

SUNTO DEL RICORSO

Della sig.ra **Cassaro Rosa Maria Agata**, nata il 10.08.1968 a Palermo, e residente in Ravanusa (AG) nella via Roma, C.F. CSSRMR68M50G273D, rappresentata e difesa, dall'Avv. Vincenzo Airo', CF. RAIVCN85M14A089S, (fax: 0922/1860127; PEC: avv.vincenzoairo@pec.it), ed elettivamente presso il domicilio elettronico del proprio difensore, per mandato in calce al presente ricorso

CONTRO

L'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

L'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

PER L'ANNULLAMENTO (PREVIA SOSPENSIONE)

Della deliberazione del commissario straordinario n. 41 del 14.01.2021 dell'ASP di Agrigento, avente ad oggetto: <<*Preso atto delibera 1269 del 17/12/2020 avente ad oggetto: "Avviso pubblico Straordinario per il reclutamento a tempo determinato di operatori socio sanitari (RS) per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Preso atto verifica graduatoria generale e per ente..." Provvedimenti consequenziali.*>>;

della Delibera 1269 del 17/12/2020 dell'ASP di Palermo contenente la graduatoria definitiva relativa all'Avviso pubblico Straordinario per il reclutamento a tempo determinato di operatori socio sanitari (RS) per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Preso atto verifica graduatoria generale e per ente..." ;

ove occorra deliberazione del commissario straordinario n. 709 del 11.12.2020 dell'ASP di Agrigento, avente ad oggetto: <<*Preso atto delibera 1023 del 23/10/2020 avente ad oggetto: "Avviso pubblico Straordinario per il reclutamento a tempo determinato di operatori socio sanitari (RS) per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Preso atto verifica graduatoria generale e per ente..." Provvedimenti consequenziali.*>>;

ove occorra della delibera 1023 del 23/10/2020 dell'ASP di Palermo;

ove occorra della nota con la quale è stata disposta la cessazione dell'incarico alla data del 31.01.2021;

nonché di ogni altro atto presupposto e/o connesso;

I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELGLI ARTT. 3, 10, 11, 97 e 117 DELLA COSTITUZIONE;

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 6 DELLA L. 241/90;

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO DI CONCORSO E DEL REGOLAMENTO APPROVATO CON DELIBERA N. 390 DELL'ASP DI PALERMO DEL 29.03.2019;

ECESSO DI POTERE PER DIFETTO D'ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA, DEL FAVOR PARTECIPATIONIS, INGIUSTIZIA MANIFESTA;

VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO E DI LEALE COLLABORAZIONE;

VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AFFIDAMENTO;

L'Amministrazione resistente, senza nemmeno attivare il soccorso istruttorio, non ha valutato i titoli di servizio relativi all'attività di addetto ai servizi tutelari e assistenziali prestati presso l'IPAB "Ignazio e Giovanni Sillitti" (68 mesi) e l'IPAB "Casa di Riposo Burgio Corsello Canicattì (18 mesi), ed allo stesso tempo non ha valutato il servizio di OSS prestato presso l'IPAB Santa Teresa del Bambino Gesù (72 mesi) asserendo che si trattasse di titoli non valutabili ai fini del profilo messo a concorso e di enti non convenzionati con il SNS.

L'operato complessivo dell'Amministrazioni resistenti risulta erroneo ed in violazione della stessa procedura di concorso.

Il regolamento di concorso, approvato con la delibera 390/2019 dell'ASP di Palermo, per quanto riguarda la valutazione dei titoli di carriera valutabili per l'area di comparto stabilisce che:

-per ciascun mese di servizio nella categoria e profilo professionale a concorso prestato presso:

“Altri enti della P.A.” 0,0416 punti;

“struttura convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale 0,0208 punti;

- per ciascun mese di servizio nella categoria immediatamente inferiore al profilo professionale a concorso prestato presso:

“Altri enti della P.A.” 0,0208 punti;

“struttura convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale 0,0104 punti.

Nel caso di specie le Amministrazioni resistenti hanno errato nel non considerare i servizi prestati presso le IPAB come servizi riconducibili nella categoria dei servizi prestati presso “Altri enti della P.A.” e nel non considerare affatto i titoli di servizio della ricorrente in qualità di “addetto ai servizi generali e tutelari” così come quello di OSS per l'asserita motivazione di “servizio in profilo diverso presso strutture non convenzionate”.

I.1 sulla mancata valutazione dei servizi prestati presso le IPAB quale servizi prestati presso “Altri enti della P.A.”.

