



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 246 del 2023, proposto da Thomas Schael, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Castiello e Giuseppe Tiripicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Castiello in Roma, via G. Cerbara 64;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Fadanelli, Alexandra Roilo e Lukas Plancker, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso l'Avvocatura della Provincia in Bolzano, piazza Silvius Magnago, 1;

nei confronti

Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, non costituita in giudizio;

Florian Zerzer, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Fava e Federico Fava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto nello

studio in Bolzano, piazza Walther, 8;

per l'annullamento

1) della deliberazione della Giunta della Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige n. 838 in data 3.10.2023, con la quale la medesima Giunta ha disposto di *“prorogare l'incarico di Direttore generale dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, affidato al dott. Florian Zerzer con delibera della Giunta provinciale del 2 ottobre 2018, n. 1007, con decorrenza dal 15 ottobre 2023 per il tempo strettamente indispensabile fino alla nomina della nuova Direttrice/del nuovo Direttore generale da parte della nuova Giunta provinciale e, in ogni caso, al massimo fino al 15 febbraio 2024”*;

nonché per l'annullamento degli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ancorché non conosciuti, comunque lesivi degli interessi del ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e di Florian Zerzer;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2023 il dott. Andrea Sacchetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

1. Con ricorso di data 18.10.2023, notificato in pari data alla Provincia Autonoma di Bolzano e all'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige e in data 23.10.2023 al controinteressato Florian Zerzer, il ricorrente impugnava la deliberazione della Giunta della Provincia Autonoma di Bolzano n. 838 di data 03.10.2023, con la quale veniva disposta la proroga dell'incarico di Direttore generale dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige affidato con delibera della Giunta provinciale del 2 ottobre 2018, n. 1007 per il tempo strettamente indispensabile fino alla nomina

della nuova Direttrice/del nuovo Direttore generale da parte della nuova Giunta provinciale e, in ogni caso, al massimo fino al 15 febbraio 2024.

Il ricorrente premetteva di essere inserito sia nell'elenco provinciale degli idonei alla nomina di Direttore generale dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, sia nell'elenco nazionale degli idonei alla nomina di Direttore Generale di cui all'art. 1 del D.lgs. n. 171/2016, vantando quindi i requisiti per aspirare legittimamente alla nomina di Commissario dell'A.S.L. di Bolzano. A fronte della scadenza dell'incarico affidato al dott. Florian Zerzer, avvenuta in data 14.10.2023, la scelta di disporre una proroga al fine di consentire alla futura Giunta provinciale, per motivi di rispetto istituzionale, l'esercizio del potere di nomina del nuovo Direttore generale si risolveva in un atto arbitrario, manifestamente illegittimo e lesivo del proprio interesse a essere nominato Commissario dell'azienda, ritenendo il commissariamento l'unica opzione legittima a seguito della delibera impugnata.

2. A sostegno del proprio ricorso deduceva il seguente motivo:

“Violazione artt. 3 e 97 Cost. – Violazione artt. 7 (comma 4), 8 (commi 1, 2 e 4) e 11 (comma 1) della legge provinciale n. 3/2017 – Violazione artt. 1 e 2 D.lgs. 171/2016 – Violazione artt. 3 comma 6 e 3 bis, comma 2 del D.lgs. 502/1992 s.m.i. – Violazione artt. 1, (comma 1), 3 e 6 della l.n. 241/90 s.m.i. – Eccesso di potere per difetto di motivazione e carente istruttoria – Violazione dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e buon andamento dell'amministrazione – Eccesso di potere per perplessità, arbitrarietà – Sviamento di potere”.

Il ricorrente, previa ricognizione della normativa nazionale e provinciale in materia di nomina del direttore generale degli enti del S.S.N., evidenziava come la delibera gravata si risolvesse in una macroscopica violazione dei principi normativi richiamati, apprezzabile *ictu oculi*. In particolare, la proroga di quattro mesi dell'incarico già affidato al dott. Zerzer per un periodo di cinque anni si poneva in contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 11, comma 1, della l.p. 3/2017, 3 bis comma 8 del D.lgs 502/92 e 2 comma 2 del D.lgs. 171/2016, disciplinanti la durata massima quinquennale del rapporto, suscettibile di rinnovazione ma non anche di

proroga.

Nella situazione venutasi a delineare a seguito dello spirare, in data 14.10.2023, dell'incarico affidato al controinteressato e tenuto conto delle motivazioni politiche sottese al differimento della nomina del nuovo Direttore, la Giunta Provinciale si sarebbe pertanto dovuta determinare o nominando quale "*reggente*" il più anziano tra il Direttore amministrativo e quello sanitario e, successivamente, nominando il nuovo D.G., oppure procedendo inderogabilmente con il Commissariamento dell'Azienda, come imposto dall'art. 8, co. 4 L.P. n. 3/2017 nel caso di mancata nomina nel termine perentorio di 60 giorni decorrente dalla vacanza dell'ufficio.

