in favore del giudice amministrativo opera con riferimento alla procedura concorsuale, nozione nella quale devono farsi rientrare tutte le sequenze procedimentali, comunque denominate e caratterizzate da concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione (Cass. S.U. 24 maggio 2013 n. 12904 cit.). Orbene, nel caso di specie si è trattato di una procedura di selezione concorsuale pubblica per esami, tesa all'istituzione di un nuovo rapporto di lavoro tramite assunzione, il tutto mediante il meccanismo della mobilità esterna. La procedura in argomento è, pertanto, riconducibile come tipologia – per modalità di svolgimento, oltre che per espressa qualificazione – alla sequenza selettivo-concorsuale propria della mobilità esterna. Del resto la procedura in questione per le rilevate caratteristiche, deve ritenersi che concretizza la fattispecie di una*



mobilità esterna, concludendosi appunto con l'instaurazione di un diverso contratto di lavoro fra l'ente pubblico ed il vincitore del concorso ed è, dunque, attuata con finalità del tutto differenti da quelle proprie della mobilità per passaggio diretto fra le amministrazioni pubbliche, appartenente, invece, alla giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, con riferimento al tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata attualmente dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 30, queste Sezioni unite hanno già avuto occasione di sancire che integrando siffatta procedura una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa spetta al giudice ordinario, non venendo in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 4. In definitiva, come si è rilevato in precedenza, il caso oggetto della presente controversia è risultato essere caratterizzato dall'espletamento di una vera e propria procedura concorsuale selettiva, attuata mediante il sistema della mobilità esterna e destinata a sfociare nell'approvazione di una graduatoria e nell'assunzione dei vincitori alle dipendenze della pubblica amministrazione che tale selezione aveva indetto, per cui è corretta la decisione sulla giurisdizione del giudice amministrativo adottata dal Consiglio di Stato".

Il Giudicante ritiene peraltro di prestare adesione alla più recente e più convincente ricostruzione operata dalla Cassazione con sentenza n.32624 del 17/12/2018, nella quale la Suprema Corte ha affermato che le controversie in tema di mobilità volontaria per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata attualmente dall'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, integrando tale procedura una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, senza che venga in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001.

In particolare, la Cassazione ha evidenziato che le Sezioni Unite della Suprema Corte (*cf.* S.U. n. 8522/2012) hanno più volte precisato che "il richiamato art. 63, comma 4, si interpreta, alla stregua dei principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'art 97 Cost., nel senso che per "procedure concorsuali di assunzione", ascritte al diritto pubblico con la conseguente attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, si intendono quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro".

La Cassazione ha evidenziato che l'interpretazione dei limiti e della portata della riserva alla giurisdizione amministrativa di legittimità è consolidata nella giurisprudenza delle Sezioni unite nel senso che il termine "assunzione" deve essere estensivamente inteso, rimanendovi comprese anche le procedure di cui sono destinatari soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni quante volte siano dirette a realizzare un effetto di novazione del precedente rapporto di lavoro con l'attribuzione di un inquadramento superiore e qualitativamente diverso dal precedente (*cf.*,



in particolare, Cass S.U. n 9164/2006). La Cassazione ha poi richiamato il menzionato orientamento della Cassazione secondo cui, con riferimento al tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata attualmente dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 30, "*integrando siffatta procedura una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa spetta al giudice ordinario, non venendo in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 4*".

