

Publicato il 06/06/2019

N. 00152/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 00305/2018 REG.RIC.



**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 Amministrativo Regionale per l' Abruzzo**

**sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 305 del 2018, proposto da:

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avv. Giuliano Milia e Mirco D'Alicandro, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonché in forma fisica presso lo studio dell'avv. Mirco D'Alicandro in Pescara, via Giovanni Chiarini n. 161;

*contro*

Comune di Rapino, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Russo e Luisa Ebe Russo, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della determinazione n. 125 emessa in data 18/06/2018 dal Responsabile dell'Area Finanziaria-Amministrativa del Comune di Rapino, notificata al ricorrente in data 23/06/2018, avente ad oggetto "Annullamento in autotutela della D.G.C. n. 89 del 28/11/2009 e di tutti gli atti successivi connessi alla procedura concorsuale ai sensi degli artt. 21 octies, comma 1, e 21 nonies, comma 1, della legge n. 241/1990";

- di ogni altro atto amministrativo connesso, presupposto, prodromico e/o consequenziale, ivi compreso l'avviso di avvio del procedimento;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rapino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2019 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi l'avv. Mirco D'Alicandro per la parte ricorrente, e l'avv. Luisa Ebe Russo per l'amministrazione comunale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame è controversa la legittimità della determinazione n. 125 emessa in data 18.06.2018 dal Responsabile dell'Area Finanziaria-Amministrativa del Comune di Rapino recante annullamento in autotutela della Delibera di Giunta Comunale n. 89 del 28.11.2009 e di tutti gli atti successivi connessi alla procedura concorsuale ai sensi degli artt. 21 octies comma 1 e 21 nonies comma 1 della legge n. 241/1990.

Il ricorrente affida l'impugnativa ai seguenti motivi di diritto:

- intervenuta decadenza del potere di autotutela stante la decorrenza del termine ragionevole di diciotto mesi in vigore dal 28.08.2015 per effetto della novella di cui all'art. 6 comma 1 lettera d) della legge n. 124/2015;
- insussistenza del termine ragionevole, violazione per difetto del presupposto di cui all'art. 21 nonies comma 1 della legge n. 241/1990;
- insussistenza della illegittimità dell'atto, violazione di legge per difetto del presupposto di cui all'art. 21 octies comma 1 della legge n. 241/1990.
- insussistenza dell'interesse pubblico, violazione di legge per difetto del presupposto di cui all'art. 21 nonies comma 1 della legge n. 241/1990;
- eccesso di potere per difetto di motivazione, contraddittorietà ed illogicità manifesta;
- eccesso di potere per contraddittorietà e disparità di trattamento;

- mancata considerazione dell'interesse del destinatario del provvedimento annullato, violazione di legge per difetto del presupposto di cui all'art. 21 nonies comma 1 della legge n. 241/1990;
- eccesso di potere per ingiustizia manifesta e sviamento.

Il Comune di Rapino si costituiva per opporsi al ricorso chiedendone il rigetto, esponendo che il provvedimento era stato preceduto da una lunga istruttoria per l'acquisizione di pareri presso il Dipartimento della Funzione Pubblica e di una relazione del Revisore dei Conti, e che le ripetute domande di congedo straordinario presentate dal ricorrente a far data del 10.04.2017 e con brevissime interruzioni fino al 31.01.2019 avevano intralciato il corretto funzionamento di un servizio essenziale come quello di Polizia Municipale cui il -OMISSIS- è l'unico addetto.

Alla pubblica udienza di discussione del 31.05.2019 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Al fine di una più chiara comprensione della vicenda il Collegio ritiene di dover svolgere alcune precisazioni in fatto.

L'odierno ricorrente -OMISSIS-con atto prot. n. 5984 del 24.12.2019, quale dipendente in servizio presso il Comune di Rapino nel profilo professionale di "esecutore di servizi idrici" cat. B, risultava vincitore, come da delibera G.C. n. 13 del 6.03.2010, del concorso interno per titoli e prova scritta costituita da domande e risposte multiple per la copertura di 1 posto di "Istruttore di Vigilanza" categoria C indetto, con delibera di Giunta Comunale n. 89 del 28.11.2009, ai sensi degli artt. 92 e seguenti del regolamento comunale, e successivamente, in data 11.0.2010 stipulava con l'ente il contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 7 del ccnl del 31.03.1999.