La scelta di prorogare l'incarico risultava inoltre caratterizzata da un *iter* logico oscuro e non intellegibile nonché da un'istruttoria carente e inadeguata, criticità di natura tale da risolversi in una motivazione difettosa e incongrua, priva di riferimenti alle soluzioni alternativamente percorribili.

A differenza del ricorrente, inoltre, il dott. Zerzer non risultava validamente inserito nell'elenco degli idonei alla nomina a Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria locale, tenuto conto della durata quadriennale della relativa iscrizione, scaduta in data 16.09.2022, né tantomeno nell'elenco nazionale, con ciò delineandosi un ulteriore profilo di invalidità della proroga impugnata.

2. Con decreto di data 19.10.2023 il Presidente di questo T.R.G.A., previa esclusione della sussistenza dei requisiti di gravità, irreversibilità e irreparabilità richiesti dall'art. 56 c.p.a. per l'adozione di una misura cautelare provvisoria e impregiudicata ogni valutazione in ordine al cd. "*fumus boni iuris*", rigettava l'istanza in tal senso presentata dal ricorrente, fissando per la trattazione collegiale della richiesta misura cautelare l'udienza del 21.11.2023.

3. Si costituivano in giudizio la Provincia Autonoma di Bolzano e il controinteressato dott. Florian Zerzer, chiedendo la reiezione del gravame per insussistenza della condizione dell'interesse a ricorrere nonché per infondatezza nel merito e la conferma del provvedimento impugnato.

4. All'udienza in camera di consiglio del 21.11.2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

5. La rilevata sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 60 c.p.a. consente di trattenere la presente controversia ai fini di un'immediata definizione nel merito, come peraltro richiesto dalla difesa del ricorrente in sede di esame dell'istanza cautelare e non contestato dalla difesa dell'Amministrazione (cfr. verbale d'udienza).

6. Deve preliminarmente essere affrontata l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza delle condizioni dell'azione della cd. "*legittimazione attiva*" e del cd. "*interesse a ricorrere*", sollevata sia dal controinteressato Zerzer Florian, sia dall'Amministrazione resistente.

In particolare, ad avviso del controinteressato difetterebbe la legittimazione attiva in quanto il ricorrente potrebbe al più vantare un interesse meramente astratto, non meritevole di alcuna tutela giurisdizionale attraverso l'azione di annullamento. In merito all'ulteriore condizione dell'interesse a ricorrere, inoltre, dall'accoglimento del gravame non deriverebbe alcun effetto giuridico concreto nell'ambito della sfera giuridica del dott. Schael, se non il mero ripristino della legalità. Ciò in quanto a seguito della caducazione della delibera impugnata il sostituto provvisorio verrebbe individuato non già nel cd. "*elenco degli idonei*", quanto piuttosto nell'ambito della stessa Azienda sanitaria, come disciplinato dal disposto di cui all'art. 7, comma 4 L.P. n. 3/2017. In ogni caso, il mero inserimento nell'anzidetto elenco non consentirebbe di desumere le ragioni in forza delle quali il dott. Schael dovrebbe essere preferito in luogo di altri candidati e non implicherebbe l'assunzione, in capo al medesimo, di una posizione qualificata e differenziata rispetto a questi ultimi, con conseguente insussistenza della legittimazione attiva all'annullamento della deliberazione impugnata.

La proroga disposta dalla Giunta provinciale, inoltre, non sarebbe foriera di alcun danno, non compromettendo la possibilità per il ricorrente di essere nominato Direttore Generale all'esito dell'attivazione della procedura di selezione prevista

dall'art. 8 della medesima legge provinciale.

Ad avviso della Provincia Autonoma di Bolzano, inoltre, la carenza di interesse a ricorrere emergerebbe dalla recente sottoscrizione, in data 12 settembre 2023, di un contratto di prestazione d'opera intellettuale concernente l'incarico di Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria locale di Lanciano-Vasto-Chieti per la durata di anni quattro. In particolare, in caso di dimissioni anticipate l'art. 6 del contratto sottoscritto dal ricorrente richiederebbe un preavviso di almeno sessanta giorni, non riuscendosi pertanto a comprendere le ragioni per le quali lo stesso possa aspirare a ottenere un incarico di durata limitata, quale quello di commissario straordinario, a fronte di un più prestigioso incarico, di durata maggiore e altamente remunerato.

Il commissariamento straordinario invocato dal ricorrente rappresenterebbe inoltre una fase solo ipotetica ed eventuale, esperibile esclusivamente in situazioni di vacanza dell'ufficio protrattasi per almeno sessanta giorni, fattispecie non verificatasi.

Né dalle prospettazioni del dott. Schael potrebbero desumersi le ragioni per le quali lo stesso dovrebbe essere preferito agli altri aspiranti, tenuto conto della presenza di circa 2.000 iscritti nell'elenco nazionale e di ulteriori 5 concorrenti nell'elenco provinciale, peraltro soggetto ad aggiornamento al termine della procedura straordinaria di riapertura dei termini di iscrizione disposta con delibera della Giunta provinciale n. 670/2023.

Il provvedimento di nomina del commissario straordinario rappresenterebbe inoltre un atto a contenuto altamente discrezionale, la cui natura precluderebbe di conseguenza a questo Tribunale di sostituirsi all'amministrazione conferendo l'incarico al ricorrente.

Le eccezioni dedotte dalla difesa del controinteressato e dell'Amministrazione resistente si profilano del tutto infondate.

A tal proposito, questo Collegio rileva che il ricorrente, in data 18.11.2023, ha depositato "*memoria di replica*" con la quale ha ritualmente replicato a tutte le

considerazioni poste a fondamento delle sollevate eccezioni, in ossequio a quanto previsto dal *dictum* giurisprudenziale di cui all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 dicembre 2021, n. 22, secondo cui l'interesse al ricorso può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nell'atto di impugnazione del provvedimento lesivo ed è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove sia posto in dubbio dalle controparti.

Sotto questo profilo, il ricorrente ha ampiamente evidenziato sin dal ricorso introduttivo il possesso dei requisiti per la nomina a Direttore Generale e a Commissario, specificando quindi nella successiva memoria come lo stesso aspiri a entrambi i titoli essendo lo stesso legittimato a concorrere nell'ambito delle due uniche soluzioni prospettate dalla normativa di settore (*id est*: nomina del D.G. ovvero del Commissario), vantando quindi un interesse qualificato alla rimozione di una proroga ostativa all'ottenimento dell'anelata nomina.

L'art. 8, comma 4 della L.P. 3/2017 prevede infatti che la Giunta provinciale debba procedere alla nomina del D.G. entro il termine – espressamente qualificato come “*perentorio*” – di sessanta giorni dalla vacanza dell'ufficio, dovendosi in caso contrario procedere alla nomina di un Commissario. Nel disciplinare la tempistica per la nomina del Direttore generale e le conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine perentorio previsto a tal fine, la norma anzidetta prevede testualmente che: “*La nomina della direttrice/del direttore generale deve essere effettuata entro il termine perentorio di 60 giorni dalla data di vacanza dell'ufficio. Qualora la nomina non sia possibile entro tale termine, si provvede ai sensi dell'articolo 54, comma 1, numero 5), del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670*”. L'art. 54, comma 1, n. 5) del D.P.R. n. 670/1972, richiamato con funzione di eterointegrazione, prevede che alla Giunta provinciale spetta: “*...5) la vigilanza e la tutela sulle amministrazioni comunali, sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, sui consorzi e sugli altri enti o istituti locali, compresa la facoltà di sospensione e scioglimento dei loro organi in base alla legge. Nei suddetti casi e quando le amministrazioni non siano in grado*

per qualsiasi motivo di funzionare spetta anche alla Giunta provinciale la nomina di commissari, con l'obbligo di sceglierli, nella provincia di Bolzano, nel gruppo linguistico che ha la maggioranza degli amministratori in seno all'organo più rappresentativo dell'ente".

La norma, attraverso l'adozione del sintagma verbale "*deve essere effettuata*", attribuisce all'amministrazione l'obbligo di procedere alla nomina del D.G. entro il termine di sessanta giorni, con ciò escludendo conseguentemente la possibilità di disporre una proroga dell'incarico ormai esaurito. L'attribuzione a detto termine di una natura perentoria e l'utilizzazione, nel successivo periodo teso a disciplinare l'ipotesi di mancato espletamento di tale incombenza entro la scadenza prevista, dell'indicativo "*si provvede*" implica parimenti la doverosità della nomina del Commissario, decorsi i sessanta giorni dalla vacanza, senza possibilità di procedere a soluzioni alternative.

La caducazione del provvedimento di proroga disposto dall'Amministrazione comporta pertanto, quale conseguenza diretta e immediata, il ripristino della possibilità di concorrere alla nomina di Direttore Generale dell'Azienda sanitaria entro il termine di sessanta giorni dalla vacanza ovvero, nel caso in cui non si proceda in tal senso, di Commissario della stessa.

Di tutta evidenza la proroga, tenuto conto del termine quadrimestrale dalla stessa contemplato, stravolge la tempistica prevista perentoriamente dalla normativa citata, vanificando l'interesse a concorrere a tale nomina entro il termine ivi previsto. È infatti palese che l'adozione di tale provvedimento ha consentito alla Giunta Provinciale di aggirare surrettiziamente la doverosità della nomina secondo le modalità e le tempistiche previste dalla L.P. 3/2017, deviando quindi dall'intero *iter* normativamente tipizzato.

La medesima proroga vanifica altresì l'ulteriore interesse, nel caso di impossibilità di procedere alla nomina entro il 13 dicembre 2023, di concorrere alla nomina di Commissario dell'Azienda sanitaria, atto doveroso nella ricorrenza dei presupposti

e in relazione al quale il ricorrente ha dimostrato di possedere i requisiti.

Né può sostenersi che la vicenda sottoposta all'attenzione di questo Collegio rientri nelle ipotesi di legittima assenza o impedimento del D.G. di cui all'art. 7, comma 4 L.P. 3/2017, tali da giustificare l'estensione della sostituzione sino al termine massimo di 180 giorni, vertendosi per contro nel caso di specie nella distinta ipotesi di vacanza riconducibile all'esaurimento degli effetti del contratto, con conseguente operatività del successivo art. 8, comma 4.

Destituite di fondamento si profilano altresì le ulteriori considerazioni dell'Amministrazione resistente e del controinteressato secondo cui il mero inserimento nella lista degli idonei non implicherebbe l'assunzione, in capo al ricorrente, di una posizione qualificata e differenziata rispetto agli altri candidati, con conseguente ulteriore carenza di legittimazione attiva all'annullamento della deliberazione impugnata.

Invero, il ricorrente ha al riguardo espressamente escluso di pretendere ovvero di rivendicare la nomina a D.G. o Commissario in via consequenziale e automatica per effetto della caducazione del provvedimento impugnato, aspirando esclusivamente al ripristino della possibilità di concorrere nel rispetto dell'*iter* contemplato dalla normativa.

Merita pertanto di essere evidenziato come la giurisprudenza amministrativa sia ormai pacifica nel ritenere che: *“ il solo interesse strumentale finalizzato alla rinnovazione dell'attività amministrativa di cui si deduce l'illegittimità, e dalla quale non è derivato un risultato utile, è idoneo a fondare l'interesse a ricorrere in sede giurisdizionale amministrativa, correlato al conseguimento dell'utilità finale in via mediata rispetto al riesercizio del potere (da ultimo: Cons. Stato, V, 3 aprile 2023, n. 3424)”* (Consiglio di Stato, sez. VII, sentenze n. 6237 e 6238 del 26.06.2023). Nell'escludere la necessità della dimostrazione del superamento della prova di resistenza, il Consiglio di Stato ha altresì precisato che, in materia di procedure concorsuali, a fondamento delle censure di annullamento sia richiesto: *“l'interesse strumentale all'annullamento parziale della procedura concorsuale, da*

cui deriva il vantaggio di potere coltivare la chance di utile collocazione nella sua graduatoria finale, sia pure all'esito dell'attività di rinnovazione del procedimento selettivo da parte dell'amministrazione universitaria. L'esito di quest'ultima sfugge inoltre ad ogni previsione e dunque alla dimostrazione che lo stesso possa essere favorevole al ricorrente, per cui nessuna probatio diabolica può sotto questo profilo essere posta a suo carico ai fini del superamento della prova di resistenza. L'interesse così descritto è quindi considerato dalla giurisprudenza amministrativa giuridicamente rilevante e quindi sufficiente ai sensi del sopra citato art. 100 cod. proc. civ. a fondare l'impugnazione nella presente sede giurisdizionale di legittimità (in questi termini, di recente: Cons. Stato, VII, 26 giugno 2023, nn. 6237 e 6238)" (Consiglio di Stato, sez. VII, sent. n. 9427 di data 2 novembre 2023).

Del resto, anche in materia di procedure di gara pubbliche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in caso di mancata indizione dell'evidenza pubblica, ha recentemente avuto modo di precisare che: *"Ogni impresa operante in un determinato settore ha un interesse tutelato a contestare la scelta della Pubblica amministrazione di non procedere all'indizione di una procedura di gara pubblica a tutela del principio della libera concorrenza e del criterio di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale, atteso che la mancata indizione di una procedura di evidenza pubblica lede il suo interesse sostanziale a competere, secondo pari opportunità, ai fini dell'ottenimento di commesse da aggiudicarsi secondo le prescritte procedure, né è necessario che essa dimostri di possedere tutti i requisiti tecnici e finanziari occorrenti per partecipare alla gara, risultando l'interesse fatto valere indirizzato a censurare la soluzione organizzativa adottata e non già a riportarne l'aggiudicazione, atteso che con l'accoglimento del ricorso viene soddisfatto l'interesse strumentale tendente alla rimessa in discussione del rapporto controverso e alla possibilità di partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori, servizi o forniture, nella cui futura ed eventuale sede l'amministrazione potrà verificare se l'impresa possiede in concreto i requisiti per prendervi parte"*

(Cons. Stato, Sez. VII, 03.08.2023, n. 7521).

Il dott. Schael, in quanto in possesso dei requisiti richiesti, è dunque portatore di un interesse qualificato all'impugnazione di una procedura ritenuta illegittima e che pregiudica il suo legittimo interesse a concorrere alla nomina auspicata in ossequio alla procedura prevista dalla normativa sopra richiamata (sulla natura di interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva dell'aspirante alla nomina all'esito di evidenza pubblica cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 887 del 4 febbraio 2020: *“Va, dunque, confermato l'indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte che, in relazione allo speciale incarico qui in rilievo, si è sempre, in modo assolutamente conforme, e senza eccezioni di sorta, pronunciata nel senso che il procedimento di nomina del direttore generale va sicuramente ascritto alla categoria dei procedimenti autoritativi, preordinato alla scelta, all'esito di evidenza pubblica, del soggetto con il quale stipulare il contratto di lavoro. Segnatamente, l'atto di nomina del direttore generale delle aziende sanitarie risulta qualificato come atto di alta amministrazione, di talché l'aspirante non può vantare situazioni di diritto soggettivo rispetto alla scelta, ma soltanto di interesse legittimo, venendo in discussione non rapporti giuridici, connotati dalla coppia diritto-obbligo, ma esclusivamente la correttezza dell'azione amministrativa. Proprio in ragione di ciò la giurisprudenza delle Sezioni unite ha, come sopra anticipato, stabilmente assegnato alla giurisdizione amministrativa di legittimità le controversie concernenti il provvedimento di nomina (e l'esercizio di autotutela decisoria mediante annullamento di ufficio) e quello, partecipante della medesima natura, di conferma del direttore generale, devolvendo alla giurisdizione del giudice ordinario le sole controversie relative agli inadempimenti imputati al direttore e determinanti la decadenza dall'incarico (Cass. Civ., Sez. Un., n. 4214 del 23.04.1998, n. 3882 del 16.04.1998, n. 100 del 24.02.1999, n. 114 del 10.03.1999, n. 2065 dell'11.02.2003, n. 6854 del 06.05.2003; n. 14177 del 08.07.2004; SS.UU., 18.12.2007, n. 26631; Cass. civ. Sez. Unite, Ord., del 19-12-2014, n. 26938; 22/05/2014, n. 11306; CdS, Sez. III, n. 6697 del 27.11.2018)”*.

Le considerazioni sopra esposte consentono di superare agevolmente le obiezioni secondo cui il ricorrente non trarrebbe alcuna utilità concreta dall'annullamento della delibera impugnata, attesa l'automaticità della nomina quale "D.G. reggente" del più anziano tra il direttore amministrativo e il direttore sanitario, come previsto dall'art. 7, comma 4 L.P. 3/2017. Ciò in quanto l'automatismo invocato dalla difesa del controinteressato non solo non si profila quale situazione inconciliabile con il sopra richiamato interesse a concorrere, ma rappresenta a ben vedere l'unica soluzione idonea a consentire l'espletamento della procedura di nomina entro la tempistica normativamente prevista, ossia entro il 13 dicembre 2023.

In altri termini, se è vero che l'Amministrazione avrebbe potuto nominare il più anziano tra direttore amministrativo e sanitario, è altrettanto vero che tale facoltà non avrebbe vanificato l'aspirazione del ricorrente a concorrere per la nomina entro 60 giorni dalla vacanza, così come per contro verificatosi a seguito dell'emanazione del provvedimento in questa sede impugnato, che con l'apposizione del termine finale del 15 febbraio 2023 ha altresì precluso la nomina del Commissario secondo le inderogabili modalità e tempistiche sopra evidenziate.

Né l'interesse a ricorrere può ritenersi inficiato dal mancato decorso del termine di 60 giorni previsto per la nomina del nuovo D.G., atteso che l'apposizione nella proroga di un più lungo termine finale consente per contro all'Amministrazione una inammissibile deroga al termine perentorio previsto. Seguendo il ragionamento prospettato dalle difese, inoltre, al ricorrente sarebbe in ogni caso preclusa l'auspicata tutela giurisdizionale a seguito dell'emanazione di un atto del tutto avulso dall'ordinamento e lesivo del suo interesse a concorrere: la proroga consente infatti di non procedere alla nomina del D.G. nel termine stabilito né tantomeno al doveroso commissariamento, evitando così all'Amministrazione di attingere il nominativo da un elenco contenente il ricorrente e non il controinteressato beneficiario del provvedimento impugnato.

Del resto, le stesse motivazioni addotte dall'Amministrazione resistente nel

motivare il provvedimento gravato consentono di escludere la possibilità di una nomina entro i sessanta giorni della vacanza, ossia entro il 13 dicembre 2023, essendo stata la tempistica per la costituzione della nuova Giunta provinciale e il suo insediamento stimata a gennaio 2024 (per un mero refuso nel provvedimento è stato indicato l'anno 2023): *“La Giunta provinciale ha stabilito nella sua seduta del 8 agosto 2023 che a nominare il nuovo direttore dell’Azienda sanitaria sia la nuova Giunta, considerato che l’incarico in essere scade a pochi giorni dalle elezioni provinciali. Questo renderà necessaria una breve proroga, il tempo strettamente necessario alla costituzione della Giunta e al suo insediamento, come previsto dall’Art. 47 dello Statuto, presumibilmente a gennaio 2023. Per le stesse ragioni si è stabilito di non procedere in questo periodo a nomine di dirigenti di prima fascia sia nell’Amministrazione provinciale che negli enti dipendenti, lasciando questo compito alla giunta espressione delle elezioni già indette”*.

Coglie pertanto nel segno l’osservazione della difesa del ricorrente secondo cui, nel caso di mancata formazione della Giunta ovvero di nuove elezioni, la nomina non interverrà nemmeno alla data 15.2.2024, da cui la necessità – nella logica adottata dall’Amministrazione – di una ulteriore, inammissibile proroga.

Del resto, le criticità della nomina di un reggente scelto tra direttore amministrativo e sanitario *ex art. 7, comma 4 L.P. n. 3/2017* – con conseguente impossibilità di amministrare e immediata necessità di nomina del D.G. ovvero di un commissario – si desumono agevolmente dalle stesse deduzioni allegate dalla Provincia Autonoma di Bolzano a pag. 16 della propria memoria di costituzione di data 17.11.2023, in cui l’Ente testualmente rappresenta che: *“Ciò evidenziato, non può sottacersi che le funzioni avrebbero potuto essere esercitate dal direttore amministrativo o dal direttore sanitario ai sensi dell’art. 7, comma 4, della legge provinciale n. 3/2017 e dell’art. 3, comma 6, del d.lgs. 502/1992. Al riguardo la Giunta provinciale ha deciso di procedere alla proroga della direzione aziendale in carico, e pertanto di non lasciare vacante l’ufficio di direttore generale, in quanto ciò avrebbe comportato il cumulo di due importanti funzioni in capo alla*

persona del direttore sanitario. Si specifica infatti che in data 15 ottobre 2023 non scadeva solamente il contratto del direttore generale, ma anche quello del direttore amministrativo dell'Azienda sanitaria, che nel caso di specie riveste anche il ruolo il sostituto del direttore generale. Pertanto, se la Giunta non avesse stabilito di prorogare, direttamente ed indirettamente, entrambe le figure apicali, l'Azienda sanitaria dell'Alto Adige si sarebbe trovata a dover essere diretta, per anzianità, dal direttore sanitario, con una direzione aziendale essenzialmente decapitata. Un tanto in considerazione del notevole carico di lavoro a cui il direttore sanitario è attualmente impiegato a tempo pieno, consistente nell'affrontare grandi sfide sanitarie, che includono la riorganizzazione della rete ospedaliera, l'approntamento di strutture sanitarie finanziate con fondi PNRR e la ricrescita dei contagi da COVID-19”.

È pertanto la stessa Amministrazione provinciale a evocare testualmente, quale conseguenza della nomina di un reggente, la “decapitazione” della direzione aziendale, con ciò evidenziando paradossalmente la impraticabilità della stessa soluzione prospettata al fine di escludere l'interesse a impugnare in capo al ricorrente.

Le stesse considerazioni della difesa della resistente, lungi dall'inficiare la prospettata sussistenza dell'interesse a ricorrere, consentono per contro di affermare la piena ammissibilità dell'impugnazione presentata dal dott. Schael (sulla libera apprezzabilità da parte del Giudice delle dichiarazioni contenute negli scritti difensivi cfr. Cass., Sez. 2, n. 23634 del 28/09/2018, Rv. 650383 – 02, applicabile anche al processo amministrativo in virtù dell'art. 39, comma 1 c.p.a., secondo cui: *“Le ammissioni contenute negli scritti difensivi, sottoscritti unicamente dal procuratore “ad litem”, costituiscono elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento. Esse, tuttavia, possono assumere anche il carattere proprio della confessione giudiziale spontanea, alla stregua di quanto previsto dagli artt. 228 e 229 c.p.c., qualora l'atto sia stato sottoscritto*

dalla parte personalmente, con modalità tali che rivelino inequivocabilmente la consapevolezza delle specifiche dichiarazioni dei fatti sfavorevoli in esso contenute". Sulla valenza indiziaria delle dichiarazioni contenute negli scritti difensivi cfr. altresì Cass., Sez. 3, sent. n. 4744 del 04/03/2005, Rv. 579736 – richiamata da Consiglio di Stato n. 6526 e 6527 di data 07.11.2006 – secondocui: *“Le dichiarazioni contenute nella comparsa di risposta, contenenti affermazioni relative a fatti sfavorevoli al proprio rappresentato e favorevoli all’altra parte, non hanno efficacia di confessione ma possono soltanto fornire elementi indiziari qualora l’atto sia sottoscritto dal difensore e non dalla parte personalmente, atteso che la confessione giudiziale spontanea può essere manifestata efficacemente solo da chi abbia il potere di disporre del diritto controverso e quindi non dal difensore, a meno che questi sia munito d’apposito mandato in tal senso, che si aggiunga alla procura alle liti”*).

Parimenti infondata si appalesa l’ulteriore deduzione prospettata dalla difesa dell’Amministrazione resistente, secondo cui la recente assunzione del dott. Schael quale D.G. dell’A.s.l. “Lanciano-Vasto-Chieti” ne farebbe venire meno l’interesse a ricorrere, anche in considerazione delle conseguenze economiche derivanti dalla scelta di recidere tale rapporto.

A tal proposito, la scelta dell’incarico unitamente all’accettazione delle relative conseguenze rientra senz’altro nell’ambito dei diritti disponibili del ricorrente e riguarda esclusivamente la sfera privata di quest’ultimo, non assumendo alcuna rilevanza in merito all’interesse a ricorrere dallo stesso vantato.

Quel che rileva nella presente sede è che in ogni caso l’assunzione dell’incarico presso l’A.s.l. non si profila quale causa ostativa alla possibilità di concorrere alla nomina di D.G. o Commissario, non assumendo valenza di causa di inconferibilità, anche in considerazione del fatto che eventuali ipotesi di incompatibilità implicherebbero esclusivamente la facoltà di scelta da parte del dott. Schael.

Deve da ultimo escludersi che, in considerazione della natura altamente discrezionale del provvedimento di nomina del commissario straordinario,

l'eventuale annullamento della delibera possa implicare una sostituzione di questo Tribunale all'amministrazione, atteso che l'effetto diretto e immediato della statuizione caducatoria invocata dal ricorrente è esclusivamente quello di ripristinare la procedura di selezione e non già di procedere direttamente al conferimento degli incarichi.

Ne consegue pertanto l'infondatezza delle eccezioni di inammissibilità del ricorso, sussistendo entrambe le condizioni dell'azione della legittimazione attiva e dell'interesse a ricorrere.

7. Nel merito il ricorso è fondato.

Il Collegio non può esimersi dal rilevare come, nel costituirsi in giudizio, né l'Amministrazione resistente né il controinteressato abbiano contestato specificamente le deduzioni del ricorrente in ordine alla carenza, in capo al dott. Zerzer, dei requisiti soggettivi richiesti per la nomina a Direttore Generale.

Ne consegue pertanto che, in applicazione del cd. "*principio di non contestazione*" di cui agli artt. 115 c.p.c. e 64, comma 2 c.p.a., tale circostanza può essere posta a fondamento della decisione senza necessità di ulteriori approfondimenti di natura probatoria. È appena il caso di evidenziare come la giurisprudenza amministrativa sia pacifica nel ritenere che: "*Nel processo amministrativo, giusta il principio di non contestazione, di cui all'art. 64, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010 (CPA), si possono dare per acquisiti i fatti non contestati*" (Cons. Stato Sez. VI Sent., 23/10/2015, n. 4877).

In ogni caso, dal doc. 2) prodotto dal ricorrente si desume agevolmente come il decreto di iscrizione del dott. Florian Zerzer risalga al 17.09.2018, dovendosi conseguentemente ritenere ampiamente spirato il termine quadriennale contemplato dall'art. 5, comma 2 ultimo periodo del D.P.G.P. 7 agosto 2017, n. 27.

La lettura del dato documentale citato consente pertanto di affermare che, attraverso la proroga gravata nella presente sede, l'Amministrazione resistente ha disposto la *perpetuatio* di un incarico dirigenziale a soggetto sprovvisto -

quantomeno al momento dell'adozione dell'atto impugnato - dei requisiti richiesti per tale nomina, con evidente illegittimità del relativo provvedimento.

8. Ciò posto, questo Collegio ritiene che la deliberazione gravata sia affetta dagli ulteriori profili di illegittimità richiamati dal ricorrente.

Invero, nessuna disposizione normativa contempla la possibilità di affidarsi all'istituto della proroga al fine di procrastinare l'incarico *de quo*, essendo specificamente previsti ulteriori e distinte soluzioni al fine di sopperire alla vacanza dell'ufficio.

La normativa provinciale di riferimento, rappresentata come si è visto dalla L.P. 21 aprile 2017 n. 3, disciplina espressamente e in maniera omogenea rispetto alla disciplina nazionale di cui al D. Lgs. 502/92 la fase di nomina del Direttore Generale nonché le ipotesi di vacanza del medesimo. In nessun dato normativo è rinvenibile la facoltà, in capo all'amministrazione, di procedere alla proroga dell'incarico, essendo state espressamente tipizzate le procedure da seguire nel caso di vacanza dell'ufficio di D.G., situazione verificatasi nel caso di specie.

Né può utilmente richiamarsi la giurisprudenza relativa alla proroga prevista dalla disciplina in materia di appalti, così come invocata dalla difesa del controinteressato, trattandosi di istituto del tutto inconferente nel caso di specie, regolato da una normativa *ad hoc*. Del resto, lo stesso *dictum* giurisprudenziale di cui alla sentenza n. 2882/2009 posto a fondamento della statuizione n. 6435/2021 del T.A.R. Campania-Napoli citata a pag. 11 della memoria difensiva del controinteressato qualifica l'istituto della proroga come "eccezionale", statuendo nello specifico che: *"Ritiene viceversa il Collegio che le proroghe in questione, oltre a violare il disposto dell'art. 23 della l. n. 65/2005, contraddicano al generale principio dell'evidenza pubblica, il cui rispetto è imposto anche dal dovere di preservare il diritto alla libera concorrenza, garantito a livello comunitario in materia di appalti pubblici. Una volta espunta dall'ordinamento la disposizione che, a determinate condizioni, consentiva il rinnovo espresso dei contratti (art. 6, secondo comma, della l. 537/1993), il sistema non prevede infatti altra via che*

quella del reperimento del contraente secondo le regole dell'evidenza pubblica (Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391). Ciò comporta, a livello ermeneutico, un vincolo in sede di interpretazione di ogni altro strumento o disposizione che possano, in linea teorica, raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo: si vuol dire che la stessa logica che presiede al divieto di rinnovo esclude che ad un effetto simile (ed altrettanto pregiudizievole per il principio di concorrenza) possa legittimamente pervenirsi attraverso la proroga dei rapporti già in essere. D'altronde, la proroga dei contratti (proprio per la sua potenziale nocività nei confronti dei principi dell'evidenza pubblica e della salvaguardia della concorrenza) non è un istituto stabile dell'ordinamento ma è stata prevista dall'art. 23 della l. 62/2005 soltanto nella fase transitoria successiva all'abrogazione dell'istituto del rinnovo (ed anche in tale fase risultava circondata da particolari garanzie, come la durata non superiore a sei mesi e la celere pubblicazione del bando di gara) sicché oggi essa risulta persino priva della necessaria base normativa. La conseguenza è che questa è teorizzabile, ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nei soli, limitati ed eccezionali, casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nel-le more del reperimento di un nuovo contraente”.

È pertanto evidente che, in considerazione della natura eccezionale dell'istituto, non è assolutamente possibile procedere a una sua estensione analogica al caso oggetto della presente controversia, a ciò ostandovi il principio di cui all'art. 14 delle “disposizioni sulla legge in generale”. Ciò vale a maggior ragione tenuto conto della particolare disciplina normativa già oggetto di disamina, la quale rivestendo i crismi di specialità non può in ogni caso che prevalere in ossequio al principio “*lex specialis derogat legi generali*”.

Ne consegue che, tenuto conto dell'inequivoco tenore letterale delle disposizioni di cui agli artt. 7 e 8 della L.P. 3/2017 e per le considerazioni già svolte al precedente

§ 6), il provvedimento di proroga disposto dall'amministrazione resistente risulta del tutto sprovvisto di una qualsivoglia base normativa e si pone in radicale contrasto con le disposizioni applicabili *ratione materiae* alla fattispecie.

9. In conclusione, quindi, alla luce delle esposte considerazioni il ricorso va accolto e per l'effetto annullato il provvedimento impugnato.

Le spese di giudizio seguono l'ordinario criterio della soccombenza in relazione alle parti costituite Provincia autonoma di Bolzano e Zerzer Florian e sono liquidate come da dispositivo. In relazione alla posizione della non costituita Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 92 c.p.c. il Collegio rileva la sussistenza dei presupposti per la compensazione

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'impugnata deliberazione della Giunta della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige n. 838 di data 3.10.2023.

Condanna la Provincia autonoma di Bolzano e Zerzer Florian al pagamento delle spese di giudizio in favore del ricorrente, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00) a carico di ciascuna delle parti, oltre accessori di legge, C.P.A. e I.V.A. (se e in quanto dovuti).

Spese del procedimento compensate in relazione alla posizione dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Edith Engl, Consigliere

Michele Menestrina, Consigliere

Andrea Sacchetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Andrea Sacchetti

IL PRESIDENTE
Lorenza Pantozzi Lerjefors

IL SEGRETARIO