

PUBBLICO IMPIEGO: Impiegati dello Stato - Stabilizzazione - Ratio - Operatore socio-assistenziale di tipo ausiliaria - Esclusione.

Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2022, n. 4733

- in *Il Foro amm.*, 6, 2022, pag. 795.

1. “[...] le procedure di stabilizzazione costituiscono uno strumento di reclutamento derogatorio rispetto a quello ordinario del pubblico concorso, in quanto introducono un percorso riservato ad una platea ristretta di soggetti, che risultino in possesso di determinati requisiti e abbiano maturato un determinato periodo di esperienza lavorativa in ambito pubblico, secondo dettagliate disposizioni previste da specifiche leggi [...]”.

2. “[...] Rileva al riguardo la definizione di OSA, la figura dell’operatore socio assistenziale di tipo ausiliaria, riconosciuta e formata per assistere direttamente le persone nello svolgimento delle attività quotidiane, aiutare nel mantenimento e nel recupero dell’autonomia, offrire supporto per il benessere psicofisico dell’assistito. Si tratta dunque di una figura professionale che non ha carattere infermieristico, sebbene possa accudire l’assistito anche per le necessità base fisiologiche (igiene, alimentazione, deambulazione, postura, ecc). Le competenze sono da considerare più parte socio-relazionale.

Ne consegue che, essendo rivolta la stabilizzazione al personale infermieristico, ai sensi dell’art 11 del d.lgs 75/2017, gli OSA sono da considerarsi esclusi dall’anzidetta disciplina [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori Vincenzo Passaro e Carmela Varriale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2022 il Cons. Antonella De Miro e udito l’avvocato Andrea Abbamonte;

Vista l'istanza depositata dall’avvocato Arcangelo D'Avino e dall’avvocato Mario Romano, con cui è stato chiesto il passaggio in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Gli appellati hanno partecipato alla procedura concorsuale, per titoli ed esami, indetta dall'ASL di Caserta, riservata alla stabilizzazione del personale precario dell'area del comparto sanità del Servizio Sanitario Nazionale ed avente ad oggetto la copertura a tempo indeterminato di n. 20 posti di O.S.S. di livello economico "BS".

2.-Il bando relativo alla procedura di stabilizzazione, richiamando i requisiti richiesti dall'art. 20, comma 2, del citato d.lgs. n. 75/2017, prevedeva che il candidato dovesse “essere titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso ed avere maturato, alla data del 31 dicembre 2020, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni presso l'amministrazione che bandisce il concorso”.

3.-I candidati, odierni appellati, hanno dichiarato di essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 20, comma 2, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

4.- Essi, con la deliberazione n.331 del 26 febbraio 2020 dell'ASL di Caserta, sono stati esclusi dalla procedura, perché risultati non in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 20, comma 2, del citato d.lgs. n. 75/2017, richiamati nel bando.

5.-Gli interessati hanno, pertanto, proposto ricorso innanzi al TAR per la Campania allo scopo di ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione, deducendo in un unico motivo di ricorso la violazione e falsa applicazione dell'art. 97, Cost. e dell'art. 1, comma 1, L. 241/1990; dell'art. 20, comma 2, D. Lgs. 75/2017; delle disposizioni del bando di concorso sui "requisiti ex art. 20, comma 2, D. Lgs. 75/2017" ed infine dell'art. 5 del D.P.R. 220/2001, nonché l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti.

In particolare, deducendo di essere in possesso di entrambi i requisiti previsti dall'art. 20 comma 2, del D. lgs. citato, come specificati dal bando di concorso. (titolarità di un rapporto di lavoro flessibile presso un'amministrazione del S.S.N. e anzianità di servizio), i ricorrenti, odierni appellati, dichiarano di avere stipulato nel 2011 con l'ASL Caserta un contratto di lavoro autonomo ai sensi dell'art. 7, comma 6, D. Lgs. 165/2001, della durata di un anno (scadenza 31 dicembre 2011), rinnovabile salvo disdetta (art. 7 del contratto di lavoro), e che entrambi i rapporti di lavoro autonomi erano stati rinnovati, con successive delibere dell'Amministrazione, indicate in ricorso.

I ricorrenti assumono inoltre la violazione dell'art. 5 D.P.R. 220/2001, per il quale l'esclusione dal concorso è disposta, con provvedimento motivato, dall'Amministrazione Sanitaria, da notificarsi entro trenta giorni dalla esecutività della relativa decisione, sulla base del rilievo che tale termine era stato completamente disatteso nella specie, non avendo l'ASL ancora comunicato l'esclusione alla sig.ra Varriale e avendolo fatto al sig. Passaro ben oltre i 30 giorni dalla delibera di esclusione in epigrafe impugnata.

2.- Si è costituita in giudizio l'ASL di Caserta, deducendo in via preliminare l'irricevibilità del ricorso sulla base del rilievo che i ricorrenti avrebbero dovuto impugnare il bando di concorso che già prevedeva i requisiti di partecipazione in tesi da loro non posseduti ed insistendo nel merito per

l'infondatezza del gravame, sulla base del rilievo che i ricorrenti erano stati esclusi dalla procedura *de qua* perché il profilo professionale rivestito non era contemplato dal bando di concorso in quanto non ricompreso in quelli del SSN.

I contratti individuali a tempo determinato sottoscritti dagli appellati, secondo la ASL resistente, benché prorogati, erano stati sempre stipulati per la posizione funzionale di O.S.A. anziché di O.S.S., posizione, questa, prevista dal bando; da ciò l'illegittimità dell'esclusione.

La stessa amministrazione, odierna appellante, con propria memoria puntualizza le differenze tra le due posizioni dell'O.S.S. e dell'O.S.A.: *l'O.S.S. è la figura professionale che coadiuva l'attività di infermieri e medici nella somministrazione di cure e terapie, l'O.S.A. è la figura professionale abilitata ad accompagnare il paziente presso strutture mediche o per visite specialistiche, provvedere all'igiene personale del paziente, assistere il disabile o l'anziano nelle normali attività quotidiane, somministrare i pasti e in alcuni casi svolgere anche le pulizie domestiche; in conclusione, l'O.S.A. svolge una funzione per così dire sociale, che attiene principalmente all'assistenza domiciliare, mentre l'O.S.S. ha sbocchi professionali in campo sanitario.*

Successivamente, gli interessati hanno depositato una memoria difensiva, con cui hanno replicato alle avverse deduzioni dell'ASL di Caserta, osservando come non vi fosse alcun onere di impugnazione del bando di concorso, essendo i medesimi in possesso dei requisiti richiesti dal bando medesimo e dalla normativa in materia, e contestando nel merito la motivazione postuma addotta dall'Amministrazione a sostegno dell'esclusione, non essendovi nella delibera di esclusione alcun riferimento al servizio di O.S.S.

Gli interessati hanno inoltre osservato come né il D.lgs.75/2017 né il bando di concorso hanno richiesto, per la partecipazione alla procedura di stabilizzazione, la medesimezza del profilo rivestito rispetto a quello messo a concorso; in particolare il bando prevedeva il possesso dell'attestato di qualifica professionale di O.S.S. posseduto da entrambi i ricorrenti e non anche l'aver svolto il servizio utile per la stabilizzazione in qualità di O.S.S.; in ogni caso essi ricorrenti sarebbero in possesso della qualifica di O.S.S., come attestato dalla tabella allegata alla Deliberazione del Direttore Generale ASL Caserta n. 21 del 21 gennaio 2014, la quale aveva rinnovato, in continuità, per la durata di 12 mesi, con scadenza 31 dicembre 2014, tutti gli incarichi individuali con contratto di lavoro autonomo, di cui all'allegato 1, parte integrante e sostanziale della delibera, nonché dalla deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Caserta n. 2 del 4 gennaio 2013, cui fa espresso riferimento la delibera n. 21/2014, nonché dalla tabella allegata alla Deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Caserta n. 1181 del 30 settembre 2014, che aveva differito al 31 dicembre 2016 la scadenza contrattuale dei rapporti di lavoro a termine, di cui all'acclusa nota, nonché dall'attestato

di Servizio dell'ASL CE (depositato), da cui si evincerebbe inequivocabilmente che la ricorrente Varriale era in servizio con la qualifica di O. S. S.