La Cassazione ha quindi evidenziato, nella richiamata sentenza n.32624 del 17/12/2018, che si è presenza di una procedura di mobilità volontaria per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni e non di una procedura selettiva concorsuale – in quanto tale rientrante nella residuale area di giurisdizione del Giudice Amministrativo di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n.165, art. 63, comma 4 – se il bando prevede che: 1) si tratti di procedura di mobilità volontaria ex art.30 D.Lgs. n.165/2001; 2) alla stessa possano partecipare solo coloro già titolari di un rapporto di lavoro con la P.A. ed in possesso della qualifica richiesta dall'ente di destinazione; 3) non sia prevista l'attribuzione di una nuova qualifica al candidato vincitore; 4) la procedura si conclude con la cessione del contratto da parte dell'amministrazione di provenienza con conservazione della posizione giuridica ed economica acquisita all'atto del trasferimento. Ricorrendo queste condizioni può escludersi che sia in presenza di una procedura concorsuale finalizzata alla conclusione di un nuovo rapporto di lavoro, come invece richiesto nelle ipotesi di cui all'art 63, 4° comma, D.Lgs. n.165/2001 affinché la controversia rimanga devoluta al giudice amministrativo, dovendosi ritenere che la procedura si concluda con la cessione del contratto di lavoro del dipendente da parte dell'amministrazione di provenienza. Inoltre, ricorrendo le richiamate condizioni – ha osservato ancora Cass. n.32624 del 17/12/2018 – il fatto che il bando preveda la costituzione di una commissione per l'esame delle domande e dei curricula, con l'attribuzione di un punteggio, e preveda altresì lo svolgimento di successivo colloquio conoscitivo, non vale a modificare la natura della procedura per passaggio diretto finalizzata ad accertare il possesso da parte dei candidati dei requisiti e delle competenze professionali richieste al fine di selezionare il soggetto più idoneo all'incarico e ben potendo l'ente fissare preventivamente i criteri di scelta o i punteggi attribuibili a garanzia della trasparenza e correttezza delle operazioni di individuazione del candidato.

Orbene, nel caso di specie, nel solco del *dictum* del richiamato e più recente orientamento giurisprudenziale disegnato dalla Cassazione, può affermarsi che si è presenza di una procedura di mobilità volontaria per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni per la quale va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario e non di una procedura selettiva concorsuale,



giacché il bando dell'impugnata procedura: 1) espressamente ha richiamato la fattispecie della procedura di mobilità volontaria di cui all'art.30 D.Lgs. n.165/2001, oltre tutto sottolineando il riferimento al comma 2 bis della richiamata norma, che dispone che *“le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1”*: la resistente ha quindi ammesso che quella impugnata non è una procedura concorsuale ricadente tra quelle di cui all'art.63, 4° comma, D.Lgs. n.165/2001; 2) espressamente ha disposto che alla procedura stessa potessero partecipare solo coloro già titolari di un rapporto di lavoro con la P.A., in particolare con *“Enti ed Aziende del S.S.N.”* ed in possesso della qualifica richiesta dall'ente di destinazione, ovvero quella di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - Infermiere cat. D del CCNL Comparto Sanità; 3) non ha previsto l'attribuzione di una nuova qualifica ai candidati vincitori; 4) non ha previsto la stipula di un nuovo contratto di lavoro.

Nel caso *de quo*, in definitiva, la procedura con cui la resistente ha attivato la mobilità del personale già in servizio presso altre PP.AA., prevedendo una valutazione comparativa per titoli e colloquio dei dipendenti che hanno fatto domanda, non può essere equiparata ad un concorso, in quanto la scelta dell'ente di procedere ad una selezione comparativa del personale interessato non muta l'essenza degli atti posti in essere dall'Amministrazione, quali atti di gestione del rapporto di lavoro. Ne consegue che, ai fini del riparto di giurisdizione, la fattispecie in esame esula dall'applicazione della disciplina di cui all'art.63, comma 4, del D.Lgs. n.165/2001.

Per completezza, va evidenziato che non varrebbe a radicare la giurisdizione del Giudice Amministrativo, in luogo di quella del Giudice Ordinario, la circostanza che gli attori censurano il bando di indizione della procedura di mobilità e che lo stesso possa essere qualificato come atto di macroorganizzazione. Invero, in tema di servizio sanitario nazionale, va evidenziato che gli atti di macroorganizzazione adottati dalla Aziende Sanitarie ex art.3 del D.Lgs. n.502 del 1992, come modificato dall'art.3 del D.Lgs. n. 229 del 1999, sono disciplinati - diversamente da quanto previsto per le amministrazioni pubbliche in genere - dal diritto privato, in coerenza con il carattere imprenditoriale delle stesse, strumentale al raggiungimento del fine pubblico dell'azienda. Ne consegue che la giurisdizione a conoscere dell'impugnazione di tali atti spetta, anche sotto questo profilo, al Giudice Ordinario (*cf. Cassazione n.25048 del 07/12/2016; conf. Cass n.15304 del 04/07/2014; n.15304 4 luglio 2014; Consiglio di Stato, sentenza, sez. III, n. 2531 del 18/04/2019*).

Venendo al merito del giudizio, va evidenziato che gli attori hanno censurato l'impugnata procedura di mobilità deducendo che la A.S.L. non avrebbe potuto inserire una procedura selettiva *“para-concorsuale”* in seno alla procedura di mobilità ex art.30 D.lgs. 165/2001, trattandosi di ipotesi di copertura di posti equivalenti a quelli per cui i dipendenti che chiedono la



mobilità hanno già superato la relativa procedura concorsuale, in relazione ai quali erano già stati giudicati idonei allo svolgimento delle relative mansioni e/o funzioni, conseguendo il corrispondente status giuridico (qualifica o categoria).

I ricorrenti hanno anche sostenuto che la A.S.L. resistente aveva in ogni caso fatto cattivo uso del proprio potere (discrezionale), allorché aveva previsto in seno al bando una valutazione “per colloquio” tendente ad accertare il grado di specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto dell’incarico da conferire, con un peso superiore al 50% rispetto agli altri criteri di valutazione (titoli e curriculum professionale, carichi di famiglia). Detto sbilanciamento aveva creato un vulnus rispetto all’obbligo di imparzialità e trasparenza, risolvendosi il giudizio espresso dalla medesima amministrazione in una valutazione sostanzialmente insindacabile e, come tale soggetta, al rischio di possibili arbitri.

Orbene, osserva il Giudicante che nell’art.30 del D.Lgs. n.165/2001, la formazione del consenso dell’amministrazione cessionaria rispetto all’istanza del dipendente proveniente da altra amministrazione è previsto avvenga secondo una modalità procedurale, che è: a) di valutazione del possesso dei requisiti professionali previsti dal bando; b) di verifica della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge (corrispondenza di qualifica professionale prevista dall’art.30, comma 1, D.Lgs. n.165/2001; verifica che il numero di vacanze in organico della amministrazione cedente sia superiore a quello dell’amministrazione di destinazione, secondo quanto dispone l’art. 30, 1 comma, terzo periodo, D.Lgs. 165/2001; infine, ritenendo che l’art.35, 5 comma bis, del D.Lgs. n.165/2001 si applichi anche alla mobilità, il compimento del periodo minimo di permanenza presso l’amministrazione di prima assunzione); c) eventualmente, di scelta fra più candidati.

Si consideri poi che, in origine, l’amministrazione che avesse voluto coprire un posto in organico non aveva l’obbligo di pubblicizzare all’esterno l’intento di attivare la mobilità volontaria. Con l’art.49, 1° comma, D.Lgs. n.150/2009 fu introdotto l’obbligo di rendere pubblica l’intenzione di coprire posti vacanti mediante mobilità. L’art. 4, L.n.114/2014 ha modificato ulteriormente l’art.30 D.Lgs. n.165/2001, che adesso richiede – come si è già osservato - l’adozione e pubblicazione di un bando, il quale dovrà contenere indicazione dei posti che si intende coprire per mobilità e dei requisiti professionali richiesti. Il bando di mobilità deve rimanere in pubblicazione sul sito istituzionale dell’ente procedente per un periodo di almeno trenta giorni e deve disporre anche sui criteri di scelta del personale che avanzasse istanza di transito e poi sulle procedure da osservare (termini di presentazione delle istanze, loro contenuti, eventuali commissioni di valutazione, moratorie, ecc.), che le amministrazioni procedenti potranno predeterminare nei propri atti interni generali di organizzazione (regolamenti per la mobilità, regolamenti di organizzazione degli uffici e dei servizi, ecc.).



