

T.A.R.

Campania - Napoli

Sezione V

Sentenza 20 ottobre - 10 novembre 2011, n. 5278

N. 05278/2011 REG.PROV.COLL. N. 01294/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Tribunale Amministrativo
Regionale della Campania (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1294 del 2011, proposto da: XXXXXXXXXXXXX, rappresentato e difeso dagli avv. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX; contro Comune di Arzano in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Fusco, con domicilio eletto presso Giuseppe Fusco con studio in Casandrino (Na) alla via Trento n. 7 e pertanto, in Napoli presso Segreteria T.A.R.; per l'annullamento concorso: annullamento della delibera del comune di arzano n.92/2010 avente ad oggetto linee di indirizzo per l'annullamento delle procedure selettive per la copertura di: 3 agenti p.m.cat. c; 1 istruttore amministrativo cat. c; 1 istruttore informatico cat. c; 2 istruttori contabili cat. c; 3 istruttori tecnici cat. c

Visti il ricorso e i relativi allegati; Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Arzano in Persona del Sindaco P.T.; Viste le memorie difensive; Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2011 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

Il ricorso – volto a censurare l'esercizio del potere di annullamento di ufficio in quanto realizzato in asserita violazione dei generali principi regolatori della materia (come trasfusi, in particolare, nell'art. 21-nonies della l. 7 agosto 1990, n. 241) con specifico riferimento sia ai suoi presupposti sostanziali (inconfigurabilità dei dedotti vizi di legittimità; insufficienza del mero intento di ripristinare la legalità violata; non adeguatamente valutazione del decorso del tempo e degli affidamenti ingenerati; omessa ponderazione fra i diversi interessi in gioco) e formali-procedimentali – è infondato e va respinto per le ragioni che seguono. In primo luogo deve osservarsi come i prospettati vizi di legittimità nell'adottata procedura siano stati correttamente valutati dall'amministrazione precedente: da un lato, viene in rilievo l'incompetenza della Commissione straordinaria con riguardo alla nomina dei componenti della commissione di concorso: per un verso, deve rilevarsi che le invocate previsioni legislative (art. 51, commi 2 e 3, della legge n. 142\1990, nel testo riformato dalla legge n. 127\1997; art. 107 TUEL) che sanciscono una responsabilità del personale dirigente estesa sull'intera procedura di concorso (con la conseguente esclusione di ogni interferenza dell'organo politico nell'esercizio dei relativi compiti di amministrazione attiva) acquistano un proprio senso logico solo a condizione di assegnare alla dirigenza la gestione unitaria di tutto il conferente, complesso procedimento, dall'approvazione del bando fino alla stipula del contratto finale con i vincitori; ne discende, anche in presenza di una contraria norma regolamentare che va in parte qua disapplicata, l'incompetenza dell'organo commissariale alla nomina della commissione di concorso, sussistendo al riguarda una competenza esclusiva e monopolistica del dirigente o responsabile del servizio (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, sent. N. 1408 del 4.3.2011). Per altro verso, appaiono inconferenti le contrarie argomentazioni

di parte ricorrente atteso che la circostanza che trattasi di integrale recepimento della proposta del competente dirigente (la cui relazione istruttoria, con indicazione dei nominativi, costituisce parte integrante e sostanziale della delibera de qua) non vale a spostare l'asse decisione, rilevando comunque l'astratta e potenziale possibilità di diversa determinazione al riguardo. Dall'altro lato, viene in rilievo la riscontrata violazione dell'art. 30, comma 2 bis, del D. Lgs. n. 165/2001, dovendosi in questa sede ribadire l'indirizzo di recente affermato da questa Sezione per cui l'esperimento della procedura di mobilità è obbligatoria per modo che l'amministrazione non può bandire un pubblico concorso senza aver preventivamente ed infruttuosamente espletato la suddetta procedura (Tar Napoli, V, sent. 2390/2011). Invero tale articolo, dopo aver fissato al primo comma il principio della mobilità volontaria a domanda ("1. Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Le amministrazioni devono in ogni caso rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta. Il trasferimento è disposto previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato sulla base della professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire"), al successivo comma 2 bis, introdotto dall'articolo 5, del decreto legislativo 31 gennaio 2005, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 31 marzo 2005, n. 43, stabilisce che "Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza". Il tenore letterale di tale previsione, di cui non è dubitabile in alcun modo l'applicazione anche agli enti locali (rientranti, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, nell'ambito delle disposizioni del citato decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), è del tutto univoco nell'imporre alle pubbliche amministrazioni che devono coprire eventuali posti vacanti del proprio organico di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento delle procedure concorsuali. Tale obbligo ben si coordina con le strategie volte a contemperare il prevalente interesse pubblico alla razionalità dell'organizzazione pubblica e alla funzionalità dei suoi uffici, con le esigenze di riduzione della spesa pubblica e le aspirazioni dei pubblici dipendenti di poter espletare la propria attività in uffici quanto più possibili vicino alle proprie abitazioni. Né può sostenersi che una simile previsione mortifichi e comprima irragionevolmente l'autonomia delle singole amministrazioni a bandire procedure concorsuali, atteso che non sussiste alcun divieto in tal senso: dando concreta attuazione al principio di buon andamento ed efficienza che deve connotare l'intera organizzazione amministrativa, all'accertamento della sussistenza di una vacanza di organico l'amministrazione è tenuta innanzitutto ad avviare la procedura di mobilità finalizzata ad accertare l'esistenza di pubblici dipendenti già in servizio, dotati della necessaria professionalità, che si trovino nella legittima condizione di poter ricoprire il posto vacante; l'esito infruttuoso di tale procedimento riespande le facoltà dell'amministrazione di indire la procedura concorsuale, ovviamente nel rispetto delle cogenti disposizioni finanziarie di contenimento della spesa pubblica. In altri termini il reclutamento dei dipendenti pubblici avviene attraverso un procedimento complesso nell'ambito del quale la procedura concorsuale non è affatto soppressa, ma è subordinata alla previa obbligatoria attivazione della procedura di mobilità, in attuazione dei fondamentali principi di imparzialità e buon andamento, predicati dall'articolo 97 della Costituzione. Nel caso di specie dalla documentazione versata in atti non risulta affatto che l'amministrazione abbia attivato la procedura di mobilità prevista dal comma 2 bis dell'articolo 30 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non avendo proceduto a rendere pubbliche le disponibilità in organico per consentire agli interessati la presentazione di eventuali domande di trasferimento. Il ricordato comma 2 bis infatti espressamente richiama il precedente comma 1, secondo cui "le amministrazioni devono in ogni

caso rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta". Né può ritenersi che il richiamo al precetto contenuto nella disposizione in esame non rilevi nel presente giudizio in ragione dell'inesistenza di domande di mobilità in entrata al momento dell'indizione del concorso e dell'utilizzo, da parte dell'amministrazione resistente, di forme di appalto di servizi per la fornitura al riguardo di lavoro interinale, trattandosi evidentemente di circostanze esterne e in conferenti, che non integrano quel requisito della previa pubblicazione delle disponibilità di organico che condiziona la legittimità della procedura. L'annullamento in autotutela degli atti della procedura de qua appare dunque correttamente motivato sulla scorta dei riscontrati vizi degli stessi. In secondo luogo, e conseguentemente, emerge che non solo sussiste il presupposto dell'illegittimità della caducata procedura concorsuale, ma altresì, in ragione dell'incidenza dei riscontrati vizi sulla corretta ed economica gestione dell'azione amministrativa, il complementare requisito della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto ad altri fattori ponderali. Al riguardo il Collegio ritiene di prestare puntuale adesione (non rinvenendosi ragioni onde discostarsene) al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui in caso di annullamento d'ufficio di un illegittimo provvedimento in materia di assunzione e gestione di personale pubblico (cui è senz'altro assimilabile, ai fini del decidere, il provvedimento di annullamento in autotutela delle procedure concorsuali per cui è causa) non occorre una specifica motivazione sull'interesse pubblico all'intervento in autotutela, in quanto tale interesse va immediatamente ravvisato nella primaria esigenza di risparmiare spese non giustificate in base alla normativa e di evitare assetti organizzativi irrazionali e disfunzionali. Sotto tale aspetto si osserva che (a prescindere dal carattere innovativo o meno delle previsioni di cui al richiamato art. 21-nonies, l. proc.), a fronte di atti di indizione concorsuale i quali abbiano a determinare (come nel caso di specie) ingiustificati oneri per l'Erario (attraverso la stipula di contratti di lavoro con un soggetti non correttamente reclutati), la pur necessaria ponderazione dei vari interessi in gioco non può che concludersi con l'immanente ed inevitabile prevalenza dell'interesse pubblico, atteso l'intollerabile pregiudizio che il medesimo interesse dovrebbe sopportare nel caso di salvezza degli effetti di illegittimi atti onerosi per l'amministrazione. Si tratta di principi che non solo appaiono pienamente compatibili con il pertinente quadro, come normativo modificato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, ma che inoltre non sembrano neppure suscettibili di diversa valutazione in considerazione dell'affidamento dell'interessato alla permanenza nella propria sfera di interessi della status quo illegittimamente determinatosi. Sotto tale aspetto si osserva che (a prescindere dalla richiamata ponderazione che, nel caso di specie, non può che vedere la prevalenza dell'interesse pubblico, a prescindere dalla gravità degli effetti nella sfera giuridica dell'interessato) non sembra neppure potersi invocare nel caso di specie il principio dell'affidamento incolpevole: la posizione vantata dai soggetti risultati idonei in una graduatoria, a seguito dell'espletamento di una selezione derivata da apposito bando pubblico (ed, a fortiori, quella dei partecipanti al concorso), ha natura e consistenza di mera aspettativa per essere la nomina di pertinenza dell'amministrazione procedente espressione del proprio potere discrezionale e per non costituire la nomina stessa, in definitiva, un effetto automatico dell'esito della selezione svolta da parte dell'apposito organo di valutazione. Per le medesime ragioni non possono trovare accoglimento i motivi di gravame fondati sulla carente valutazione del lungo lasso di tempo trascorso e sulle denunciate disfunzioni procedurali, atteso il carattere assorbente e dirimente dell'interesse pubblico tutelato ed il suo corretto apprezzamento in termini sostanziali da parte dell'amministrazione resistente. In base a quanto esposto, il ricorso in epigrafe dev'essere respinto. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati: Vincenzo Fiorentino, Presidente Vincenzo

Cernese, Consigliere Carlo Buonauro, Consigliere, Estensore L'ESTENSORE IL
PRESIDENTE DEPOSITATA IN SEGRETERIA