Il TAR per la Campania-sede di Napoli, nel rigettare le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'amministrazione appellata, ha accolto il ricorso ed ha rilevato che, *“sebbene i ricorrenti avessero stipulato contratto di lavoro autonomo come O.S.A., dalla documentazione prodotta in atti risulta che i medesimi, in possesso dell'attestato professionale di O.S.S., siano poi stati effettivamente inquadrati come O.S.S., come evincibile dalla Deliberazione del Direttore Generale ASL Caserta n. 43 del 21.06.2014 in atti, la quale ha rinnovato, in continuità, con scadenza 31.12.2014, tutti gli incarichi individuali con contratto di lavoro autonomo, di cui all'allegato 1, parte integrante e sostanziale della delibera; ed invero in detto allegato, alla "TABELLA 1 - Personale comparto con rapporto libero professionale Decreto 33/2010 transitato ex DPCM 1.4.2008", sono contenuti i nominativi sia del sig. Passaro (n. 10-profilo O.S.S.) che della sig.ra Varriale (n. 12-profilo O.S.S.). Analoga considerazione si trae dalla Deliberazione del Direttore Generale ASL Caserta n. 1181 del 30.9.2014, che ha differito al 31.12.2016 la scadenza contrattuale dei rapporti di lavoro a termine, di cui all'acclusa nota; in allegato a detta nota, alla "TABELLA N. 1 ASL Caserta - Area della sanità penitenziaria -elenco personale contrattualizzato ex Decreto 33/2010 e Co.Co.Pro. in Servizio al 29.09.2014", si si trovano sia il sig. Passaro (n. 138-O.S.S.) che la sig.ra Varriale (n. 139-O.S.S.). Per la sig.ra Varriale, dall'attestato di Servizio dell'ASL CE (prodotto in atti), si evince del pari che la stessa è in servizio con la qualifica di O.S.S.*

Non può tralasciarsi di considerare, invero, che, per contro, i ricorrenti, nella tabella allegata alla successiva deliberazione 1593 del 2018 di proroga sino al 31/12/2029 dei contratti in essere, al fine di salvaguardare i LEA, siano stati incomprensibilmente qualificati quali O.S.A. come evincibile dalla tabella allegata (posizione 113 per Passaro e posizione 155 per Varriale).

Peraltro la contraddittorietà fra gli atti relativi all'inquadramento dei ricorrenti è indice dell'eccesso di potere per travisamento dei presupposti in cui è incorsa l'Amministrazione ricorrente, denunciato dai ricorrenti e frutto evidentemente del difetto di istruttoria, con la conseguente necessità per l'Amministrazione di rideterminarsi sul punto, avendo riguardo all'attività effettivamente svolta dai ricorrenti che peraltro dalle delibere di proroga dei contratti sembrerebbe afferire all'area sanitaria.”

7.-Avverso la citata sentenza n. 1665/2021, l'ASL di Caserta ha proposto l'odierno gravame.

L'amministrazione appellante, *in primis*, riferisce che:

1.- gli appellati risultavano in servizio nell'anno 2008 presso le strutture sanitarie di Istituti Penitenziari ricadenti nell'ambito della Provincia di Caserta.

2.-Con DPCM 1° aprile 2008 il suddetto personale dipendente di ruolo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e del Dipartimento della Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia, esercente funzioni sanitarie ed in servizio alla data del 15 marzo 2008, era trasferito alle Aziende Sanitarie del S.S.N. nei cui territori erano ubicati gli istituti penitenziari, ed inquadrato nelle corrispondenti categorie e profili previsti per i dipendenti delle ASL, con inquadramento giuridico ed economico come da CC.NN.LL.

3.-Con D.D. n. 184 del 30. Settembre 2008, pubblicato sul BURC n. 53 del 22 dicembre 2008, la Regione Campania procedeva alla ricognizione dei rapporti di lavoro della sanità penitenziaria trasferiti alla ASL Caserta 2 ai sensi dell'art. 3 del D.P.C.M. 1° aprile 2008: in particolare, come evincibile dalla allegata tabella, risultavano trasferiti dall'OPG di Aversa alla ASL Caserta 2 i rapporti di lavoro di personale non di ruolo di cui alla l. 740/70 dei sigg. Varriale Carmela e Passaro Vincenzo, inquadrati nella categoria professionale di OSA.

4.- A seguito del trasferimento dei rapporti in capo alle ASL, e sottoposto nel frattempo a commissariamento il comparto "Sanità" della Regione Campania, dall'analisi dei dati forniti dalle Aziende Sanitarie -relativi al primo anno di esercizio delle suddette funzioni trasferite- emergevano forti criticità e disomogeneità in ordine al trattamento giuridico ed economico del personale sanitario "transitato", con particolare riferimento a quello c.d. "parcellista". Di conseguenza con decreto n. 33 del 22 giugno 2010, la Regione Campania uniformava il regime giuridico del personale infermieristico, tecnico-sanitario, tecnico della riabilitazione ed OSA di cui all'art. 53 legge 740/1979, ed approvava lo schema di contratto di lavoro autonomo da stipularsi ricorrendo alla fattispecie descritta dall'art. 7 D.lgs 165/2001.

5.-L'ASL di Caserta, di conseguenza, con delibera del commissario straordinario n. 1540/2010 disponeva la formalizzazione di incarichi libero professionali con il personale non di ruolo "transitato" - tra cui gli OSA, e procedeva poi a stipulare contratti ex art. 7 D.lgs 165/2001 con i signori Varriale e Passaro, conferendo loro l'incarico di OSA, contratti, poi, prorogati, sempre per la qualifica di OSA, con delibera del commissario straordinario della ASL di Caserta n. 1149 del 24 giugno 2011, con delibera del d.g. della ASL n. 2 del 4 gennaio 2013, n. 43 del 21 gennaio 14, n. 1181 del 30 settembre 14, n. 589 del 21 dicembre 2016, n. 1593 del 21 dicembre 2018.

6.- Per errore materiale, nelle Tabelle allegate alle delibere n. 43 del 21 gennaio 2014 e n. 1181 del 30 settembre 2014, i sig.ri Varriale e Passaro risultavano convenzionati con la qualifica di OSS.

7.-. Con delibera del direttore generale n. 1050 del 26 luglio 2019, la ASL di Caserta indiceva un concorso pubblico per titoli ed esami, per la copertura a tempo indeterminato, riservato ai sensi

dell'art. 20 comma 2, D.lgs 75/2017, a n. 85 CPS infermieri ctg D, e n. 20 Operatori Socio-Sanitari, livello economico, "Bs".

8.- Contestualmente era approvato il relativo bando, che indicava quali requisiti ex art. 20 comma 2 D.lgs 75/2017, da autocertificare in sede di domanda:

a) risultare titolare alla data del 28 agosto 2015 (data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015) di un contratto di lavoro flessibile presso l'ASL Caserta che bandisce il concorso;

b) aver maturato alla data del 31 dicembre 2017 almeno tre anni di contratto, anche non continuativi negli ultimi otto anni (dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2017) presso l'ASL Caserta o presso altra amministrazione del S.S.N. o presso IRCCS e IZS. In tale periodo di anzianità è possibile sommare periodi riferiti a contratti diversi, anche come tipologia di rapporto, purché riferiti alla medesima attività.

c) requisito della non titolarità di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso una Pubblica Amministrazione nel profilo per cui si partecipa al presente concorso pubblico riservato.

Il bando precisava che il mancato possesso dei predetti requisiti costituisse ragione di esclusione dal concorso.

9.- Con la deliberazione del direttore generale n. 331 del 26 febbraio 2020, la ASL ammetteva al concorso 43 candidati ed escludeva, tra gli altri, i ricorrenti di primo grado poiché "non in possesso dei requisiti previsti dall'art. 20 comma 2 di cui al bando d'indizione del concorso pubblico".

10.-La suddetta esclusione era comunicata ai ricorrenti con racc. a.r. del 24 marzo 20, del seguente tenore:

"Si comunica che con delibera n. 331 del 26 febbraio 2020 la S.V. è stata esclusa dal concorso di cui a margine, per la motivazione di cui alla delibera medesima.

Si evidenzia in merito che detta delibera è scaricabile dal sito web aziendale, sezione delibere dell'Albo Pretorio".

11.-In via preliminare, si ripropongono le censure di rito sollevate con il ricorso di prime cure, e nel merito, si deduce:

- difetto di motivazione per travisamento dei fatti e circolazione degli articoli 112, 115 E 116 CPC., perché nelle delibere del D.G. della ASL n. 43/2014 e n. 1181/2014, di proroga dei contratti libero professionali in corso, ove i sigg. Passaro e Varriale - nelle allegate tabelle-, risultano soltanto per errore materiale incaricati delle funzioni di OSS, non sussistendo alcun dubbio che i ricorrenti in prime cure fossero inquadrati nella categoria "OSA in base all'atto originario con cui si è provveduto al trasferimento alla ASL del personale non di ruolo in servizio presso le strutture sanitarie dei penitenziari, ovvero sulla scorta della Determina Regionale n. 184/2008;

- difetto di motivazione, violazione degli articoli 112, 115, 116 del CPC e 64 del c.p.a., perché le difese svolte dalla ASL in prime cure non potevano mai costituire una integrazione postuma del provvedimento amministrativo, risultando i ricorrenti inquadrati quali OSA, e risultando, invece, la procedura riservata a titolari di incarico di “OSS”.

D’altro canto la motivazione del provvedimento di esclusione dei ricorrenti dalla procedura di stabilizzazione è correttamente motivata, perché “non in possesso dei requisiti previsti dall’art. 20 comma 2 D.lgs 75/2017 di cui al bando di indizione del concorso pubblico”, non essendo titolari, si ripete, i richiedenti dell’incarico di “O.S.S.”;

- inammissibilità del ricorso, tardività.

12.-La Sezione, con ordinanza l’n. 3487 del 2021, ha accolto l’istanza cautelare incidentalmente proposta dall’appellante ASL di Caserta ai fini dell’anticipata fissazione dell’udienza di merito.

13.- La Sezione, preso atto che sulla questione del divieto di stabilizzazione per i lavoratori in regime di somministrazione, previsto dall’art. 20, comma 9, del d. lgs. n. 75 del 2017, il Tribunale di Massa, in funzione di giudice del lavoro, con l’ordinanza n. 23 del 2 novembre 2020, aveva sollevato questione di costituzionalità sotto il profilo della prospettata violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., e che l’udienza avanti alla Corte costituzionale per la discussione della questione era stata fissata per il 10 novembre 2021, con propria ordinanza collegiale n.6432/2021 ha assegnato alle parti termine fino al 22 ottobre 2021 per presentare memorie vertenti sulla questione de qua.

14.-Le parti hanno presentato memorie.

15.-Nell’udienza del 7 aprile la causa è stata tratta in decisione.

DIRITTO

1.-La Sezione ritiene di scrutinare preliminarmente le eccezioni sollevate dall’ASL di Caserta in ordine alla mancata notifica del ricorso di primo grado ai controinteressati e alla sua contestata tardività.

Entrambe le eccezioni sono infondate.

1.1 Condividendo le prospettazioni del Giudice di prime cure, nessun onere d’impugnativa immediata del bando sorge allorché la lesione dell’interesse del concorrente nasce non direttamente da clausole chiaramente escludenti inserite nel bando, ma dalla valutazione che l’amministrazione fa in sede applicativa della regola della *lex specialis*.

Infatti, secondo l’orientamento consolidato della giurisprudenza soggiacciono all’onere della immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell’offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di

valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (cfr. Cons. Stato, III n. 2413/2015, III n.921/16).

Nel caso di specie, i requisiti indicati a pag 2 del bando di concorso, nel richiamare l'art. 20, comma 2 del D.Igs n. 75/2017, non avevano carattere immediatamente escludente, poiché erano destinati a trovare concreta applicazione soltanto a seguito della valutazione che l'Amministrazione era chiamata ad operare con riguardo alle singole posizioni dei candidati, anche alla luce di quanto stabilito dal comma 10 del medesimo art. 20 citato.

1.2- La Sezione respinge, parimenti, l'eccezione relativa alla mancata notifica del ricorso ai controinteressati, perché, secondo l'orientamento giurisprudenziale in materia, prima della formazione della graduatoria non sono configurabili controinteressati in senso tecnico.

In particolare, in ipotesi di impugnazione di graduatorie concorsuali, controinteressati sono coloro fra i partecipanti i quali, per effetto dell'ipotetico accoglimento del ricorso, verrebbero a subire un pregiudizio anche in termini di postergazione nella graduatoria medesima (cfr. Cons. Stato, sez. III n. 770/2013). Tuttavia, è *jus receptum* che nei pubblici concorsi la posizione di controinteressato è riscontrabile solo in quei soggetti che siano risultati idonei in una graduatoria finale di merito, visto che solo in tale occasione "l'eventuale esito positivo (di un'impugnativa) potrebbe pregiudicare la situazione, ancorché in via astratta e remota, ...dei promossi che devono, di conseguenza, essere posti in grado di intervenire nel giudizio a tutela delle posizioni così acquisite" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n.3813/18 luglio 2005 e Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 23/2008).

2.-Passando ad esaminare il merito, l'appello dell'Amministrazione è infondato e pertanto deve essere respinto.

2.1-L'ASL di Caserta, con il bando pubblicato sul B.U.R.C. n. 49 del 12 agosto 2019 e, per estratto nella G.U.R.I. IV serie speciale n. 73 del 13 settembre 2019, ha indetto una procedura di concorso per titoli per la stabilizzazione del personale precario dell'area del comparto sanità del servizio sanitario nazionale avente ad oggetto la copertura a tempo indeterminato di n. 20 posti di O.S.S. di livello economico "BS".

2.2-La partecipazione era subordinata al possesso dei requisiti di cui all'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017.

2.3- Gli appellati, vittoriosi in primo grado, ritengono di avere titolo alla partecipazione alla procedura di stabilizzazione perché, "a prescindere dal loro inquadramento, quel che rileva ai fini della partecipazione al concorso, è l'attività effettivamente svolta dagli stessi, richiamando la ratio della procedura concorsuale che mira al superamento del precariato con la valorizzazione dell'esperienza

maturata come indicato anche nella circolare n.3/ 2017 del Ministero per la semplificazione nella pubblica amministrazione. Inoltre, l'inquadramento effettuato nelle delibere n. 43 del 21 gennaio 2014 e n. 1181 del 30 settembre 2014, lungi dal costituire errore materiale come erroneamente letto dall'ASL, ben può essere letto alla luce del rilievo attribuito all'attività effettivamente svolta dagli appellati. Tanto più che, per quanto concerne la posizione della signora Varriale agli atti risulta attestato di servizio rilasciato dall'SL di Caserta dal quale si evince come la stessa sia in servizio presso l'ASL dal 2008 alla data del documento (22 aprile 2016) con la qualifica di OSS.”

2.4-La questione su cui la Sezione è chiamata a decidere non può, pertanto, prescindere dal considerare l'ambito di effettiva operatività dell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017, avuto riguardo ai lavoratori del comparto sanità.

2.5-Preliminarmente, la Sezione intende procedere ad un inquadramento della nuova disciplina concernente la stabilizzazione dei precari, di cui si discute nel presente gravame.

La frequente stipula, da parte delle pubbliche amministrazioni, di contratti a termine, di formazione e lavoro, di somministrazione e, in genere, alle forme contrattuali flessibili - pur consentito solo per esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, ma spesso reiterato oltre i previsti limiti temporali - ha determinato situazioni di precariato, cronicizzate nel tempo.

Ciò ha indotto il legislatore ad introdurre procedure di “stabilizzazione”, finalizzate all'obiettivo dell'assorbimento dei lavoratori precari nel personale stabile con contratti a tempo indeterminato.

Come ha chiarito la stessa Corte Costituzionale, le procedure di stabilizzazione costituiscono uno strumento di reclutamento derogatorio rispetto a quello ordinario del pubblico concorso, in quanto introducono un percorso riservato ad una platea ristretta di soggetti, che risultino in possesso di determinati requisiti e abbiano maturato un determinato periodo di esperienza lavorativa in ambito pubblico, secondo dettagliate disposizioni previste da specifiche leggi.

In particolare, l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, concernente “modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”, prevede che:

1. al fine di superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, consente alle amministrazioni, nel triennio 2018-2020, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all'articolo 6, comma 2, e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria, di assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti:

a) risulti in servizio, anche per un solo giorno, successivamente alla data del 28 agosto 2015, con contratto di lavoro a tempo determinato presso l'amministrazione che deve procedere all'assunzione;

b) sia stato assunto a tempo determinato attingendo ad una graduatoria, a tempo determinato o indeterminato, riferita ad una procedura concorsuale ordinaria, per esami o per titoli, ovvero anche prevista in una normativa di legge - in relazione alle medesime attività svolte e intese come mansioni dell'area o categoria professionale di appartenenza, procedura anche espletata da amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;

c) abbia maturato, al 31 dicembre 2022, alle dipendenze della stessa amministrazione che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

2.6- Nello stesso triennio 2018-2020, le amministrazioni, possono bandire, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all'articolo 6, comma 2, e ferma restando la garanzia dell'adeguato accesso dall'esterno, previa indicazione della relativa copertura finanziaria, procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, al personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti:

a) risulti titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso;

b) abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

2.7- Dalle procedure di "stabilizzazione" previste dall'art. 20 sono esclusi, ai sensi del successivo comma 9, ultimo periodo, i lavoratori utilizzati mediante contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni.

2.8- Ai sensi del comma 11 del medesimo articolo 20, *"Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano al personale tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario nazionale, nonché al personale delle amministrazioni finanziate dal Fondo ordinario per gli enti e le istituzioni di ricerca, anche ove lo stesso abbia maturato il periodo di tre anni di lavoro negli ultimi otto anni rispettivamente presso diverse amministrazioni del Servizio sanitario nazionale o presso diversi enti e istituzioni di ricerca"*.

3.-La Corte costituzionale, con la sentenza n. 250 del 2021, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 20, comma 9, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, nella parte in cui esclude i lavoratori utilizzati in base a contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni dalla possibilità di essere "stabilizzati" alle dipendenze di quest' ultime, limitatamente alle condizioni previste dal comma 1 del medesimo art. 20 per i lavoratori titolari di contratto di lavoro a tempo determinato.

4.-Tutto ciò premesso, avuto riguardo in particolare all'ipotesi del comma 2 dell'art.20 che qui interessa, il *thema decidendum* riguarda la possibilità di considerare gli appellati titolari o meno di un

rapporto di lavoro flessibile presso l'ASL di Caserta che ne legittimi la partecipazione alla procedura di stabilizzazione.

E, più specificatamente, se gli OSA possano partecipare al pari degli OSS alla predetta procedura.

Rileva al riguardo la definizione di OSA, la figura dell'operatore socio assistenziale di tipo ausiliaria, riconosciuta e formata per assistere direttamente le persone nello svolgimento delle attività quotidiane, aiutare nel mantenimento e nel recupero dell'autonomia, offrire supporto per il benessere psicofisico dell'assistito. Si tratta dunque di una figura professionale che non ha carattere infermieristico, sebbene possa accudire l'assistito anche per le necessità base fisiologiche (igiene, alimentazione, deambulazione, postura, ecc). Le competenze sono da considerare più parte socio-relazionale.

Ne consegue che, essendo rivolta la stabilizzazione al personale infermieristico, ai sensi dell'art 11 del d.lgs 75/2017, gli OSA sono da considerarsi esclusi dall'anzidetta disciplina.

Tuttavia, gli appellati risultano formalmente inquadrati, nel periodo temporale che qui rileva ai fini della valutazione del possesso dei requisiti di legge, non già come OSA, ma come OSS, che appartengono invece alla categoria di carattere infermieristico e come tali potrebbero partecipare alla procedura concorsuale. Pertanto, stante la complessità delle situazioni in essere, la esclusione dalla procedura di stabilizzazione degli appellati non può essere desunta dalla generica motivazione dell'assenza dei requisiti di cui all'art.20 comma 2 del D.lgs n. 75/2017, dovendo l'amministrazione dare loro conto delle ragioni sottese alla palese contraddittorietà degli atti, afferenti alla difformità tra l'originario inquadramento nel passaggio dall'amministrazione penitenziaria all'ASL di Caserta e le successive proroghe contrattuali, e non pretendere che siano addirittura gli stessi interessati, la cui buona fede non è messa in discussione dall'amministrazione, a riconoscere da una laconica motivazione la sussistenza dell'errore materiale invocato dall'ASL in questione.

Per le ragioni suesposte il ricorso è infondato, nel senso che gli atti impugnati risultano basati su una inadeguata motivazione: l'Amministrazione deve ricostruire più adeguatamente le situazioni concrete nelle quali si sono trovati gli interessati, verificando se essi sono concretamente in possesso dei requisiti necessari per ottenere il beneficio in questione.

L'appello va pertanto respinto e la sentenza impugnata va pertanto confermata (il che comporta che, nel caso di eventuale violazione del giudicato, in ipotesi sarebbe sussistente la competenza funzionale del TAR qualora sia proposto un ricorso per l'esecuzione del giudicato).

Sussistono le condizioni per la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello n. 4479 del 2021 e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonella De Miro

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO