Pubblicato il 28/09/2018

N. 05570/2018REG.PROV.COLL.
N. 01939/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1939 del 2018, proposto da Società ……., in persona del legale rappresentante pro tempore, e ……., rappresentati e difesi dagli avvocati …….., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso ……;

contro

……. - non costituito in giudizio;

A.O.U.C. - Azienda Ospedaliero Universitaria ……., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato ……., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. …….. in Roma, …….;

nei confronti

……., rappresentato e difeso dall'avvocato …….., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, ……;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 01010/2017, resa tra le parti, concernente la selezione pubblica, per titoli

e colloquio, per il conferimento di n. 1 incarico quinquennale nel profilo di Dirigente Medico - Disciplina Ematologia - per la direzione della SODC "Terapie Cellulari e Medicina Trasfusionale" della AOU ……".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di …….. e dell'Azienda Ospedaliero Universitaria ……;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 settembre 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati …….;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Gli appellanti impugnano la sentenza del Tar Toscana con cui è stata respinta la loro richiesta di annullamento dell'avviso di selezione approvato dall'Ente ……. e pubblicato il 20 aprile 2016, per il conferimento di un incarico quinquennale nella disciplina Ematologia (area "*Medica e delle Specialità Mediche*") di direzione della struttura complessa "*Terapie cellulari e medicina trasfusionale*" presso l'Azienda Ospedaliero-Universitaria "……..", nonché dei provvedimenti aziendali istitutivi della predetta struttura complessa.

Gli appellanti affermano che la legislazione nazionale ed europea imporrebbe di attribuire tutte le fasi e le specifiche attività del processo trasfusionale alla competenza esclusiva delle strutture autorizzate e accreditate a tal fine. Pertanto, considerato che la Medicina Trasfusionale costituisce un'autonoma disciplina concorsuale, compresa nell'area "*Medicina Diagnostica e dei Servizi*", la scelta compiuta nella vicenda in esame, finalizzata all'indizione di una procedura selettiva in una diversa disciplina concorsuale, compresa in altra e diversa area, penalizzerebbe i medici immunotrasfusionisti, ai quali è preclusa la possibilità di partecipare al concorso.

2. La vicenda trae origine dall'istituzione, con provvedimento del Direttore Generale n. 19 del 21 gennaio 2016, della Struttura Organizzativa Dipartimentale Complessa (SODC) "Terapia cellulare e Medicina Trasfusionale" dell'Azienda Ospedaliera Universitaria (AOU) di ……...

2.1. La creazione della SODC è avvenuta, contestualmente alla soppressione della SOD semplice "Immunoematologia e trasfusionale", in un contesto di riorganizzazione complessiva dell'assetto aziendale (avviata con provvedimento del Direttore Generale n. 746 del 31 dicembre 2015) che sin dal principio assumeva come obiettivo la "*successiva integrazione delle attività di medicina trasfusionale con quelle connesse ad una pratica clinica in grado di utilizzare più tipi cellulari a scopi terapeutici, nel più ampio ambito della cd. medicina rigenerativa*".

2.2. In attuazione di tale disegno riorganizzativo, con provvedimento del direttore generale n. 107/2016 è stata istituita l'Area dipartimentale omogenea (ADO) Ematologica, afferente al DAI Oncologico, e nell'ambito della prima sono state allocate varie SOD tra cui quella di Terapia Cellulare e di Medicina trasfusionale.

2.3. Le competenze principali attribuite alla SOD Terapia Cellulare e di Medicina trasfusionale, di nuova istituzione, riguardano il trapianto di cellule staminali ematopoietiche; la raccolta e processazione di cellule e tessuti; la medicina trasfusionale.

2.4. La relativa direzione è stata temporaneamente affidata al dott. ……. ".. *al fine di assicurare l'immediata operatività delle funzioni assistenziali della costituenda Struttura complessa*"; quindi, con delibera n. 152 del 6 aprile 2016, è stata richiesta ad …… l'attivazione della procedura di selezione pubblica per l'individuazione, nell'ambito della disciplina Ematologia, del nuovo Dirigente Medico cui affidare l'incarico di direzione. L'avviso è stato pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione Toscana n. 16 del 20 aprile 2016.

3. Con ricorso notificato in data 17 giugno 2016, la Società …….. e il dott. ……. hanno impugnato le delibere di istituzione della SODC "*Terapie Cellulari e Medicina Trasfusionale*" dell'AOU di ….. nonché l'avviso di selezione pubblica del Dirigente Medico di tale struttura (determine nn. 746/2015, 16/2016, 19/2016; 107/2016; 152/2016), proprio nella parte in cui circoscrivono alla disciplina della ematologia l'area di selezione dell'incarico di direttore della nuova struttura.

4. Il TAR Toscana, con la sentenza n. 1010/2017, resa nel contraddittorio con l'Azienda Ospedaliero-Universitaria ….. e con il controinteressato ……. ha, da un lato, dichiarato irricevibile, in quanto tardiva, l'impugnazione del provvedimento direttoriale n. 19 del 21 gennaio 2016 di istituzione della SODC "*Terapie cellulari e Medicina trasfusionale*"; dall'altro, e per l'effetto, ha ritenuto inammissibile - per carenza di interesse ad agire - la domanda di annullamento della successiva procedura avviata da …… per il conferimento dell'incarico dirigenziale della struttura (delibera n. 152 del 6 aprile 2016).

5. Con ricorso in appello notificato il 27 febbraio 2018, la …… e il dott. …… hanno chiesto a questo Consiglio di Stato l'annullamento, previa sospensione cautelare, della sentenza del TAR Toscana n. 1010/2017, con ricorso articolato in due motivi di diritto, volti a censurare la decisione di primo grado:

a) per aver accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso, in ragione della tardiva impugnazione del provvedimento direttoriale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria (AOU) di …… n. 19 del 21 gennaio 2016 che ha istituito la SODC "Terapie cellulari e medicina trasfusionale";

b) per aver travisato l'effettiva portata degli atti di organizzazione e di indizione della procedura selettiva per l'incarico di dirigente medico della nuova struttura.

Gli appellanti hanno altresì riproposto le ulteriori doglianze non esaminate dal giudice di prime cure.

6. Successivamente all'iscrizione a ruolo del ricorso, in data 6 aprile 2018 i ricorrenti hanno depositato istanza di rinvio al merito della domanda cautelare fissata per la trattazione alla camera di consiglio del 17 aprile 2018.

7. Accordato il rinvio ed espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica di discussione del 13 settembre 2018.

DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha accolto l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado, in quanto notificato in data 21 giugno 2016, quindi oltre i 60 giorni dalla pubblicazione on-line della delibera n. 19 del 21 gennaio 2016 - istitutiva della SODC "Terapie cellulari e Medicina Trasfusionale" - individuata dal Tar come il provvedimento presupposto immediatamente lesivo dell'interesse azionato in giudizio.

1.1. Il giudice di primo grado ha ritenuto che:

- la pubblicazione della delibera 19/2016 sul sito web aziendale è valsa ad integrare una valida modalità di conoscenza legale dell'atto, opponibile *erga omnes* (ai sensi dell'art. 42, comma 4, della legge regionale Toscana n. 40 del 2005);
- il contenuto immediatamente lesivo della delibera n. 19/2016 si evince dal fatto che la stessa, oltre alla scelta del modello organizzativo, reca anche l'indicazione della disciplina della ematologia come area di selezione dell'incarico di direttore della nuova struttura, ed è esattamente su quest'ultima questione che si appuntano le doglianze oggetto di giudizio;
- rispetto all'assetto di scelte così determinatosi, la delibera ….. n. 152/2016, avente ad oggetto l'avviso di selezione, è qualificabile come atto meramente consequenziale e attuativo del citato provvedimento di macro organizzazione;

- dunque, per effetto della ritenuta irricevibilità del ricorso nella parte rivolta all'atto presupposto, risultano inammissibili, per difetto di interesse, le ulteriori censure di merito rivolte alla procedura di selezione.

1.2. Gli appellanti contestano il costrutto argomentativo contenuto in sentenza, osservando, in primo luogo, che la pubblicazione del provvedimento sul sito telematico dell'amministrazione non è valsa a far decorrere i termini per l'impugnazione dell'atto, in quanto essa ha integrato una semplice forma di pubblicità notizia.

Gli appellanti riconoscono che, dopo l'entrata in vigore dell'art. 32 L. 69/2009, gli obblighi di pubblicazione aventi effetti di pubblicità legale si intendono assolti, con la pubblicazione degli atti nei siti informatici degli enti pubblici a ciò obbligati; ma osservano, in senso critico rispetto alla soluzione accolta in sentenza, che ai fini della presunzione di piena conoscenza dell'atto da parte di tutti i cittadini occorre pur sempre che l'atto in questione sia soggetto al regime di pubblicità legale sulla base di specifiche disposizioni normative.

Sempre secondo l'argomentazione svolta nell'atto di appello, la condizione di una specifica disposizione normativa fondante l'effetto legale di conoscenza dell'atto pubblicato on-line, nel caso di specie non potrebbe ritenersi realizzata in quanto l'art. 42 comma 2, della L.R. Toscana n. 40/2005, fissa un obbligo legale di pubblicazione degli atti dei direttori generali delle aziende sanitarie al solo scopo di conferire loro esecutività (come meglio chiarito dal quarto comma dello stesso art. 42: "*gli atti che, ai sensi della presente legge, non sono sottoposti al controllo della Giunta regionale diventano esecutivi, salva la immediata eseguibilità dichiarata per motivi di urgenza, con la pubblicazione all'albo dell'azienda sanitaria per quindici giorni consecutivi*").

