

Pubblicato il 02/07/2020

N. 02818/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00616/2017 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 616 del 2017, proposto da Oscar Rumolo, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Azzariti Fumaroli, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Napoli, alla via Egiziaca a Pizzofalcone n. 87, pec: giuseppeazzaritifumaroli@avvocatinapoli.legalmail.it;

contro

Comune di Ischia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Santoni, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Napoli, Piazza della Repubblica n. 2, pec: francesco.santoni@legpec.it;

per l'annullamento:

- a) dell'avviso di concorso pubblico per titoli ed esami per l'assunzione a tempo indeterminato part-time (50% del tempo pieno, 18 ore settimanali) di n. 1 funzionario direttivo economico finanziario, categoria giuridica D3;
- b) della determina n. 1796 del 28.10.2016 di indizione del suddetto concorso, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 25.11.2016;
- c) delle deliberazioni di Giunta del Comune di Ischia n. 13 del 12.02.2016 e n. 22 del 24.02.2016 di approvazione dell'assetto organizzativo e del programma triennale del fabbisogno del personale per gli anni 2016/2018;
- d) della deliberazione di Giunta Comunale n. 21 del 24.02.2016;

e) di ogni atto presupposto, connesso e/o conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente, ivi compresi la deliberazione di G.M. n. 108 del 20.12.2012 e la determinazione n. 1145 del 01.08.2013;

e per ottenere la condanna del Comune di Ischia a risarcire il danno ingiusto asseritamente subito dal ricorrente per effetto dell'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa in contestazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 26 maggio 2020 il dott. Pierluigi Russo e riservata la causa in decisione sulla base degli atti, ai sensi dell'art. 84, comma 5, D.L. 18/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con l'atto introduttivo del giudizio, notificato il 24 gennaio 2017 e depositato il successivo 17 febbraio, il ricorrente ha esposto quanto segue:

di essere dipendente di ruolo presso il Comune di Lacco Ameno, con contratto a tempo indeterminato - Cat. D, posizione economica D2, a far data dal 17 giugno 2002, quale responsabile del Settore economico finanziario;

con nota del 12.11.2015, egli avanzava istanza di trasferimento al Comune di Ischia mediante mobilità volontaria nel profilo professionale di Responsabile del Servizio finanziario, categoria D3, posizione economica D2, per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, ai sensi degli artt. 30 e 34 bis del D. Lgs. 165/2001;

tal istanza veniva archiviata dall'ente con nota prot. 30125 del 17.11.2015 sul presupposto per cui “nell'attualità, non sono aperte presso il Comune di Ischia bandi per procedure di mobilità volontaria”;

con avviso di concorso pubblico, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 93 del 25.11.2016, lo stesso Comune di Ischia avviava una selezione per titoli ed esami per l'assunzione a tempo indeterminato, part-time, di un funzionario direttivo economico finanziario cat. D3.

Tanto premesso – lamentando che, contrariamente a quanto indicato nella premessa del suddetto avviso pubblico, l'indizione del concorso non sarebbe stata in realtà preceduta da un'idonea procedura di mobilità, ex artt. 30, comma 2 bis, e 34 bis del D. Lgs 165/2001, alla quale avrebbe interesse a partecipare (avendo peraltro acquisito il nulla osta preventivo per il trasferimento dal Sindaco del Comune di Lacco Ameno con atto prot. 374 del 12.01.2017) – col ricorso in trattazione l'interessato ha impugnato tutti i provvedimenti individuati in epigrafe, ponendo a base dell'azione tre motivi di diritto così formulati in rubrica:

- 1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 30 COMMA 2 BIS E 34 BIS D.LGS N. 165/2001 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 1, 2 E 3 LEGGE N. 241/90 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 97 COST. – ECCESSO DI POTERE – SVIAMENTO;
- 2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 6 COMMA 1 E 4 BIS, 30 COMMA 2 BIS E 34 BIS D.LGS N. 165/2001 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 39 LEGGE 449/97 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 91 D.LGS 267/2000 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 1, 2 E 3 LEGGE N. 241/90 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 97 COST. – ECCESSO DI POTERE – SVIAMENTO;
- 3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 30 COMMA 2 BIS E 34 BIS D.LGS N. 165/2001 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 1, 2 E 3 LEGGE N. 241/90 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 97 COST. – ECCESSO DI POTERE – SVIAMENTO – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA.

Oltre alla domanda impugnatoria, il ricorrente ha contestualmente formulato richiesta di condanna del Comune di Ischia a risarcire il danno ingiusto asseritamente subito per effetto dell'attività amministrativa in contestazione.

Con ordinanza presidenziale del 3 marzo 2017, questa Sezione ha ordinato all'Amministrazione comunale il deposito dei seguenti atti: programmazioni triennali del fabbisogno per gli anni 2013/2015 e 2016/2018, nota prot. n. 14711 dell'11.06.2013 trasmessa a mezzo pec alla Regione Campania, nota regionale di riscontro prot. n. 0462888 del 28.06.2013, determinazione prot.n.1145 del 1.08.2013, deliberazioni della G.M. di Ischia n.77 del 29.07.2014, nn. 13 e 22 del 2016, n..21 del 24.02.2016 e determinazione n.1796 del 28.10.2016.

Il Comune di Ischia, nel costituirsi in resistenza, oltre ad adempiere all'incombente istruttorio, ha prodotto memoria difensiva con cui ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e di interesse ad agire. Nel merito l'Amministrazione comunale ha replicato alle censure attoree, chiedendone il rigetto, siccome infondate, atteso che la procedura di mobilità sarebbe stata regolarmente svolta nel 2013 ed alla stessa, peraltro, non avrebbe chiesto di prendervi parte l'odierno ricorrente.

Con memoria depositata il 23 aprile 2020, l'istante ha replicato alle argomentazioni avversarie, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza del 26 maggio 2020 la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

I. In via preliminare va scrutinata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, per carenza di legittimazione e di interesse ad agire, sollevata dal Comune di Ischia, sul rilievo secondo cui l'istante, inquadrato nel profilo professionale di “Istruttore direttivo”, categoria giuridica D1, posizione economica D2, non potrebbe partecipare ad un'eventuale procedura di mobilità volontaria, da indire ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 165 del 2001, per il diverso profilo professionale di funzionario economico finanziario D3.

L’eccezione non è condivisibile.

I.1. Osserva il Collegio che il principio di diritto, desumibile dalla evocata normativa, secondo cui nel passaggio deve essere garantita l’equivalenza fra inquadramento goduto dal lavoratore nell’ente di provenienza e quello allo stesso spettante presso l’amministrazione di destinazione (cfr. Cassazione, Sez. Un., n. 26420 del 2006; n. 503 del 2011; Cass. n. 10933 del 2011; n. 17117 del 2013; n. 18416 del 2014; n. 3064 del 2016), non trova applicazione univoca con riferimento alla concreta fattispecie. E’ noto infatti che, per il personale del comparto Autonomie locali, il CCNL del 31.3.1999 prevede all’interno della categoria D due distinti gruppi di profili professionali: un primo (profili della ex VII q.f.), avente il trattamento tabellare iniziale nella posizione economica D1, ed un secondo (comprendente i profili che nel vecchio sistema di classificazione potevano essere ascritti all’ex VIII q.f.), avente il trattamento tabellare iniziale nella posizione economica D3 (in deroga alla regola generale contenuta nell’art. 13, secondo cui il trattamento tabellare iniziale corrisponde alla posizione economica di partenza della categoria).

Su tale distinzione si basa l’orientamento interpretativo restrittivo fatto proprio dall’Amministrazione resistente, secondo cui non sarebbe possibile ipotizzare che un dipendente in possesso di un profilo professionale con tabellare iniziale in D1 (giuridico) possa essere trasferito ad altro ente locale con l’attribuzione di un profilo professionale avendo tabellare iniziale in D3, pur trattandosi di profili ascritti alla stessa categoria D. A sostegno di tale opzione ermeneutica si richiama anche l’art. 4, comma 1, ultimo periodo, del CCNL del 31.3.1999, a mente del quale, per la copertura di posti vacanti dei profili della categoria D, aventi trattamento tabellare iniziale in D3, è richiesta una progressione verticale.

Secondo altro orientamento, evocato dal ricorrente (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, sentenza n. 2116 del 10 maggio 2004), dal sistema delineato dal CCNL del 31.3.1999 (e dalle tabelle allegate) emergerebbe “*che nessuna autonomia giuridica compete alle posizioni interne alle categorie, che si differenziano soltanto ai fini economici. