

Pubblicato il 03/10/2019

N. 04720/2019 REG.PROV.COLL.

N. 04647/2018 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 4647 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Annamaria Altieri, Luca Mortaruolo, Roberta Izzo, Luigi De Nigris e Antonio Belmonte, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Sarracino e Maurizio Zeoli, PEC studiolegaledanielasarracino@pec.it;

contro

Comune di Benevento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Catalano, con domicilio eletto in Napoli, presso lo studio dell'avvocato Salvatore Maria Antonelli, via Agostino Depretis n. 102, pec_catalano.vincenzo@pec.comunebn.it; nei confronti

Francesca Fabio, Dostuni Barbara, Barlotti Antonio, Barbato Roberto, Pace Parrella Carmelina, non costituiti in giudizio;

I) quanto al ricorso introduttivo:

A) per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dell'avviso pubblico n. prot. 86441 del 04.10.2018 con cui il Comune di Benevento ha indetto una procedura di mobilità volontaria per la copertura di n. 2 posti vacanti a tempo pieno e indeterminato di "Istruttore di Vigilanza", Cat. C, CCNL Enti Locali, nonché della determina R.G. del 04.10.2018 del Settore Servizi al Cittadino Risorse Umane con la quale è stato approvato il bando di mobilità, nonché di ogni altro atto agli stessi connesso preordinato e/o conseguente, ivi inclusa la determinazione dirigenziale n. 50 del

25.09.2018, pubblicata nel registro generale al numero 1420 dell'1.10.2018, di presa d'atto della sentenza del T.A.R. Campania n. 5469/2018;

B) e per la declaratoria dell'obbligo del Comune di Benevento di procedere all'assunzione dei ricorrenti;

II) per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati in data 11.2.2019:

C) per l'annullamento della graduatoria finale di merito della suindicata procedura adottata con determinazione n. 81 del 26.11.2018, Registro Generale 1786 del 26.11.2018, depositata in giudizio in data 16.12.2018, con cui è stato approvato il verbale unico della commissione esaminatrice del 13.11.2018, e di tutti gli atti presupposti e propedeutici, tra i quali il verbale del 13.11.2018 e la determina n.1661 del 08.11.2018 di nomina della stessa commissione;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2019 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I cinque ricorrenti individuati in epigrafe hanno esposto di essere collocati come idonei (rispettivamente al posto n. 2, 3, 8, 9 e 13) nella graduatoria, pubblicata in data 25 settembre 2018, del concorso per titoli ed esami per la copertura di 2 posti di categoria C1, a tempo indeterminato, posizione economica C1, profilo professionale di Istruttore di Vigilanza, indetto dal Comune di Benevento con bando del 12 aprile 2011. Gli stessi hanno precisato che la suddetta graduatoria è stata approvata dall'Ente (sei anni dopo lo svolgimento delle prove) solo a seguito della sentenza n. 5469 del 12 settembre 2018 con cui questo T.A.R. Campania ha accolto in parte il loro precedente ricorso (R.G. n. 1387/2018) avverso il silenzio dell'Amministrazione.

Tanto premesso, avendo interesse all'utilizzo della suddetta graduatoria, con l'atto introduttivo, notificato in data 19 novembre 2018, hanno gravato l'avviso pubblico del 4 ottobre 2018 con cui il Comune di Benevento ha indetto una procedura di mobilità volontaria per la copertura di 2 posti vacanti di "Istruttore di Vigilanza" nonché gli altri atti presupposti specificati in epigrafe.

A sostegno della domanda di annullamento hanno dedotto cinque motivi di diritto così formulati:

1) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione, dell'art. 91, IV comma, D. Lgs. n. 267/2000, dell'art. 35, comma V ter, e dell'art. 30, commi 1 e 2 bis, D. Lgs. n. 165/2001 – eccesso di potere per illogicità manifesta;

- 2) violazione dell'art. 9, comma II, del bando di concorso del 2011;
- 3) eccesso di potere per carenza di motivazione – violazione degli artt.1 e 3 Legge n. 241/1990;
- 4) prevalenza della graduatoria di concorso – violazione dell'art. 97 Costituzione, degli artt. 6 e 35 D. Lgs. n. 165/2001, degli artt.93 e ss. Regolamento Uffici e Servizi e dell'art.9, II comma, bando di concorso;
- 5) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 81 e 97 Costituzione, dell'art.1 Legge n. 241/1990 – violazione dei principi di economicità ed efficienza – illogicità manifesta.

Nel costituirsi in resistenza, il Comune di Benevento ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per le seguenti ragioni:

difetto di giurisdizione del g.a., sia perché verrebbe in rilievo una procedura di mobilità non avente carattere concorsuale sia perché la pretesa fatta valere in giudizio si sostanzierebbe nell'accertamento dell'obbligo di assunzione, cui sarebbe correlata una posizione di diritto soggettivo;

irritualità del ricorso collettivo per la tutela di situazioni soggettive diverse e tra loro non conciliabili, considerato che solo la Altieri, seconda classificata, potrebbe aspirare all'assunzione;

difetto d'interesse per la mancata impugnazione della determina n. 31 dell'1.3.2018, recante il piano triennale 2018-2020 del fabbisogno del personale, ove si prevede il ricorso alla mobilità volontaria.

Nel merito l'Amministrazione comunale ha difeso la legittimità del proprio operato, concludendo per la reiezione delle censure dedotte in quanto infondate.

In esito alla camera di consiglio del 20 ottobre 2018 è stata accolta la domanda cautelare mercé la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati.

Con motivi aggiunti presentati in data 11 febbraio 2019 gli instanti hanno esteso la domanda giudiziale, per invalidità derivata, alla graduatoria finale di merito della suindicata procedura di mobilità ed agli atti alla stessa presupposti.

Le parti ha successivamente depositato documenti e memorie difensive, con le quali hanno insistito nelle rispettive richieste ed eccezioni.

All'udienza pubblica del 24 settembre 2019 l'avvocato Daniela Sarracino ha dichiarato che i propri assistiti Altieri Annamaria e Mortaruolo Luca non hanno più interesse alla definizione del giudizio nel merito, salvo la condanna alle spese, alla quale si è opposto il difensore di controparte.

Quindi la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata dal Comune di Benevento.

L'eccezione è solo in parte fondata.

Al riguardo il Collegio reputa che la domanda impugnatoria resti devoluta alla propria cognizione alla stregua del generale criterio di riparto basato sulla natura della posizione giuridica soggettiva e dei condivisibili criteri applicativi elaborati in giurisprudenza con riferimento alla specifica materia, secondo i quali, in relazione alla scelta con la quale l'Amministrazione decida di coprire i posti vacanti e disponibili mediante forme di reclutamento alternative allo scorrimento di una graduatoria di concorso ancora efficace – quale l'indizione di una nuova procedura concorsuale o l'attivazione di una procedura di mobilità, come nella fattispecie all'esame – si configurano posizioni di interesse legittimo in capo ai soggetti inseriti in graduatoria che la contestino con conseguente sussistenza della giurisdizione amministrativa (cfr., per tutte, T.A.R. Campania, sezione V, 12 novembre 2014, n. 5814; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 12 dicembre 2016, n. 1111; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 giugno 2019, n. 515; Consiglio di Stato, sez. III, 1 dicembre 2017, n. 5637; id. 14 luglio 2015, n. 3512; sez. II, 1 giugno 2015, n. 3200; sez. V, 14 aprile 2015, n. 1921; Cassazione civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2013, n. 10404; id. 20 dicembre 2016 n. 26272; 22 ottobre 2018, n. 26596).

Va pertanto ribadito che se, di regola, in materia di concorsi pubblici, la cognizione della domanda avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato appartiene alla giurisdizione del g.o., facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione, tuttavia, ove il riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale, come nel caso di specie, alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso o di una nuova selezione, la contestazione che investe l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo, è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo.

Alla luce dei suindicati criteri di riparto resta invece al di fuori della sfera di giurisdizione del giudice amministrativo l'ulteriore domanda, contestualmente proposta ed indicata in epigrafe sub lettera B), diretta ad ottenere la declaratoria dell'obbligo del Comune di Benevento di procedere all'assunzione dei ricorrenti, rientrando l'accertamento del preteso diritto alla stipula del contratto pacificamente nella giurisdizione del giudice ordinario (cfr. ex multis Cassazione civile, sez. un., 28 maggio 2012, n. 8410; cfr. anche T.A.R. Campania, 12 settembre 2018, n. 5469, con cui questa Sezione ha precisato in modo analogo i confini della propria giurisdizione nel giudizio R.G. n. 1387/2018, in precedenza proposto dai medesimi soggetti, di cui si è fatto già sopra cenno).