Ai sensi dell'art. 89 del citato regolamento comunale, per i posti di Vigile Urbano e Istruttore Direttivo Ragioniere, non versando il Comune in una situazione strutturalmente deficitaria ex art. 45 del d.lgs. n. 504/1992 e art. 91 comma 3 del d.lgs. n. 267/2000, si stabiliva di procedere alla loro copertura

mediante concorso interno all'Ente in quanto caratterizzati da una professionalità acquisita o acquisibile esclusivamente all'interno dell'ente.

Per la procedura in esame il ricorrente è stato sottoposto, in concorso con l'allora Sindaco e gli assessori del Comune di Rapino, a -OMISSIS- allo scopo di conseguire attraverso il concorso -OMISSIS- che limitava i concorsi interni ai soli casi di professionalità acquisita all'interno dell'ente.

Con sentenza n. 51 del 27.02.2013, il Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Chieti dichiarava non luogo a procedere perché il fatto non costituisce reato, poiché, come da motivazione allegata in atti, difettava la prova del requisito dell'intenzionalità del dolo richiesto dalla norma incriminatrice, dal momento che in giudizio era stato comprovato che -OMISSIS- era stato considerato soddisfatto dall'aver maturato cinque anni di servizio nella medesima area di attività, come per il -OMISSIS-.

Il procedimento culminato nella determinazione di annullamento n. 125 del 18.06.2018 impugnata, costituisce la riedizione di un precedente atto di autotutela adottato con deliberazione di Giunta Comunale n. 22 dell'11.03.2017 che, su ricorso proposto dal -OMISSIS- medesimo, è stata annullata per vizio di incompetenza con sentenza di questo T.a.r. n.137 del 23.03.2018.

Con il provvedimento impugnato - previa comunicazione di avvio al procedimento all'interessato che nel termine non ha inteso produrre osservazioni - il Responsabile dell'Area Finanziaria e Amministrativa del Comune di Rapino disponeva, ai sensi dell'art. 21 octies comma 1 e 21 nonies comma 1 della legge n. 241/1990 l'annullamento in autotutela del concorso indetto con la delibera G.C. n. 89 del 28.11.2009 e di tutti gli atti successivi connessi alla procedura concorsuale.

Quali ragioni a sostegno del provvedimento gravato l'amministrazione ha ritenuto prioritario l'interesse pubblico alla copertura del posto di istruttore di Vigilanza tramite concorso aperto all'esterno, e non con l'espletato concorso interno, in ossequio all'art. 35 comma 1 lettera a) del d.lgs. n. 165/2001, ossia

attraverso una procedura selettiva volta a garantire l'accertamento della professionalità richiesta e l'accesso dall'esterno, e, quanto alla posizione giuridica del ricorrente destinatario dell'atto, ha affermato che l'interesse del vincitore del concorso è da considerarsi recessivo rispetto al prevalente interesse pubblico teso alla buona organizzazione nonché alla gestione efficiente ed economicamente efficace del procedimento amministrativo secondo il dettato di cui all'art. 97 della Costituzione.

3. Ciò chiarito in punto di fatto, è possibile procedere all'esame di merito del ricorso, a partire dal motivo con cui il ricorrente contesta la sussistenza dei presupposti in diritto per giustificare l'esercizio del potere di autotutela.

Il ricorrente lamenta, infatti, che l'Amministrazione avrebbe violato il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 nonies della legge n.241/1990, e comunque sarebbe mancato il rispetto di un termine ragionevole in ragione del suo legittimo affidamento e consolidamento della posizione acquisita, avendo ommesso l'amministrazione di adempiere allo specifico onere motivazionale sulla stessa incombente, circa le ragioni della prevalenza e attualità dell'interesse pubblico, all'esito del bilanciamento tra tali contrapposti interessi.

Il motivo è infondato.

Invero, con la delibera gravata l'amministrazione ha ben esplicitato le ragioni di illegittimità della procedura di reclutamento per violazione delle norme imperative ivi richiamate, sicché emerge la prevalenza accordata all'interesse pubblico, sotteso alla predetta disciplina normativa, a che il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni avvenga secondo la regola del pubblico concorso aperto agli esterni, salva la riserva di posti prevista dalla legge in favore degli interni, in ossequio ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa garantiti dall'art. 97 della Costituzione.

Nel caso in esame, peraltro, l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione, in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati può dirsi certamente attenuato e adeguatamente soddisfatto

attraverso il rinvio alle disposizioni imperative in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio dello ius poenitendi.

A tanto va anche soggiunto che nessun affidamento sulla stabilità del posto di lavoro acquisito o sull'avanzamento in carriera può vantare colui che risulti vincitore di una selezione pubblica in deroga al principio costituzionale del pubblico concorso (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 4 marzo 2015, n. 1078).

In ogni caso nella comparazione del contrapposto interesse e nella salvaguardia dell'affidamento ingenerato l'amministrazione si è fatta carico di far salva la posizione economica del ricorrente precisando che dalla espletata autotutela non venivano messi in discussione la conservazione del trattamento economico percepito in relazione alle attività e funzioni fino ad allora espletate.

Né la dedotta violazione dell'art. 21 nonies della L. n. 241/1990 merita condivisione in relazione alle ulteriori censure prospettate.

Non rileva difatti la circostanza che il provvedimento sia stato adottato oltre il termine di diciotto mesi come introdotto a partire dall'entrata in vigore della legge n. 124/2015 di modifica dell'art. 21 nonies poiché la disposizione in parola si riferisce a provvedimenti di natura diversa, ossia a quelli autorizzativi o attributivi di vantaggi economici.

La progressione in carriera tramite concorso non può certo ascriversi alla categoria dei provvedimenti con cui l'amministrazione rimuove un limite per l'esercizio di un'attività privata, quali sono quelli autorizzativi. Del pari non si verte in ambito di provvedimenti attributivi di vantaggi economici poiché il miglior trattamento retributivo che consegue alla progressione in carriera non è la conseguenza diretta del provvedimento di nomina e non è comunque un beneficio riconosciuto dall'amministrazione ma un corrispettivo rispetto ad una prestazione maggiormente qualificata resa dal dipendente.

Sussistono, nel caso di specie, i presupposti alla cui presenza la legge subordina il potere di autotutela dell'amministrazione "sub specie" di

annullamento degli atti amministrativi, in ragione della rilevanza degli interessi di tutela in concreto perseguiti e richiamati nel provvedimento impugnato.

Per giurisprudenza pacifica è “in re ipsa” l’interesse pubblico, connotato da specificità, concretezza ed attualità, all’annullamento d’ufficio di un’illegittima assunzione o progressione di un dipendente pubblico e non è richiesta una particolare motivazione, dal momento che l’atto oggetto di autotutela produce un danno permanente per l’amministrazione, consistente nell’esborso di denaro pubblico senza titolo con ingiustificato vantaggio per il dipendente; né in tal caso rileva il tempo trascorso dall’emanazione del provvedimento illegittimo, considerato che l’interesse pubblico predetto prevale sulle posizioni – per quanto consolidate – del dipendente (cfr. Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2010 n. 8215 e 16 marzo 2009 n. 1550; sez. V, 17 settembre 2010 n. 6980, 22 marzo 2010 n. 1672 e 31 dicembre 2008 n. 6735).

Del resto a più riprese la Corte Costituzionale ha sancito il “principio in base al quale la progressione nei pubblici uffici deve avvenire sempre per concorso (sent 109/2011, che richiama le sentt. 7/2011 e 478/1995) che costituisce la modalità “ordinaria” di provvista del personale delle amministrazioni pubbliche, nel rispetto degli artt. 3,51 e 97 Cost, con la precisazione che esso vale sia per le prime assunzioni sia in relazione all’attribuzione di un inquadramento di livello superiore di personale già in servizio presso la pubblica amministrazione. Il principio del pubblico concorso può andare incontro a eccezioni, ma solo per peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico che consentono al legislatore di derogare al principio costituzionale del concorso pubblico” (sent. 195/2010).

Risulta quindi meritevole di positiva valutazione l’interesse fatto proprio dalla delibera impugnata di ristabilire l’ordine violato onde pervenire alla copertura del posto attraverso procedure selettive volte a garantire l’accertamento della professionalità richiesta per il corrispondente profilo e l’accesso anche da personale esterno.

Sulla base delle sovraesposte considerazioni, il ricorso va respinto.

In considerazione della complessità della vicenda fattuale sussistono, comunque, valide ragioni per compensate tra le parti le spese di giudizio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare parte ricorrente.

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Ballorani, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Renata Emma Ianigro**

**IL PRESIDENTE**  
**Umberto Realfonzo**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.