1.3. Sotto un secondo profilo, sostengono gli appellanti che i loro interessi sono stati pregiudicati, per la prima volta, solo dall'indizione della selezione, quale provvedimento finale della sequela procedimentale così individuata. Peraltro,

all'avviso pubblico di selezione non potrebbe attribuirsi la natura di atto conseguenziale "di pedissequa attuazione" della delibera presupposta, in quanto detta qualificazione è contraddetta dal potere con il quale …….. governa in autonomia l'intera procedura selettiva (dalla sua indizione sino all'approvazione della graduatoria) e con il quale essa può riservarsi, in altrettanta piena autonomia, quindi incompatibilmente con una funzione di mera esecuzione, la facoltà di modificare o revocare l'avviso di selezione o di riaprirne i termini di scadenza "*qualora ricorrano motivi legittimi e particolari ragioni, senza che per gli aspiranti insorga alcuna pretesa o diritto*".

2. Il motivo è fondato, in relazione al primo dei rilievi in esso contenuti.

2.1. Con riguardo al tema dell'integrazione di una efficace pubblicità dichiarativa valida ai fini della valutazione di piena conoscenza dell'atto, come conseguenza della pubblicazione della delibera n. 19/2016 sul sito web dell'amministrazione (avvenuta dal 21 gennaio al 5 febbraio 2016) - il Collegio conviene, innanzitutto, sulla premessa generale secondo la quale l'effetto conoscitivo opponibile *erga omnes* deve poggiare su una specifica disciplina di legge – sicché la pubblicazione sul sito istituzionale on line dell'ente che adotta l'atto, in mancanza di una disposizione normativa che attribuisca valore ufficiale a tale forma di ostensione, non può fondare alcuna presunzione legale di conoscenza.

2.2. In questo senso viene inteso il disposto dell'art. 32 L. 69/2009 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 08 maggio 2018, n. 2757 e 27 agosto 2014, n. 4384), e del tutto conforme è la previsione generale contenuta all'articolo 54, comma 4bis, del Codice dell'amministrazione digitale 82 del 2005 secondo cui "*la pubblicazione telematica produce effetti di pubblicità legale nei casi e nei modi espressamente previsti dall'ordinamento*".

2.3. Dunque, la pubblicazione telematica dell'atto solo quando sia prevista e prescritta da specifiche determinazioni normative costituisce una forma di

pubblicità in grado di integrare di per sé gli estremi della conoscenza *erga omnes* dell'atto pubblicato e di far decorrere il termine decadenziale di impugnazione (Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5398; Id., sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2287).

2.4. Nel caso di specie, il regime di pubblicità dei provvedimenti del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera rinviene la sua fonte nell'art. 42 della l.r. n. 40 del 2005, il quale, al comma 2, afferma l'obbligo generale di pubblicazione nell'Albo dell'azienda sanitaria di tutti gli atti dirigenziali; mentre, al comma 4, prevede - per i soli provvedimenti non sottoposti al Controllo della Giunta regionale - che la relativa esecutività consegua alla pubblicazione per almeno quindici giorni consecutivi, salva la "*immediata eseguibilità dichiarata per motivi di urgenza*".

2.5. Al conseguente rilievo della parte appellata secondo cui l'effetto conoscitivo legale si fonderebbe nel caso in esame su una specifica previsione normativa, si obietta da parte appellante che la pubblicazione disciplinata dall'art. 42 avrebbe rilevanza unicamente come pubblicità notizia e ai fini del conferimento dell'esecutività all'atto pubblicato, ma non varrebbe a determinarne la conoscenza *erga omnes*.

2.6. L'assunto da ultimo richiamato merita condivisione.

Importa considerare, innanzitutto, che i concetti di esecutività e conoscenza legale dell'atto amministrativo non sono coincidenti e automaticamente sovrapponibili (Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2009, n. 7151) – il che induce a ritenere che la pubblicità funzionale all'acquisizione di esecutività dell'atto non debba necessariamente assolvere anche alla funzione di rendere opponibili ai terzi, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, i fatti per i quali cui essa è prevista.

2.7. A ciò aggiungasi che le norme in tema di pubblicazione telematica degli atti devono essere applicate con particolare cautela e, quindi, sottostare ad un canone di interpretazione restrittiva, in particolare modo nel momento in cui si tratta di

determinare (in via interpretativa) gli effetti di conoscenza legale associabili o meno a siffatta tipologia di esternazione comunicativa. A favore di una regola di cautela depongono plurime considerazioni, riconducibili, essenzialmente: *a)* alla mancanza di una disposizione di carattere generale in grado di equiparare, nella loro efficacia giuridica, tutte le variegate forme di pubblicità degli atti; *b)* alla esigenza di garantire, con regole chiare e uniformi, standard tecnici di adeguata e omogenea visibilità dei dati pubblicizzati sui siti telematici, nei diversi settori e ambiti operativi dell'azione pubblica; *c)* alla constatazione di una diversa propensione al mezzo telematico che si riscontra nei differenti ambiti del diritto pubblico, anche in ragione dell'eterogeneo grado di specializzazione professionale dei soggetti che vi operano e agiscono; *d)* alla notevole rilevanza degli interessi implicati nella materia in esame, in particolar modo per quanto concerne l'incidenza che la conoscenza legale dell'atto assume ai fini della decorrenza del termine utile per l'impugnazione degli atti soggetti a pubblicità; *e)* alla conseguenza necessità di privilegiare, in presenza di dubbi esegetici aventi effetti sul regime decadenziale dall'azione impugnatoria, l'opzione meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

2.8. L'insieme di considerazioni sin qui richiamate fa percepire la razionalità dell'orientamento normativo inteso ad incrementare in modo selettivo l'accesso a forme innovative di pubblicità, mediante disposizioni *ad hoc* (quale quelle che si rinvengono, ad esempio, nella materia degli appalti pubblici), variamente calibrate in relazione allo specifico contesto disciplinare di volta in volta considerato.

2.9. La enunciata regola di interpretazione restrittiva, una volta applicata al dettato dell'art. 42 L.R. Toscana n. 40/2005, induce a conferire alla pubblicazione ivi disciplinata i soli effetti giuridici espressamente previsti, tra i quali non rientra

anche quello della conoscenza legale dell'atto ai fini della decorrenza del termine di impugnazione.

2.10. A tanto si perviene anche in considerazione del fatto che la pubblicazione della delibera n. 19/2016 è avvenuta sull'albo on line dell'azienda sanitaria (cfr. pag. 9 della memoria dell'Azienda dell'11.7.2018), mentre l'art. 42 della L.R. 40/2005 fa generico riferimento alla pubblicazione nell'albo, senza alcun riferimento alla specifica modalità di pubblicazione sul sito telematico dell'amministrazione procedente; il che accresce ulteriormente i dubbi in ordine alla possibilità di equiparare *quoad effectum* le due tipologie di ostensione degli atti.

2.11. Per quanto esposto, alcun effetto di decadenza dall'impugnazione può ricavarsi dalla pubblicazione on line della delibera n. 19/2016, il che implica l'accoglimento del primo motivo di appello e la conseguente disamina delle censure di merito non esaminate dal Tar.

3. Con i primi due motivi di appello (reiterativi di identiche doglianze dedotte in primo grado), gli appellanti fanno leva sulle definizioni di "medicina trasfusionale" e "servizio trasfusionale", come individuate dalle norme del d.lgs. n. 261 del 2007 ("Revisione del D.lgs. 19 agosto 2005, n. 191, recante attuazione della direttiva 2002/98/CE" che stabilisce *"norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti e che modifica la direttiva 2001/83/CE*") - per evidenziare come la legge citata riserverebbe alla disciplina della Medicina Trasfusionale l'accesso alla direzione delle strutture complesse che operano nel settore.

Disattendendo questo vincolo di legge, gli atti impugnati avrebbero violato anche l'art. 5, comma 1, lettera b) del d.P.R. n. 484 del 1997, "*per erronea indicazione dell'anzianità di servizio e della specializzazione richieste come requisiti d'ammissione*".

Con il terzo motivo di ricorso sono invece richiamati i principi e le norme della già menzionata Direttiva 2002/98/CE, nonché della normativa interna di attuazione,

il citato d.lgs. n. 261 del 2007 - al fine di sottolineare come gli atti impugnati si porrebbero in contrasto con i principi in materia di attività trasfusionali e di produzione di emoderivati, in quanto l'assetto organizzativo ideato dalla Regione accuserebbe il limite della carenza di una struttura appositamente dedicata a tali attività trasfusionali, guidata da una dirigenza incaricata ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 261 del 2007 ("*la persona responsabile di cui al comma 1, possiede diploma di laurea in medicina e chirurgia ed i requisiti previsti dalla normativa vigente per l'accesso alla direzione di struttura complessa nella disciplina di medicina trasfusionale*"). Dunque, la delibera istitutiva della SOD complessa "Terapie cellulari e medicina trasfusionale" sarebbe, nel suo stesso impianto, meritevole di annullamento.

Con la riproposizione del quarto motivo di ricorso, infine, viene ribadita la contestazione rivolta alle competenze attribuite alla nuova struttura, segnalando come, tra queste, non sarebbero previsti alcuni dei compiti che costituiscono livelli essenziali di assistenza sanitaria (LEA) in materia di attività trasfusionale, così come descritti dall'art. 5 della legge n. 219 del 2005.

3.1. Le prime tre censure, esaminabili unitariamente in quanto intese a sviluppare un identico costrutto logico, muovono unitariamente dalle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 261/2007, le quali assegnano la competenza "esclusiva" dei servizi trasfusionali e precisano le strutture a ciò abilitate, individuandole, per l'appunto, nei servizi trasfusionali (art. 2 comma 1 lett. e) e, limitatamente all'attività di raccolta di sangue ed emocomponenti, nelle unità di raccolta, previste dalla normativa vigente secondo i modelli organizzativi regionali (art. 4 comma 1).

Sempre secondo la disciplina di cui al d.lgs. n. 261 del 2007, "*l'ente cui afferisce il servizio trasfusionale ne designa la persona responsabile*" la quale deve possedere "*i requisiti previsti dalla normativa vigente per l'accesso alla direzione di struttura complessa nella disciplina di medicina trasfusionale*" (art. 6, comma 2).

3.2. Nel motivo di appello viene censurata la violazione delle disposizioni di cui agli art. 6, comma 2; art. 2, comma 1, lettera e) e art. 4, comma 1, del d.lgs. 261/2007, intese a definire le strutture preposte ai servizi trasfusionali e i soggetti che ne sono responsabili. Si tratta di norme finalizzate a garantire la qualità e la sicurezza delle attività di raccolta e impiego del sangue umano.

3.3. I riferimenti oggettivi e soggettivi che contraddistinguono l'attività trasfusionale come definiti dal d.lgs. 267/2007 (in coerenza con la direttiva di cui esso è attuazione), vanno tuttavia riconsiderati a fronte di modelli organizzativi regionali - non preclusi dalla normativa in esame - che prevedano forme di integrazione tra discipline funzionalmente connesse, come nel caso della medicina trasfusionale e dell'ematologia.

3.4. Nella fattispecie qui all'esame, appunto, la SODC "Terapia cellulare e Medicina Trasfusionale" è preordinata allo svolgimento di attività cliniche che, pur se inserite nel sistema trasfusionale, non ne esauriscono le funzioni. Come già anticipato, la SOD complessa della cui direzione si controverte è deputata ad assicurare presso l'A.O.U. …… parte delle attività di medicina trasfusionale che erano già in capo alla SOD semplice "Immunoematologia e trasfusionale" - allo scopo soppressa contestualmente all'istituzione della nuova struttura; ma dette attività risultano "integrate" con ulteriori approcci terapeutici, per un totale di 11 gruppi di attività. Si tratta, dunque, di un fenomeno di più ampia porta e certamente atipico rispetto alla normativa del 2007, la quale non offre una specifica regolamentazione sul punto, né reca parametri di valutazione, sul piano della coerenza e della razionalità, delle scelte effettuate dall'Amministrazione aziendale.

3.5. D'altra parte, il riassetto operato dall'amministrazione trae spunto dalle innovative risultanze della ricerca di base e clinica sulle cellule staminali del sangue periferico, cordonali e midollari, le quali hanno consentito di porre le basi per lo sviluppo di terapie cellulari avanzate di ampia diffusione nella pratica clinica.

Questo nuovo approccio clinico ha imposto conseguenti strategie organizzative che, da un lato, promuovessero l'innovazione e la ricerca in ambito di laboratorio e clinico per il miglioramento delle opzioni terapeutiche mediante un approccio multidisciplinare integrato; e, dall'altro, assicurassero adeguati livelli di qualità, nel rispetto della normativa di settore.

3.6. Non si tratta, dunque, di consentire, in violazione del d.lgs. 261/2007, un trasferimento delle funzioni di Medicina Trasfusionale (quelle indicate, appunto, nel decreto 261/2007) ad altra e distinta disciplina concorsuale; quanto, piuttosto, stante la pacifica possibilità di integrare più attività afferenti a diverse discipline, di appurare in quale area di competenza vada selezionato il soggetto responsabile di tale struttura multidisciplinare e integrata.

3.7. La definizione di "servizio trasfusionale" di cui all'art. 2, comma 1, lettera e) del d.lgs. n. 261 del 2007 si limita a descrivere le competenze assegnate a tali strutture e i relativi standard di qualità, senza individuare un regime di esclusività che ne impedisca la possibile integrazione funzionale con altre discipline cliniche.

L'indicazione della "competenza esclusiva" dei servizi trasfusionali con riferimento alle fasi di raccolta, controllo, lavorazione ed utilizzo del sangue umano e degli emocomponenti, così come individuata dall'art. 4 del citato d.lgs. n. 261 del 2007, va quindi interpretata nel senso di precisare le strutture abilitate ad effettuare tali tipologie di attività, desumendosene, *a contrario*, che tali attività non potrebbero mai essere svolte da enti privati o da aziende farmaceutiche. La norma in esame, viceversa, non può essere letta come una preclusione nei confronti di eventuali modelli organizzativi che prevedano forme di integrazione tra discipline funzionalmente connesse, come nel caso della medicina trasfusionale e dell'ematologia.

Tanto più che l'integrazione funzionale tra i settori dell'ematologia e della medicina trasfusionale è resa evidente dall'opportunità di seguire in maniera coordinata ed

efficiente l'intero processo di terapia cellulare, a partire dalla raccolta di sangue, emocomponenti e cellule staminali ematopoietiche, sino al loro utilizzo a scopi terapeutici secondo i differenti bisogni di cura.

3.8. Dunque, nel dipanare l'inedito problema, l'Amministrazione ha correttamente ritenuto che il d.lgs. 261/2007 non costituisse impedimento ad approcci di tipo multidisciplinare; e che, sul piano organizzativo, la scelta di integrare funzioni diverse potesse risolversi nell'attribuzione della direzione a una figura in cui tali competenze fossero in qualche modo maggiormente rappresentate, tenuto conto dei "*compiti globali della nuova struttura organizzativa*". A tal fine essa ha fatto applicazione delle regole di equipollenza delle relative discipline per l'accesso alla dirigenza medica; ed in particolare delle tabelle del D.M. 30.1.1998 per le quali il servizio prestato in ematologia è ritenuto equipollente al servizio prestato in medicina trasfusionale, perché ingloba anche le competenze di quest'ultima disciplina; mentre non è vero il contrario, in quanto il servizio prestato in medicina trasfusionale non è ritenuto equipollente a quello dell'ematologo.

Tant'è che - come ammette al stessa parte appellante (cfr. pag. 8 memoria 12.7.2018) - il medico specializzato in Ematologia generale è legittimato a partecipare a una selezione bandita nella disciplina di Medicina Trasfusionale, mentre non è vero il contrario: il medico, anche con specializzazione in Ematologia o equipollente, ma con anzianità di servizio nel Servizio Trasfusionale, e non in Ematologia, non è legittimato a partecipare ad una selezione bandita nella disciplina di Ematologia.

3.9. Se peraltro (come affermato dalla parte appellante e sostanzialmente confermato dalla azienda appellata) 11 sono i gruppi di attività complessivamente assegnate alla SODc e solo 2 sono di esclusiva competenza degli ematologi, resta vero che solo questi ultimi sono in grado di svolgere le attività ricomprese in tutti

gli 11 gruppi, mentre i medici trasfusionisti possono svolgere, tutt'al più, soltanto le attività indicate in 9 gruppi.

Al confronto puramente quantitativo tra le attività riconducibili ai due ambiti disciplinari si oppone, dunque, una considerazione di carattere funzionale, originata dalla necessità di individuare una figura professionale in grado di fronteggiare la totalità delle funzioni assegnategli e di corrispondere alla missione essenziale della nuova struttura (la manipolazione e l'utilizzo clinico delle cellule staminali per un più ampio utilizzo terapeutico delle cellule dei tessuti umani).

3.10. In questo stesso ordine di considerazione assume ulteriore rilevanza il fatto che nella SODc di recente istituzione sono presenti attività cliniche di grande delicatezza, quale quella del trapianto di midollo osseo, per la cui gestione sono richieste peculiari competenze, riferibili in modo specifico proprio alla figura dell'ematologo e non anche a quella del medico trasfusionista.

3.11. A ciò aggiungasi che le attività trasfusionali confluite nella SODc sono solo quelle (come si chiarirà nella disamina del quarto motivo) funzionali agli specifici obiettivi della struttura complessa, e che tali obiettivi, riguardando l'utilizzo di più tipi cellulari a scopi terapeutici, si rilevano complessivamente più affini all'area ematologica che a quella trasfusionale.

Le attività che possono essere svolte dal servizio trasfusionale coprono, infatti, l'ambito che va dalla raccolta sino alla conservazione del sangue umano, emocomponenti e cellule staminali comprese; mentre il loro utilizzo terapeutico, al di fuori di quello trasfusionale, appartiene unicamente alla competenza e responsabilità del medico specialista in ematologia.

3.12. La parte appellante non contesta le basi della valutazione operata dall'amministrazione e rinvenute nelle indicazioni del D.M. 30.1.1998, ma si limita a denunciare una inammissibile traslazione del problema dal piano della "disciplina di concorso" a quello dei "requisiti" e dei "titoli professionali" del candidato.

3.13. L'argomentazione, tuttavia, reitera, al suo fondo, il riferimento al d.lgs. 261/2007 come norma "limite" pertinente al caso, quando si è già chiarito che la fattispecie qui in esame sfugge alla suddetta disciplina settoriale (riferita ai servizi trasfusionali singolarmente considerati), in quanto investe l'ipotesi di una lecita integrazione di discipline, disomogenee e non tutte riconducibili ai servizi trasfusionali, conferite ad una struttura multidisciplinare di nuova concezione, come tale non equiparabile al "servizio trasfusionale" isolatamente considerato cui fa riferimento il d.lgs. 261/2007.