Gli Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficenza (IPAB) sono da ritenersi enti pubblici regionali e per tanto ai fini della procedura di concorso in questione i servizi prestati presso tali enti dovevano valutarsi come servi presso “Altri enti della P.A.” anziché presso strutture convenzionate con il SNS.

La differenza non è di poco conto poiché a norme del regolamento di concorso il punteggio attribuito per ogni mese di servizio presso gli altri enti della P.A. è doppio rispetto alle strutture convenzionate con il SNS.

Nel caso di specie, non può dubitarsi che le IPAB indicate in sede di domanda rientrino nel novero delle Pubbliche Amministrazioni.

Come chiarito dall'orientamento n. 88 dell'ANAC: *<<Le Istituzione Pubblica di Assistenza e Beneficenza (IPAB), ancora non trasformate, ai sensi del d.lgs. n. 207/2001, in Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona (A.S.P.) o in persone giuridiche di diritto privato (associazioni o fondazioni), che perseguono scopi di utilità sociale, sono da ricomprendersi nella categoria degli enti pubblici non economici di livello regionale, ai fini dell'applicazione della l. n. 190/2012 e dei decreti attuativi, tenuto conto che hanno personalità giuridica di diritto pubblico, svolgono funzioni amministrative e che sono riconosciuti ad amministrazioni pubbliche poteri di nomina dei componenti degli organi di cui sono composte. La suddetta previsione si applica anche con riferimento alle A.S.P., nei casi in cui mantengono la personalità giuridica di diritto pubblico.>>.*

Ed infatti non può dubitarsi nella natura pubblicistica della IPAB atteso il potere di vigilanza e controllo che esercita la Regione su di esse.

Tutte le IPAB presso le quali la ricorrente ha prestato servizio sono sotto il controllo della Regione Siciliana e sono soggette a precisi vincoli di spesa nell'assunzione di nuovo personale ed agli obblighi di trasparenza previsti per le PA.

Ed infatti non può dubitarsi nella natura pubblicistica della IPAB e la riconducibilità sotto diversi profili al novero della PA, atteso il potere di vigilanza e controllo che esercita la Regione su di esse.

Dunque le IPAB non possono escludersi – acriticamente - dal novero della categoria di “altri enti della PA” per i quali è previsto uno specifico punteggio per ogni mese di servizio prestato.

Del resto, la locuzione “altri enti della PA” ha una portata ampia e deve essere interpretata secondo il generale principio del favor participantis volto ad allargare il

più possibile la platea dei concorrenti e selezionare, tra questi, quelli più qualificati e con migliore esperienza.

Al riguardo la giurisprudenza è unanime nell' affermare che: <<In ipotesi di dubbio circa l'interpretazione di una clausola del bando di una procedura selettiva, occorre accedere ad una interpretazione in linea con il principio del favor participationis, favorendo, tra le diverse interpretazioni possibili, quella in grado di assicurare la partecipazione alla procedura concorsuale del maggior numero dei concorrenti>>(Cfr. T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 05/04/2012, n.3166).

Pertanto, risulterebbe irragionevole ed ingiustamente restrittiva l'interpretazione del regolamento di concorso che non considerasse le IPAB nel novero degli "altri enti della PA" e non riconoscesse, ai fini della procedure di che trattasi, il valore dei servizi prestati per diversi anni presso tali enti pubblici.

Diversamente opinando si produrrebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i diversi concorrenti che hanno maturato esperienze analoghe in altri enti pubblici.

Inoltre, la stessa PA si vedrebbe preclusa la possibilità di beneficiare di soggetti, come la ricorrente, che possono vantare una lunghissima esperienza proprio in relazione al profilo professionale messo a concorso.

Ciò posto, in capo all'Amministrazione, in sede di verifica delle dichiarazioni indicate nella domanda di partecipazione, vi era il preciso obbligo di dare il punteggio più corretto per i predetti titoli, anche nel caso gli stessi siano stati erroneamente inseriti all'interno dei servizi prestati presso strutture convenzionate con il SNS.

Sul punto, appare opportuno rammentare che la giurisprudenza amministrativa ha da tempo affermato che: <<L'amministrazione pubblica, la cui giustificazione ontologica va ricercata nella prestazione di varie attività di "servizio pubblico" rese ai cittadini (Cons. St., ad. plen., 30.3.2000, n. 1, ord.), non può limitarsi ad un esame distaccato e meccanico delle istanze indirizzate dagli amministrati, procurando di accogliere soltanto quelle che ex origine si presentino esattamente corrispondenti ai formanti normativi rilevanti per la singola fattispecie e, di contro, respingendo quelle che manifestino qualunque difformità, anche di minima entità, rispetto a detti parametri. Sulla P.A. incombe invece un preciso dovere di collaborazione con i cittadini al fine di contribuire a realizzarne, nei margini consentiti dall'ordinamento giuridico, le legittime aspettative.>> (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V., n. 5127/2004).