Va osservato che prima delle richiamate modifiche introdotte dall'art.4, L. 114/2014, l'art. 30, 2° comma, D.Lgs. n.165/2001 rimetteva espressamente la determinazione dei criteri di scelta, così come la disciplina delle procedure da seguire, ai contratti collettivi nazionali, abilitati a disporre in materia purché non vanificassero o eludessero il principio del previo esperimento della mobilità rispetto al reclutamento dall'esterno di nuovo personale, né altrimenti derogassero alla legge. L'eliminazione del riferimento espresso all'autonomia collettiva non mette però in dubbio la validità della disciplina negoziale già esistente e neppure impedisce nuovi interventi della contrattazione sindacale, che ha una competenza generale in materia di rapporto di lavoro, con la sola esclusione delle materie indicate nell'art. 40, 1° comma, D.Lgs. n.165/2001, fra le quali non figura la mobilità.

Come si è già rimarcato, l'aver designato con il termine bando l'atto a mezzo del quale l'amministrazione cessionaria rende nota la disponibilità di posti da coprire mediante passaggio diretto non vale a mutare la natura giuridica dell'atto di avvio della mobilità, dandogli connotati di autoritatività analoghi a quelli propri del bando di concorso per assunzione, con quel che segue in termini di assegnazione della giurisdizione sulle relative controversie.

Inoltre, la nuova formulazione legislativa non vale a dare alla procedura di mobilità carattere intrinsecamente comparativo, né ad attribuire all'amministrazione il potere di sottoporre il lavoratore istante a verifiche di idoneità professionale. Se è vero che l'amministrazione deve valutare le istanze di mobilità volontaria in modo imparziale, secondo criteri di preferenza prestabiliti, conformati a correttezza e buona fede, ciò non significa che i candidati possano essere valutati comparativamente mediante sottoposizione a prove di idoneità o a esami. Deve ritenersi che questo potere l'amministrazione procedente non lo abbia, come si argomenta dalla premessa che la mobilità presuppone, di regola, la corrispondenza di qualifica professionale e poi anche dal tenore dell'art. 30, 2° comma ter, D.Lgs. n.165/2001, ove è stabilito un obbligo di scelta mediante valutazione comparativa dei titoli di servizio e di studio (quindi non prove di idoneità), ma solo per il personale comandato o fuori ruolo da collocare in mobilità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero degli affari esteri, in ragione della specifica professionalità richiesta.

Va anche osservato che il lavoratore che avanza istanza di transito verso un'altra amministrazione ha già superato il vaglio concorsuale e dunque è già stato valutato idoneo presso l'amministrazione cedente, cosicché non può essere rivalutato una seconda volta da quella cessionaria. Ne consegue che la verifica sul possesso dei requisiti e competenze professionali fissati dal bando di mobilità dovrà avere carattere formale e che, fuori dall'ipotesi speciale prevista dal menzionato art. 30, 2° comma ter, D.Lgs. n.165/2001, una valutazione di merito comparativo potrebbe essere effettuata solo ed esclusivamente quando il numero di istanze di



mobilità fosse superiore al numero di posti da coprire, in caso contrario dovendosi procedere a immettere in ruolo tutti i candidati in possesso dei requisiti professionali prefissati dall'amministrazione cessionaria.

Nel caso di specie, si è in presenza proprio di una situazione di questo genere – ovvero, pacificamente, il numero di istanze di mobilità è stato superiore al numero di posti da coprire – per cui non può essere, in sé, censurata, diversamente da quanto opinato dagli attori, la scelta della convenuta di valutare comparativamente i candidati, né la scelta di effettuare tale valutazione tenendo conto, oltre che dei titoli di carriera degli aspiranti, dei loro titoli accademici e di studio, delle loro pubblicazioni e titoli scientifici e del loro curriculum formativo/professionale, anche delle risultanze di una prova colloquio, volta “*ad accertare il grado di specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto dell’incarico da conferire*” (come si legge nell’ultima pagina del bando). In altri termini, non è censurabile in sé la scelta della resistente di volere valutare in sede di colloquio le specifiche competenze professionali maturate dai candidati, ai fini della più efficace collocazione dei concorrenti nei posti che la procedura di mobilità è volta a coprire. E’ questo anche se è lo stesso legislatore, al comma 1 bis dell’art 30 D.Lgs. n.165/2001, a prevedere come dato fisiologico quello della riqualificazione dei dipendenti la cui domanda di trasferimento è accolta, attribuendone l’onere all'amministrazione di destinazione, che vi può provvedere “*eventualmente avvalendosi, ove sia necessario predisporre percorsi specifici o settoriali di formazione, della Scuola nazionale dell'amministrazione*”.