Dunque, la tesi per cui la disciplina di concorso della Medicina Trasfusionale deve imporsi in ogni ipotesi in cui vi sia una implicazione (sia pure parziale) di funzioni e attività trasfusionali, non può fondarsi sul d.lgs. 261/2007, in quanto tale testo normativo è inteso a stabilire standard di qualità della sola attività monodisciplinare presa in considerazione; e, nel fare ciò, esso impone che il responsabile del servizio sia un medico proveniente da specialità coerente con il servizio svolto.

3.14. Il problema che si pone nell'ipotesi di strutture multidisciplinare trova dunque più coerente soluzione nelle tabelle di cui al DM 1998, essendo queste predisposte proprio "*ai fini della valutazione dei servizi prestati e delle specializzazioni possedute per l'accesso alla direzione sanitaria aziendale e per l'accesso al secondo livello dirigenziale per le categorie professionali dei medici*". A tali fini il DM rimanda alle tabelle «A» (riferita alla valutazione e alla verifica dei titoli di carriera) e «B» (riferita alla valutazione e alla verifica delle specializzazioni); e l'equipollenza di Ematologia per i servizi di Medicina trasfusionale e non viceversa si rinviene proprio nella tabella B del DM, riferita alla valutazione e alla verifica delle specializzazioni.

3.15. Ne viene, peraltro, che il pregiudizio che gli appellanti risentono dal fatto che la equipollenza fra medicina trasfusionale ed ematologia non è bidirezionale, scaturisce non da atti dell'amministrazione appellata, ma da fonti normative di livello nazionale.

3.16. Nemmeno l'art. 6 comma 2 del menzionato decreto 261/07 può essere interpretato nel senso indicato dalla Associazione di medicina trasfusionale.

La disposizione, infatti, si limita a prevedere che la persona responsabile di cui al comma 1, deve possedere oltre al diploma di laurea in medicina e chirurgia i requisiti previsti dalla normativa vigente per l'accesso alla direzione di struttura complessa nella disciplina di medicina trasfusionale, i quali, in forza delle equipollenze stabilite dalla normativa nazionale, comprendono anche la specializzazione in ematologia.

Il requisiti di accesso previsti dall'impugnato avviso appaiono perciò legittimi, posto che la specializzazione in ematologia, oltre a rispondere in modo specifico alle nuove competenze assegnate alla UOC, appare del tutto compatibile con il disposto dell'art. 6 comma 2 del D.Lgs 261/07.

3.17. Questa sezione (con la sentenza n. 448/2016) ha già affermato, d'altra parte, che l'avviso pubblico per la selezione del dirigente di un'unità complessa che comprende l'erogazione di prestazioni ascrivibili a diverse discipline deve tenere conto della natura delle discipline medesime. Nel caso di specie, la natura dell'incarico direttore (non limitato ad incombenze meramente amministrative o gestionali) e la preclusione per gli specialisti in medicina trasfusionale allo svolgimento delle funzioni rientranti nella disciplina della ematologia, hanno ragionevolmente indotto l'amministrazione a riservare agli ematologi l'accesso alla selezione.

3.18. Deve concludersi, quindi, che il d.lgs. 261/2007 non costituisce un determinante parametro di valutazione della legittimità degli atti impugnati, il che destituisce di fondamento il costrutto argomentativo dei primi tre motivi di appello.

Residua uno spazio di sindacato - esperibile nei limiti della sintomatologia da eccesso di potere - sulla razionalità della scelta discrezionale operata

dall'amministrazione. Ma alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, deve concludersi che la soluzione individuata dall'azienda, diversamente da quanto affermato dagli appellanti, non appare né immotivata né anomala, attesa l'evidente connessione fra le due specializzazioni, la prevalenza funzionale ascrivibile all'area della ematologia e l'ampia discrezionalità che connota le scelte organizzative degli enti pubblici.

4. Con riferimento al quarto motivo di appello, deve osservarsi che non è in alcun modo dimostrato, da parte dei ricorrenti, che gli obiettivi clinico-assistenziali e didattico-scientifici della SODC "Terapia cellulare e Medicina Trasfusionale", o la tipologia di attività da questa svolta, siano in grado di pregiudicare il raggiungimento dei LEA in materia di attività trasfusionali.

4.1. Il solo fatto che il modello organizzativo regionale preveda una integrazione tra discipline funzionalmente connesse, non comprova che le funzioni tipiche dell'attività medica trasfusionale vengano svolte secondo standard non adeguati ai livelli essenziali di assistenza.

Tale giudizio presupporrebbe una valutazione oggettiva, riferita ai servizi erogati, non condizionata dunque dalla mera considerazione del modello organizzativo adottato, se non con riguardo alla qualità e varietà delle prestazioni sanitarie da questo garantite.