2. Il secondo profilo d'inammissibilità eccepito dall'Amministrazione resistente poggia sul rilievo secondo cui il ricorso, proposto nella forma collettiva dai cinque soggetti individuati in epigrafe,

sarebbe diretto alla tutela di situazioni soggettive diverse e tra loro non conciliabili, considerato che solo la Altieri, seconda classificata, potrebbe aspirare all'assunzione.

L'assunto non è condivisibile e va pertanto disatteso.

Deve anzitutto osservarsi che ogni dubbio sul punto risulta superato dalla sopravvenuta carenza d'interesse dichiarato dalla suindicata ricorrente, di cui si dirà oltre.

In disparte la considerazione che precede, reputa il Collegio che, anche in origine, le posizioni dei suddetti soggetti erano omogenee fra di loro con riferimento sia al petitum azionato che alle doglianze oggetto di deduzione e che non era ravvisabile alcun conflitto di interessi fra i ricorrenti (cfr., sul principio generale, per tutte, Consiglio di Stato, sez. III, 16.8.2019, n. 5728; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 29.4.2019, n. 2283). Nel caso di specie la sussistenza di una situazione di identità sostanziale e processuale degli instanti discende dal fatto di essere tutti collocati come idonei (rispettivamente al posto n. 2, 3, 8, 9 e 13) nella medesima graduatoria, pubblicata in data 25 settembre 2018, e di essere tutti interessati all'utilizzazione della stessa con precedenza rispetto alla modalità assunzionale invece prescelta dall'Amministrazione, non emergendo alcun conflitto di interesse dalla diversa posizione essendo tutti avvantaggiati da un eventuale scorrimento anche parziale della graduatoria (dal quale può scaturire o il soddisfacimento pieno dell'aspirazione a conseguire il bene della vita o anche solo l'effetto, comunque favorevole, dell'avanzamento in graduatoria).

3. Non merita accoglimento neppure il successivo profilo d'inammissibilità per difetto d'interesse, che discenderebbe dalla mancata impugnazione della determina n. 31 dell'1 marzo 2018, recante il piano triennale 2018-2020 del fabbisogno del personale, ove già si prevedeva il ricorso alla mobilità volontaria.

Osserva il Collegio che il suddetto rilievo non può precludere l'impugnazione dell'atto con cui è stata indetta l'avversata procedura di mobilità, trattandosi del provvedimento con cui, con la pubblicazione dell'avviso, la lesione all'interesse degli instanti si è concretizzata ed attualizzata, legittimandoli così ad agire in giudizio.

Va peraltro aggiunto che la posizione dei ricorrenti ha assunto una diversa consistenza in esito al giudizio di cui si è detto sopra. Invero, al momento dell'adozione del piano triennale 2018-2020 del fabbisogno del personale (determina n. 31 dell'1 marzo 2018) e della proposizione del ricorso R.G. n. 1387/2018, gli instanti avevano la veste di meri partecipanti alla procedura concorsuale, atteso che la graduatoria definitiva è stata approvata e pubblicata solo in data 25 settembre 2018, conformemente alla già menzionata sentenza di questo T.A.R. n. 5469 del 12 settembre 2018, con cui è stata dichiarata l'illegittimità del comportamento inerte tenuto dall'Amministrazione sull'istanza del 4 aprile 2017.

Va pertanto confermata l'attualità dell'interesse dei ricorrenti ad agire avverso la scelta del Comune, successiva alla ripetuta pronuncia giurisdizionale, di indire la contestata procedura assunzionale in quanto lesiva dell'interesse degli stessi all'utilizzazione della graduatoria nella quale sono inseriti come idonei.

4. Sempre in rito, alla stregua di quanto comunicato all'udienza pubblica del 24 settembre 2019 dall'avvocato Daniela Sarracino, come da verbale, va dichiarata l'improcedibilità del ricorso, per sopravvenuto difetto d'interesse, con riferimento ai ricorrenti Altieri Annamaria e Mortaruolo Luca.

5. Nel merito la domanda, come sopra delimitata, è fondata e va, pertanto, accolta.

Col primo motivo si lamenta che la predetta Amministrazione, pur avendo preso atto della già citata sentenza n. 3469/2018 con determinazione dirigenziale n. 50 del 25 settembre 2018, anziché procedere all'utilizzo della graduatoria del concorso, ha indetto una nuova procedura di mobilità, ex art. 30 del D. Lgs n. 267/2001, non tenendo conto che quest'ultima era già stata espletata in precedenza.

Come già rilevato in sede cautelare sulla base di un sommario esame, la censura, diretta a contestare la suindicata prioritaria scelta di provvista del personale, è suscettibile di favorevole apprezzamento per le seguenti ragioni.

La giurisprudenza ha condivisibilmente precisato che, in applicazione della disciplina fissata dagli artt. 30 e ss. del D. Lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal D.L. 103/2013, se è vero che la procedura di mobilità ha la precedenza sullo scorrimento della graduatoria concorsuale, atteso che con essa il personale non viene assunto ma solamente trasferito con il consenso della Pubblica Amministrazione di appartenenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 5231), tuttavia, una volta esperita la suddetta procedura di mobilità – come avvenuto nel caso di specie – l'amministrazione non può obliterare l'uso dello scorrimento, tenendo nel debito rilievo il favor ordinamentale che assiste l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 2016, n. 3677 e 6 novembre 2015, n. 5078).

Nel caso di specie è dirimente osservare innanzitutto che il concorso cui hanno preso parte i ricorrenti, indetto il 12 aprile 2011, fu già preceduto da un avviso pubblico di mobilità volontaria (pubblicato il 7 settembre 2010) per la medesima qualifica professionale, cui è seguita l'assunzione di tre dipendenti.

Inoltre, va soggiunto che nelle more dell'approvazione della graduatoria del concorso cui hanno partecipato i ricorrenti, l'ente ha indetto altra procedura di mobilità per cinque posti di istruttore di vigilanza (con bando del 13 novembre 2017), cui è seguita l'assunzione di ulteriori tre soggetti.

Invero, l'interpretazione seguita dall'Amministrazione si risolverebbe in una duplicazione di applicazione dell'istituto della mobilità, atteso che l'obbligo di legge, ovvero la preferenza per la

mobilità già soddisfatto prima della decisione dell'amministrazione di bandire il concorso, dovrebbe applicarsi anche successivamente, in luogo dell'utilizzo della graduatoria, il che non appare conforme alla evocata normativa circa l'obbligo della mobilità esterna (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 31 luglio 2012, n. 4329).

In definitiva, nella fattispecie all'esame non è configurabile in capo all'ente locale l'obbligo di svolgere una nuova procedura di mobilità, ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 267/2001, in quanto, come si è già chiarito, il concorso è già stato espletato ed è stata anche approvata la graduatoria finale, cui non ha fatto tuttavia seguito l'adozione degli atti consequenziali.

6. In conclusione, entro i limiti sopra tracciati, il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, merita accoglimento, restando assorbiti gli ulteriori motivi non esaminati.

Per l'effetto vanno annullati l'avviso pubblico del 4.10.2018 con cui il Comune di Benevento ha indetto la contestata procedura di mobilità volontaria e la determinazione n. 81 del 26.11.2018 con cui ha approvato la graduatoria finale.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, con attribuzione in favore dei procuratori della parte ricorrente, che si sono dichiarati antistatari.

Il contributo unificato resta definitivamente a carico della parte soccombente, con analoga attribuzione in favore dei difensori che ne hanno fatto anticipo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, in parte lo dichiara inammissibile, in parte improcedibile e nella restante parte lo accoglie nei sensi di cui in motivazione; per l'effetto annulla l'avviso pubblico del 4.10.2018 con cui il Comune di Benevento ha indetto la contestata procedura di mobilità volontaria e la determinazione n. 81 del 26.11.2018 con cui ha approvato la graduatoria finale.

Condanna il Comune di Benevento al pagamento delle spese di lite, che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila), oltre accessori, come per legge, con attribuzione in favore dei procuratori della parte ricorrente, che si sono dichiarati antistatari.

Il contributo unificato resta definitivamente a carico della stessa parte soccombente, con analoga attribuzione in favore dei difensori che ne hanno fatto anticipo.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 24 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere

L'ESTENSORE

Pierluigi Russo

IL PRESIDENTE

Santino Scudeller

IL SEGRETARIO