Ciò chiarito, deve però evidenziarsi che la procedura di mobilità regolata dall'art.30 D.Lgs. n.165/2001, pur non essendo equiparabile ad un concorso pubblico, per quanto in precedenza evidenziato, e pur se non costituisce espressione di poteri pubblicistici, impone comunque all'ente che si avvale della procedura di mobilità la preventiva individuazione dei criteri di scelta oggettivi, finalizzati ad assicurare la trasparenza delle scelte operate. Infatti, l'assenza di regole o l'arbitraria gestione delle disposizioni contrattuali, non consentono al giudice di penetrare nel merito della regola e della concreta valutazione effettuata dal datore, il cui apprezzamento ha un contenuto di discrezionalità incensurabile, ma soltanto se logicamente articolato. In questi limiti, il datore incorre nella violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede, in quanto da luogo ad una alterazione del rapporto esterno esistente tra il criterio adottato e la finalità che la selezione si ripromette. Tale principio è tanto più valido se considerato con riferimento al datore di lavoro pubblico, il quale è tenuto al rispetto, oltre che del principio generale dell'imparzialità nell'organizzazione degli uffici pubblici fissato dall'art.97 Cost., dei principi di parità di trattamento nella gestione delle risorse umane previsti dal D. Lgs. n.165/2001 (artt. 7, 35 e 40), e, in particolare, per quanto qui interessa, dall'art.30, dettato per la regolazione della mobilità volontaria dei dipendenti (*cf.*, in termini, *Cass. n.11127 dell’11/06/2004*; si veda anche *Cass. n.1485*



del 27/01/2015: “nell'ambito di una procedura di mobilità di personale, pur di fronte alle difficoltà di gestione della procedura concorsuale derivanti dall'alto numero di concorrenti, ed in mancanza o insufficienza di norme di legge regolamentari, collettive o aziendali, il datore di lavoro pubblico ha l'obbligo di predisporre regole che, nell'osservanza di quanto previsto dal contratto collettivo, pongano i dipendenti in condizioni di parità e non siano manifestamente inadeguate in relazione alla selezione da operare”).

Orbene, nel caso di specie, i criteri di scelta adottati dalla convenuta con l'impugnato bando non soddisfano i richiamati requisiti.

Invero, la resistente ha previsto che la Commissione esaminatrice potesse assegnare a ciascun candidato fino ad un massimo di 100 punti, così ripartiti: - 60 punti per la prova colloquio, “che si intende superato positivamente se il candidato ottiene un punteggio di almeno 36/60. Il colloquio tenderà ad accertare il grado di specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto dell'incarico da conferire”; - 40 punti per titoli, così ripartiti: a) fino a un massimo di 20 per i titoli di carriera; b) fino a un massimo di 4 per titoli accademici e di studio ulteriori rispetto a quelli richiesti dal bando; c) fino a un massimo di 4 punti per pubblicazioni e titoli scientifici; d) fino a un massimo di 8 punti per il curriculum formativo e professionale; e) fino a un massimo di 4 punti per situazione familiare o sociale.

Ritiene il Giudicante che già la previsione del bando che attribuisce fino a 60 punti per la prova colloquio – su un massimo di 100 punti - rispetto il punteggio di 40 punti attribuibile, in totale, per tutte le altre voci riguardanti la valutazione dei titoli e della carriera, pone dubbi in ordine al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art.97 Cost., perché non appare ragionevole che il punteggio massimo attribuibile per il colloquio (60 punti, come già evidenziato), superi del triplo quello massimo attribuibile alla voce “titoli di carriera”, che è il criterio in base al quale si può attribuire il punteggio più alto (20 punti), dopo quello assegnabile per il colloquio. In altri termini, sarebbe stato di gran lunga più ragionevole l'adozione di criteri di scelta che attribuissero punteggi identici, da un minimo ad un massimo, per ciascuna delle voci. O l'attribuzione alla voce “colloquio” di un punteggio minimo pari alla media dei punteggi minimi previsti per le altre criteri e di un punteggio massimo pari alla media dei punteggi massimi previsti per le altre criteri.

A ciò si aggiunga che il bando attribuisce al colloquio una funzione di accertamento idoneativo del candidato che può portare anche alla esclusione del concorrente, giacché è previsto che si debba raggiungere un punteggio minimo pari a 36/60, pena, appunto, l'esclusione dalla procedura. La previsione è oggettivamente in contrasto con le delineate caratteristiche della impugnata procedura di mobilità, che non è una procedura concorsuale di assunzione. Come già evidenziato, i dipendenti esaminati sono già tutti pubblici dipendenti, seppure in servizio in altra amministrazione, per cui hanno già superato la prova concorsuale di accertamento della idoneità.



Si consideri, poi, e la questione appare dirimente ai fini della valutazione della legittimità dell'impugnata procedura, che la Commissione esaminatrice, nel verbale n.1 del 5.3.2019 (*doc. n.2 della produzione A.S.L.*), ha disciplinato analiticamente i criteri di valutazione dei titoli, ma nulla ha chiarito su quelli da usare per la valutazione del colloquio, limitandosi a precisare l'entità del punteggio massimo (60) e minimo (36). Inoltre, come si evince dal verbale n.3 del 27.03.2019 (*doc. n.4 della produzione A.S.L.*), ad ogni candidato è stata rivolta una sola domanda, modalità che appare del tutto insufficiente per valutare il candidato. Non è dato comprendere, poi, in che modo siano state valutate le risposte alle domande formulate ai candidati, circostanza che non consente di comprendere come si sia proceduto ad effettuare la valutazione delle specifiche competenze professionali maturate dai concorrenti, ai fini – invocati nel bando per giustificare la previsione del colloquio - della più efficace collocazione dei candidati nei posti che la procedura di mobilità è volta a coprire. Senza considerare che - al fine della considerazione delle specifiche competenze professionali dei candidati - appare in astratto più utile il riferimento agli attestati professionali, alla carriera professionale, ai titoli scientifici, rispetto agli esiti del mero colloquio, oltre tutto limitato ad una sola domanda.

In definitiva, le richiamate previsioni del bando dell'impugnata procedura e del relativo regolamento predisposto dalla Commissione esaminatrice si pongono in contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento che, in attuazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., devono trovare applicazione quale che sia la tipologia di procedura competitiva, posto che non sono idonee a salvaguardare la par condicio dei candidati e non danno luogo a procedure obiettive di selezione dei soggetti più idonei, ma comportano scelte non trasparenti, sostanzialmente insindacabili e, come tali, esposte al rischio di arbitri.

Ritiene quindi il Giudicante che sussista la dedotta illegittimità della deliberazione n.1798 del 20.08.2018, con la quale l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone ha indetto avviso pubblico di mobilità nazionale per titoli e prova colloquio tra aziende ed enti del S.S.N., per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n.7 posti di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - infermiere di categoria D, ai sensi dell'art.30, comma 2, D.Lgs. n.165/2001, nella parte in cui: 1) ha previsto una prova colloquio finalizzata alla valutazione delle specifiche competenze professionali maturate dai candidati, per operare la più efficace collocazione dei concorrenti, consistente nella sottoposizione ai candidati di una sola domanda, senza prevedere che venisse esplicitata la valutazione data dalla Commissione - in relazione al fine perseguito dal colloquio - sulle risposte alle domande poste; 2) ha previsto per la prova colloquio un punteggio minimo di 36 punti e massimo di 60 punti, e non invece un punteggio minimo pari alla media dei punteggi minimi previsti per gli altri criteri di scelta (o comunque non superiore a quello più alto tra i punteggi minimi previsti per ciascuno degli altri criteri di scelta) e di un punteggio massimo



pari alla media dei punteggi massimi previsti per gli altri criteri di scelta (o comunque non superiore a quello più alto tra i punteggi massimi previsti per ciascuno degli altri criteri di scelta); 3) ha previsto l'esclusione dalla procedura nel caso di non raggiungimento nella prova colloquio del punteggio minimo di 36 punti.

Negli stessi motivi e negli stessi limiti deve ritenersi che sussista la dedotta illegittimità anche del conseguente avviso pubblico e della conseguente graduatoria finale.

Quanto osservato rende palese la sussistenza del *fumus boni iuris* necessario per l'accoglimento della domanda cautelare, proposta in ricorso al fine dell'anticipazione degli effetti della pronuncia di merito. Al fine di appurare la sussistenza del predetto requisito si deve effettuare una valutazione di verosimiglianza e di probabilità in ordine al diritto cautelando. Si osservi, in particolare, che il requisito *de quo*, pur investendo la fondatezza della pretesa avanzata in sede cautelare, comporta non un riscontro di piena certezza, bensì soltanto un accertamento deliberativo in ordine alla mera probabilità di esistenza del diritto controverso.

Sussiste, peraltro, anche il *periculum in mora*, dovendo ritenersi che i ricorrenti possano subire, durante il tempo occorrente per far valere il loro diritto in via ordinaria, un pregiudizio irreparabile ovvero un danno a cui non è possibile porre integrale rimedio con gli ordinari strumenti risarcitori esistenti, in quanto questi ultimi non potrebbero ripristinare integralmente lo *status quo ante*.

Nel caso di specie, l'urgenza di provvedere può apprezzarsi considerando la circostanza che il diritto dei ricorrenti è correlato ad una procedura di mobilità per la quale è prevista una scadenza per il 30.7.2019, molto prima che gli attori possano far valere il loro diritto in via ordinaria. Ne consegue che lo scarto temporale tra il momento della lesione e il momento della tutela inciderebbe sul beneficio invocato dai ricorrenti, di passaggio alle dipendenze della A.S.L. resistente, e, in definitiva, su diritti fondamentali del lavoratore, in misura non compiutamente risarcibile per equivalente. Senza contare che l'accoglimento solo nel giudizio di merito delle domande dei ricorrenti, i cui effetti non siano stati anticipati da un provvedimento cautelare, determinerebbe conseguenze altamente pregiudizievoli per i controinteressati, il cui passaggio alla A.S.L. resistente dovrebbe essere annullato, e in definitiva, per lo stesso buon andamento dell'attività della P.A. convenuta. In quest'ottica, non può invece darsi rilievo all'assunto di parte resistente secondo cui un eventuale provvedimento sospensivo della procedura finirebbe con impedire alla A.S.L. di inserire rapidamente nel proprio organico infermieri professionali di cui ha urgente bisogno, sia perché nelle more del (ri)espletamento della procedura, la convenuta potrebbe provvedere in altro modo all'approvvigionamento, anche in via temporanea, del personale di cui ha bisogno; sia perché la situazione pregiudizievole lamentata non è certo stata



causata dagli attori, ma dall'amministrazione stessa, che ha posto in essere, nei limiti di cui si è detto, una procedura palesemente illegittima.

La descritta situazione - unita alla richiamata sussistenza del *fumus boni iuris* - consiglia l'adozione del richiesto provvedimento cautelare, nei termini precisati in dispositivo.

Deve ritenersi che tutti i ricorrenti abbiano interesse ad impugnare la procedura di mobilità in oggetto ed ad ottenere l'invocata tutela d'urgenza, perché con l'espletamento della nuova procedura e con l'adozione dei criteri di scelta "corretti" ben potrebbero trovarsi una posizione utile ai fini del passaggio diretto alla A.S.L. resistente. Circostanza che può desumersi sia dal punteggio dagli stessi maturato con riferimento ai criteri di scelta diversi da quello costituito dal colloquio, criteri che, per quanto osservato, dovranno assumere nella nuova procedura un rilievo molto superiore; sia dal fatto che la A.S.L. resistente, nelle more della procedura, ha aumentato a 40 il numero dei candidati da far transitare alla proprie dipendenza, all'esito della procedura stessa (*con delibera n. 1010 del 16.05.2019: doc. n.7 A.S.L.*).

Il presente provvedimento è astrattamente idoneo a definire il giudizio, ove una delle parti non inizi l'oramai solo eventuale fase di merito, per cui il Giudicante è chiamato anche a pronunciarsi sulle spese di lite, alla stregua dei principi generali.

Le spese, liquidate come da dispositivo, vanno poste a carico della convenuta A.S.L., in ossequio al principio della soccombenza.

P.Q.M.

a) accoglie la domanda cautelare proposta da **DI MASSIMO Emanuela, DROGHEO Massimo, VETRONE Renza e NICOLIA Benedetto** nei confronti della **AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE DI FROSINONE**, nonché nei confronti di **tutti gli altri 402 soggetti collocati nella graduatoria finale del concorso per mobilità volontaria nazionale per titoli e prova colloquio tra aziende ed enti del S.S.N. per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n.7 posti di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - infermiere, categ. D, ai sensi dell'art.30, D.Lgs. n.165/2001, pubblicata dalla A.S.L. di Frosinone in data 30.4.2019;**

b) per l'effetto, dichiara l'illegittimità della deliberazione n.1798 del 20.08.2018, con la quale l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone ha indetto avviso pubblico di mobilità nazionale per titoli e prova colloquio tra aziende ed enti del S.S.N., per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n.7 posti di Collaboratore Professionale Sanitario (C.P.S.) - infermiere di categoria D, ai sensi dell'art.30, comma 2, D.Lgs. n.165/2001, nella parte in cui: 1) ha previsto una prova colloquio - finalizzata alla valutazione delle specifiche competenze professionali maturate dai candidati, per operare la più efficace collocazione dei concorrenti - consistente



nella sottoposizione ai candidati di una sola domanda, senza prevedere che venisse esplicitata la valutazione operata dalla Commissione sulla risposta fornita alla domanda, in relazione al fine perseguito dal colloquio; 2) ha previsto per la prova colloquio un punteggio minimo di 36 punti e massimo di 60 punti, e non invece un punteggio minimo pari alla media dei punteggi minimi previsti per gli altri criteri di scelta (o comunque non superiore a quello più alto tra i punteggi minimi previsti per ciascuno degli altri criteri di scelta) e di un punteggio massimo pari alla media dei punteggi massimi previsti per gli altri criteri di scelta (o comunque non superiore a quello più alto tra i punteggi massimi previsti per ciascuno degli altri criteri di scelta); 3) ha previsto l'esclusione dalla procedura nel caso di non raggiungimento nella prova colloquio del punteggio minimo pari a 36;

c) dichiara l'illegittimità della graduatoria finale pubblicata dalla A.S.L. di Frosinone in data 30.4.2019, nella parte in cui è stato computato l'esito della prova colloquio nella valutazione;

d) sospende l'efficacia degli atti richiamati ai punti b) e c), ordinando alla A.S.L. di AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE DI FROSINONE la ripetizione della procedura di mobilità, con indizione di nuovo avviso pubblico, nel rispetto dei criteri indicati ai punti 1), 2) e 3) del capo b);

e) pone le spese della fase cautelare a carico della convenuta A.S.L. di Frosinone, liquidando le stesse nella complessiva misura di €.4.500,00, per compenso professionale, oltre I.V.A., C.P.A. e rimborso forfettario del 15% per le spese generali, con distrazione in favore del procuratore antistatario dei ricorrenti.

Si comunichi.

Frosinone, 16.7.2019

Il Giudice del Lavoro

Dott. Massimo Lisi