A ciò si aggiunga che, la giurisprudenza, in materia di selezioni pubbliche, ha avuto modo di affermare che può ammettersi un ampliamento del concetto di " titoli dichiarati nella domanda " considerando tali non soltanto quelli correttamente indicati

nell'istanza di partecipazione, ma anche quelli autodichiarati od allegati a corredo della stessa (Cfr. T.A.R. Napoli, sez. VIII, 11/01/2011, n.56).

Per tanto, nel caso di specie i servizi dichiarati dall'odierna ricorrente in sede di domanda dovevano essere correttamente valutati con il coefficiente previsto per gli "Altri enti della P.A." pertanto:

- per i 72 mesi prestati come OSS presso l'IPAB Santa Teresa del Bambino Gesù dovevano essere riconosciuti punti 2,9952 (72x0,0416);
- per i 18 mesi (7+11) prestati come addetto ai servizi tutelare e assistenziali presso le altre due IPAB punti 0,3744 (18x0,0208). Totale 3,3696, con collocazione in posizione n.35 della graduatoria relativa all'ASP di Agrigento.

I.2. sull'obbligo dell'Amministrazione resistente di valutare i titoli di servizio prestati in qualità di "OSS" presso l'IPAB Santa Teresa del Bambin Gesù;

Fermo quanto dedotto nel punto precedente, le Amministrazioni resistenti giustificano la mancata valutazione dei titoli di servizio dell'odierna ricorrente anche per l'asserita non corrispondenza dei servizi dichiarati rispetto al posto messo a concorso.

Ebbene detta motivazione appare certamente ingiustificata ed in violazione della lex specialis di concorso e del principio del soccorso istruttorio.

Il servizio di OSS dichiarato presso l'IPAB Santa Teresa del Bambin Gesù, corrisponde perfettamente al profilo messo a concorso.

Per cui la motivazione addotta dall'Amministrazione a giustificazione della mancata valutazione di tale titolo appare certamente ingiusta e frutto di un evidente travisamento dei fatti.

Ed infatti in applicazione del regolamento di concorso, trattandosi di servizio prestato presso un altro Ente della P.A. nella medesima categoria del posto messo a concorso, dovevano essere riconosciuti alla ricorrente punti 2,9952 (72x0,0416).

Peraltro anche ove tale servizio, in esito alle verifiche, fosse risultato inquadrato non nella categoria di OSS, ma in quella immediatamente inferiore, in ogni caso in applicazione del regolamento per il servizio in questione doveva essere riconosciuto il punteggio di 1,4976. (72x0,0416).

Donde l'erroneità dell'operato dell'Amministrazione sanitaria e l'illegittimità della rideterminazione del punteggio della ricorrente.

I.3. sull'obbligo dell'Amministrazione resistente di valutare i titoli di servizio prestati in qualità di "addetto ai servizi tutelari e generali" ovvero "addetto ai servizi tutelari ed assistenziali";

Ed infatti, l'indicazione dei servizi prestati in qualità di "addetto ai servizi tutelari e generali" in sede di domanda non poteva che riferirsi ai servizi tutelari ed assistenziali che rientrano nell'ambito dei servizi "nella categoria immediatamente inferiore al profilo professionale a concorso" per i quali il regolamento prevede l'attribuzione di uno specifico punteggio per ogni mese di servizio.

Ed infatti, il profilo in questione appartiene alla categoria immediatamente inferiore rispetto a quello dell'OSS.

A riprova di ciò appare opportuno rilevare che per ottenere il titolo di OSS bisogna aver conseguito precedentemente un titolo di OSA ovvero di ADEST (denominato anche Operatore Socio Assistenziale e dei Servizi tutelari).

Invero, la qualifica di OSS assorbe le qualifiche immediatamente inferiori di Osa e di addetti ai servizi tutelati.