4.2. Per il resto, le indicazioni di equivalenza rinvenibili nelle tabelle di cui al D.M. 30.1.1998 contraddicono l'asserita violazione dei LEA, la quale poggia su una denunciata inosservanza delle norme concorsuali – e di quelle relative alla "disciplina" da mettere a concorso – che, per quanto esposto, non paiono conducenti ai fini della dimostrazione della illegittimità degli atti impugnati.

4.3. Sempre nel contesto del quarto motivo di appello si eccepisce che nell'ambito della nuova struttura non sono previsti compiti che costituiscono LEA (ad

esempio l'attività di produzione di sangue intero o la promozione della donazione), come definiti - in materia di attività trasfusionale - dall'art. 5 della L. 219/2005.

Viene anche richiamato il successivo art. 6 della medesima legge, il quale enuncia l'obiettivo di promuovere la "*uniforme erogazione dei livelli essenziali di assistenza in materia di attività trasfusionali ... l'omogeneizzazione e standardizzazione dell'organizzazione delle stesse ...*".

4.4. Si tratta di censure scarsamente coerenti con l'oggetto specifico della domanda azionata, essendo questa intesa all'estensione alla categoria dei medici trasfusionisti della procedura di accesso alla guida direzionale della nuova SODc, mentre le doglianze qui in esame puntano a minare alla radice la razionalità della stessa programmazione organizzativa che fa da presupposto alla istituzione della nuova struttura (SODc).

4.5. Nel merito, appare efficace la replica dell'azienda, che rimanda alle scelte organizzative regionali di "*programmazione di area vasta*", attuate con la DGRT 1235/2012 e con la L.R. 84/2015: queste assegnano all'ASL territoriale l'attività trasfusionale ordinaria, demandando invece all'AOUC lo sviluppo delle sole terapie cellulari avanzate, quale obiettivo principale da perseguire mediante la riorganizzazione aziendale in esame.

Nell'assetto così delineato, viene ad essere coperta la totalità dei servizi trasfusionali, in quanto le attività trasfusionali di base (raccolta, produzione, e trattamento degli emocomponenti) risultano concentrate presso una struttura Unica di Area Vasta afferente alla Asl Centro (Officina Trasfusionale); mentre presso l'AOUC di …….. vengono convogliate solo quelle funzioni più propriamente cliniche ed assistenziali (terapie cellulari e rigenerative, TMO etc.), tipiche dell'alta specialità e della ricerca integrata nell'assistenza.

4.6. L'appellante eccepisce a sua volta che tale programmazione di "area vasta" non ha ricevuto sino ad oggi alcuna attuazione, sicché della stessa non può tenersi

conto ai fini della disamina dell'assetto esistente; con riferimento al quale, pertanto, resterebbe confermato che la SODc di nuova istituzione non garantisce tutti i servizi trasfusionali (LEA) della SOD soppressa.

4.7. In dissenso dalla deduzione in esame occorre tuttavia rilevare che le linee di programmazione regionale innanzi sintetizzate trovano rispondenza in atti normativi ufficiali; e che la mancata attuazione di tale disciplina, di cui si comprende essere ancora in corso la fase di implementazione, se può, in ipotesi, porre un problema di effettività delle garanzie che il sistema sanitario è chiamato ad offrire all'utenza, non pare possa refluire sul piano della valutazione di legittimità dell'assetto programmatico e organizzativo dei servizi trasfusionali, in parte modificato dalle delibere qui impugnate, trattandosi al momento di verificare la razionalità delle suddette linee di organizzazione ed essendo ancora *in fieri* la fase della loro concreta attuazione.

4.8. L'affermazione ulteriore secondo cui è la responsabilità o direzione del servizio, da assegnare nei termini prescritti dall'art. 6 d.lgs. 261/2007, che va assicurata come specifico LEA ai sensi dell'allegato I, punto 1.2. del d.lgs. 9.11.2007 n. 208 (cfr. pag. 4 memoria di parte appellante del 23.7.2018) presuppone risolta in senso favorevole alla posizione dell'appellante la questione di fondo della applicabilità del d.lgs. 261/2007 - e delle relative disposizioni concernenti la nomina del responsabile del servizio trasfusionale - anche al caso di una struttura articolata e multidisciplinare quale è la SODc di nuova istituzione. Sul punto, con riguardo alla non fondatezza di tale tesi, si rimanda a quanto innanzi esposto.

5.In conclusione, l'appello va accolto in relazione al primo motivo e, per il resto, respinto.

La sentenza impugnata va dunque riformata con conseguente rigetto del ricorso di primo grado.

6. La novità e la complessità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, pertanto, pronunciando sul ricorso di primo grado, lo respinge.

Spese di lite compensate in entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO