



Servizio Legale e Contenzioso

LEX FOR ARNAS



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

Edizione Aprile 2024

SOMMARIO

CONTRATTI PUBBLICI

Gara pubblica – Lex specialis – Gerarchia differenziata – Insanabile contrasto tra bando e disciplinare di gara – Prevalenza del bando di gara.
(Consiglio di Stato sez. V, 17 gennaio 2023, n. 565; in termini v. anche Delibera A.N.AC. n. 159 del 24 febbraio 2021 e la n. 369 del 26 luglio 2023).

Il commento (a cura della Dott.ssa Giorgia Fallica)2

RESPONSABILITÀ SANITARIA

Assicurazione obbligatoria responsabilità civile medica - Il medico "strutturato" imputato in sede penale non può chiamare in garanzia la propria assicurazione.
(Corte Costituzionale 28 settembre 2023, n. 182).

Il commento (a cura della Dott.ssa Elisa Landi)3-4

PUBBLICO IMPIEGO

Demansionamento – Lavoro (rapporto) – Mansioni – Posizione organizzativa.
(Cassazione civile, Sez. lav., 10 marzo 2023, n. 7209 (ordinanza)).

Il commento (a cura dell'Avv. Carmelo Ferrara)4-5



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

CONTRATTI PUBBLICI

Gara pubblica – Lex specialis – Gerarchia differenziata – Insanabile contrasto tra bando e disciplinare di gara – Prevalenza del bando di gara.

(Consiglio di Stato sez. V, 17 gennaio 2023, n. 565; in termini v. anche Delibera A.N.AC. n. 159 del 24 febbraio 2021 e la n. 369 del 26 luglio 2023)".

Si richiama quanto osservato in giurisprudenza per cui *"Quanto agli eventuali contrasti tra le singole disposizioni della lex specialis ed alla loro risoluzione, la giurisprudenza ha stabilito che tra tali atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2010, n. 3963), laddove però le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015 n. 2186; Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439)".*

Con la massima in epigrafe i giudici di Palazzo Spada hanno fornito chiarimenti in merito al rapporto tra bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto, nonché in ordine all'autonomia di tali provvedimenti e alla propria peculiare funzione nell'economia della procedura.

Com'è noto, il primo fissa le regole della gara, il secondo disciplina in particolare il procedimento di gara ed il terzo integra, eventualmente, le disposizioni del bando.

La giurisprudenza, in maniera condivisa, ha sostenuto che **tali atti determinano insieme la lex specialis della gara** (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Cons. Stato, sez. V, 5

settembre 2011, n. 4981; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3311), in tal modo sottolineando il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97 Cost.

Quanto all'ipotesi di eventuale contrasto tra le singole disposizioni della *lex specialis* e della loro risoluzione, la giurisprudenza ha stabilito che **tra tali atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara** (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2010, n. 3963), **laddove però le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare le prime** (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015 n. 2186; Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

Tali principi, nella specie, sono applicabili con il chiarimento da ultimo precisato, atteso che l'insanabile contrasto tra bando e disciplinare di gara, in ordine al criterio dell'attribuzione del punteggio, non consente di superare la confusione sulla disciplina a cui fare riferimento, in spregio ai doveri di chiarezza, espressione del più generale principio di buona fede, a cui deve attenersi l'amministrazione, e la cui violazione comporta, in applicazione del **principio di autoresponsabilità**, che **le conseguenze derivanti da disposizioni contraddittorie non possono ricadere sul concorrente che, in modo inconsapevole, abbia fatto affidamento sulle stesse** (Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497).

Autore: Dott.ssa Giorgia Fallica, Collaboratore Amministrativo Professionale – Servizio Legale e Contenzioso ARNAS "Garibaldi".



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

RESPONSABILITÀ SANITARIA

Assicurazione obbligatoria responsabilità civile medica - Il medico "strutturato" imputato in sede penale non può chiamare in garanzia la propria assicurazione.

(Corte Costituzionale 28 settembre 2023, n. 182).

La Corte Costituzionale con la sentenza in epigrafe ha dichiarato *"inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale di Avellino in riferimento all'art. 83 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, nel caso di responsabilità civile derivante dall'assicurazione obbligatoria prevista dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 l'assicuratore possa essere citato nel processo penale a richiesta dell'imputato"*.

Il caso sottoposto all'attenzione del Giudice rimettente riguardava un medico "strutturato" imputato in un procedimento penale per il reato di cui all'art. 590-*sexies* del codice penale, il quale aveva chiesto di essere autorizzato a citare, nel giudizio penale, la società di assicurazioni con la quale aveva stipulato una polizza assicurativa per la responsabilità civile verso terzi derivante dall'esercizio della professione medica, al fine di essere manlevato dalla stessa nell'eventualità di una condanna risarcitoria.

Tuttavia, questa possibilità è prevista dall'art. 83 c.p.p. solo per la parte civile e per il pubblico ministero.

Pertanto, il Giudice *a quo* ha sollevato la questione di costituzionalità proprio dell'art. 83 c.p.p. nella misura in cui non consente all'imputato tale chiamata in giudizio della Compagnia assicurativa e, ove fosse accertata la responsabilità

penale dell'imputato, o qualora fosse concessa alle parti civili una provvisoria immediatamente esecutiva, lo stesso correrebbe il rischio di subire l'esecuzione forzata sul proprio patrimonio.

La Corte Costituzionale, nel respingere la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Avellino, ha effettuato una accurata disamina degli obblighi assicurativi previsti dalla Legge Gelli.

In particolare, il Giudice delle Leggi ha evidenziato come le strutture sanitarie, pubbliche o private che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalgono dell'opera di esercenti la professione sanitaria, rispondono dei danni provocati dalle loro condotte ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., ossia a titolo di responsabilità contrattuale.

Pertanto, la struttura sanitaria, oltre ad assicurare sé stessa per il fatto proprio, deve anche assicurare il proprio ausiliario (ovvero il medico "strutturato"), ponendo in essere un'assicurazione per conto altrui in cui contraente è la struttura ma assicurato è il medico.

Il medico "strutturato", invece, è tenuto ad assicurarsi solo per i danni cui sarà chiamato a rispondere in via di azione di rivalsa (esperibile solo in caso di dolo o la colpa grave del medico e fino al massimo del triplo del maggiore reddito).

Afferma, dunque, la Corte che **in nessun caso l'imputato potrebbe pretendere di citare nel processo penale una impresa di assicurazione obbligata a tenerlo indenne dalle conseguenze di un'azione di rivalsa della struttura sanitaria, che non è stata esercitata, e che mai potrebbe esserlo nell'ambito di quel processo penale.**

Inoltre, alla luce degli obblighi assicurativi introdotti dalla Legge Gelli – Bianco, il medico imputato del reato ex art. 590-*septies* c.p. non deve temere alcun pregiudizio per il suo patrimonio



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

nell'ipotesi di una condanna provvisoria immediatamente esecutiva, poiché la sua potenziale esposizione debitoria sarà fatta gravare sul responsabile civile, opportunamente citato nel giudizio penale dalla parte civile a garanzia del suo potenziale credito, al di là dei limiti previsti nella propria garanzia assicurativa.

Autore: *Dott.ssa Elisa Landi, Collaboratore Amministrativo Professionale – Servizio Legale e Contenzioso ARNAS "Garibaldi".*

PUBBLICO IMPIEGO

Demansionamento – Lavoro (rapporto) – Mansioni – Posizione organizzativa. (Cassazione civile, Sez. lav., 10 marzo 2023, n. 7209 (ordinanza)).

“Il conferimento di una posizione organizzativa non comporta l'inquadramento in una nuova categoria contrattuale, ma unicamente l'attribuzione di una posizione di responsabilità, con correlato beneficio economico, sicché la revoca di tale posizione non costituisce demansionamento e non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2103 c.c. e dell'art. 52, D.Lgs. n. 30 marzo 2001, n. 165”.

Con la citata pronuncia la Cassazione ribadisce un consolidato orientamento in tema di *ius variandi* nel lavoro pubblico privatizzato. Si afferma che il conferimento di una posizione organizzativa non comporta l'inquadramento in una nuova categoria contrattuale, ma unicamente l'attribuzione di una posizione di responsabilità, con correlato beneficio economico.

La revoca di tale posizione non costituisce demansionamento e non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2103 c.c. e dell'art. 52, D.lgs. n. 30 marzo 2001, n. 165.

Nella vicenda affrontata, la Suprema Corte è giunta alla conclusione che l'esercizio di una mansione di “*capo team*” non comporta di per sé

un ruolo sovraordinato rispetto agli altri componenti, essendo stata tale figura istituita dal contratto collettivo esclusivamente per assolvere compiti di coordinamento del gruppo con il capo area. Tale incarico, in definitiva, ha natura temporanea per cui la sua cessazione è connessa all'incarico stesso e non comporta una dequalificazione.

È ormai principio consolidato, confermato anche dalla Corte costituzionale, quello secondo cui il conferimento di un incarico di posizione organizzativa non porta ad un mutamento del profilo professionale di appartenenza, ma solamente ad una modifica delle funzioni esercitate per un periodo necessariamente predeterminato di tempo con correlato beneficio economico (Corte Cost., 25 giugno 2020 n. 128).

Poiché il conferimento di tale posizione non crea alcuna variazione nel profilo professionale, né un mutamento di area, la procedura per l'attribuzione di posizioni organizzative non dà luogo ad un concorso interno o a una progressione verticale, ma attiene ad una vicenda interna alla gestione del rapporto di lavoro privatizzato già instaurato ed in corso e rientra nell'ordinario potere gestionale della Pubblica Amministrazione che sfocia in determinazioni del datore di lavoro di natura privatistica, anche se adottate in esito a procedure di tipo comparativo (T.A.R. Sicilia, Catania, 27 febbraio 2023, n. 580).



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

Si tratta di una funzione di alta responsabilità la cui definizione è rimessa dalla legge alla contrattazione collettiva.

Col che **non sussiste un diritto soggettivo del pubblico dipendente ad avere una posizione organizzativa, neppure nel caso in cui questi l'abbia ricoperta in forza di un precedente incarico, trattandosi, invece, di scelta ascrivibile al potere organizzativo dell'ente.**

Conseguentemente la natura temporanea e fiduciaria dell'incarico non crea alcun diritto del dipendente al suo conferimento né, in caso di rinnovo, alcun diritto del dipendente che in precedenza abbia ricoperto la posizione ad esservi nuovamente collocato.

Autore: *Avv. Carmelo Ferrara – Dirigente Responsabile Servizio Legale e Contenzioso ARNAS "Garibaldi".*