A tal riguardo, nell'ambito della formazione regionale, con Decreto Assessoriale della Salute n. 560 del 22.03.2017 - per il biennio 2017-2019, vengono indicati per l'accesso ai percorsi di riqualificazione nella categoria superiore di OSS i seguenti titoli:

<< - *Assistente Domiciliare e dei Servizi Tutelari - ADEST, denominato anche Operatore Socio Assistenziale e dei Servizi tutelari*

- *Operatore Socio Assistenziale – OSA, denominati anche "OSA per l'infanzia", "OSA per le demenze", "OSA per l'handicap", "OSA per gli anziani"*

- *Operatore Addetto all'assistenza delle Persone Diversamente Abili*

- *l'Operatore Tecnico dell'Assistenza (OTA - ai sensi del D.M.295 del 26.07.1991*

Inoltre possono accedere ai suddetti corsi di riqualificazione in OSS anche gli operatori di altre qualifiche ... si riportano alcuni esempi di qualifica ammissibile;

- Assistente domiciliare*
- Assistente anziani*
- Assistente handicap*
- Assistente disabili*
- Operatore socio assistenziale*
- Operatore per la disabilità*
- Operatore per l'infanzia*
- Operatore sociale assistenza handicap*
- Ausiliario socio sanitario specializzato*
- Assistente specializzato minori ed handicap*
- Addetto all'assistenza di base>>*

Analoghe previsioni sono state poi riportate nelle linee guida allegata al successivo D.A. 377 del 12.03.2019 - ai fini dell'accesso alla qualifica superiore di OSS per il biennio 2019-2020.

Dunque non può dubitarsi che il servizio di addetto ai servizi tutelari rientri tra le mansioni immediatamente inferiori di quelle di OSS.

Del resto, si tratta pur sempre di attività di assistenza alla persona in situazione di vulnerabilità.

E allora in relazione alla dichiarazione allegata in sede di domanda dei servizi prestati in qualità di "addetto ai servizi tutelari e generali" le Amministrazioni resistenti dovevano ricondurre tali servizi proprio tra quelli valutabili come servizi prestati "nella categoria immediatamente inferiore al profilo professionale a concorso".

E dunque, in forza di tali titoli di servizio pari a 18 mesi (7+11) prestati come addetta ai servizi tutelare e assistenziali presso le altre due IPAB "altri enti della PA" alla ricorrente dovevano essere attribuiti punti 0,3744 (18x0,0208).

I.3. Sulla violazione del cd. soccorso istruttorio;

Contrariamente a quanto riportato nella scheda di valutazione dell'odierna ricorrente le Amministrazioni resistenti non potevano limitarsi ad asserire la non valutabilità dei titoli di servizio essendo "servizio in profilo diverso presso strutture non convenzionate".

Ed infatti come chiarito sopra i titoli di servizio dichiarati dalla ricorrente in sede di domanda sono tutti valutabili secondo il regolamento di concorso, pertanto in caso di dubbi o incertezze sulla valutabilità dei predetti titoli l'Amministrazione sanitaria aveva l'obbligo di attivare preventivamente il cd. soccorso istruttorio.

Com'è noto, a fronte di dichiarazioni incomplete o non immediatamente intelleggibili, l'Amministrazione ha l'obbligo di richiedere gli opportuni chiarimenti ovvero di disporre il soccorso istruttorio.

Ed infatti la finalità dei concorsi banditi dalla p.a., è quella di reclutare il personale più qualificato e/o titolato, agevolando il più possibile la partecipazione dei concorrenti (favor participationis) ed evitando di introdurre ed applicare rigide e formalistiche cause di esclusione dei concorrenti ovvero cercando, ove possibile, di desumere i titoli medesimi alla luce di quanto indicato e prodotto dai concorrenti (c.d. soccorso istruttorio).

In particolare *"L'istituto del c.d. " soccorso istruttorio " è previsto in via generale dall'art. 6 lett. b), l. 7 agosto 1990 n. 241; il "dovere di soccorso istruttorio", in base al quale le amministrazioni possono invitare i concorrenti a completare o a fornire*

chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, è subordinato alla sola esistenza in atti di dichiarazioni che siano state effettivamente rese, ancorché non in modo pienamente intellegibile o senza il rispetto dei requisiti formali” (Cfr. T.A.R. Milano Lombardia sez. IV, 25 settembre 2013 n. 2203.).

Ed ancora **“Ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990 e dell'art. 71, comma 3, d.P.R. n. 445 del 2000, l'Amministrazione deve concedere il soccorso istruttorio finalizzato alla rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, salvo che costituiscano falsità, nel caso in cui il modulo per la partecipazione al concorso pubblico rappresenti l'unica forma possibile di presentazione della domanda e, a maggior ragione, se le istruzioni per la compilazione della stessa risultino equivocate, in quanto, diversamente, ricadrebbero sul candidato le conseguenze di una insufficiente predisposizione della modulistica di gara da parte dell'Amministrazione”**(Cfr. T.A.R. Milano, sez. III, 13/01/2016, n.58).

Peraltro, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che nel caso di errore materiale può porre rimedio direttamente l'amministrazione, anche in assenza del c.d. soccorso istruttorio. (Cfr. T.A.R. Milano, Lombardia sez. IV, 04/07/2018, n.1650).

Ora nel caso di specie a fronte della dichiarazione di attività prestata in qualità di “addetto ai servizi tutelari e generali”, la stessa Amministrazione sanitaria, anche in analogia ad altre candidature, era perfettamente in grado di cogliere che tale dicitura si riferiva all'attività di addetto ai servizi tutelari e assistenziali ovvero ad un'attività correlata alla categoria professionale messa a concorso; nel caso di specie attività afferente la categoria immediatamente inferiore a quella messa a concorso per la quale è previsto un punteggio specifico (dimezzato rispetto all'esperienza corrispondente alla categoria messa a concorso).

Peraltro nel caso di incertezza o di dubbio, in ossequio al principio del favor participationis e del soccorso istruttorio, l'Amministrazione sanitaria aveva l'obbligo di richiedere alla ricorrente gli opportuni chiarimenti o integrazioni per la corretta valutazione dei titoli anziché ritenerli non valutabili ritenendoli diversi dalla categoria del posto messo a concorso.

La procedura di concorso, infatti, non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti ai concorrenti e all'amministrazione, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quali siano i candidati migliori nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti di concorso.

In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare i concorrenti più meritevoli, anche nell'interesse della stessa Amministrazione che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare i concorrenti migliori, per vizi procedurali facilmente emendabili. (Cfr. T.A.R. Pescara, Abruzzo sez. I, 23/01/2020, n.32).

Appare evidente come nel caso di specie ricorressero tutti i presupposti richiesti in sede normativa e giurisprudenziale ai fini dell'attivazione del dovere di soccorso istruttorio a carico delle Amministrazione resistenti; e ciò in quanto i titoli di servizio per il quali è controversia erano stati comunque indicati tempestivamente dalla ricorrente anche con i limiti e le lacune imposte dal modello e del sistema predisposti dalla P.A.

I.3. Sulla violazione del principio di affidamento;

Il dovere del soccorso istruttorio e di un contraddittorio procedimentale, nel caso di specie, risultavano ancor più pregnanti in ragione del fatto che nelle more della verifica della graduatoria provvisoria, alla ricorrente era stato conferito l'incarico messo a concorso poiché era rientrano entro i primi 460 soggetti utilmente collocati nella graduatoria con un punteggio pari a punti 2,1216.

Ed infatti la ricorrente in ragione del conferimento dell'incarico aveva confidato nella piena valutabilità dei propri titoli di servizio, di contro l'Amministrazione prima di procedere al sostanziale azzeramento del precedente punteggio, in ossequio al canone di buona fede, proporzionalità e del soccorso istruttorio avrebbe dovuto chiedere gli opportuni chiarimenti alla stessa ricorrente e valutare pienamente i titoli dichiarati dalla stessa.

Pertanto l'operato dell'Amministrazione sanitaria che travolge senza alcun preventivo contraddittorio la posizione della ricorrente risulta illegittimo ed ingiustificato ed in violazione della lex specialis e dei principi che regolano l'autotutela.

I.4 in via meramente subordinata;

Senza recesso da quanto dedotto nei motivi precedenti, in via meramente subordinata si deduce l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione resistente sotto altro profilo.

Ed invero, nel caso in cui non dovesse accogliersi la tesi secondo la quale i servizi prestati presso le IPAB devono essere valutati come servizi prestati presso "altri enti della PA", in ogni caso, l'Amministrazione sanitaria avrebbe dovuto valutare i predetti titoli come servizi prestati presso strutture convenzionate con il SNS.

Ed infatti le IPAB “Ignazio e Giovanni Sillitti”, “Casa di Riposo Burgio Corsello Canicatti” e Santa Teresa del Bambin Gesù, contrariamente a quanto asserito dall’Amministrazione sanitaria sono tutte strutture convenzionate con il SNS.

Del resto le medesime strutture sono state ritenute accreditate con il SNS in occasione della valutazione di altri candidati.

Sicché oltre alla disparità di trattamento sussiste un’evidente erroneità dell’operato delle Amministrazioni resistenti.

In conseguenza di ciò alla ricorrente dovevano in ogni caso essere riconosciuti i seguenti punteggi

- per i 72 mesi prestati come OSS presso l’IPAB Santa Teresa del Bambino Gesù dovevano essere riconosciuti punti 1,4976 (72x0,0208)
- per i 18 mesi (7+11) prestati come addetto ai servizi tutelare e assistenziali presso le altre due IPAB punti 0,1872 (18x0,0104).

Per un totale di punti 1,6848 con collocazione in posizione n. 106 della graduatoria relativa all’ASP di Agrigento.

Avv. Vincenzo Airo’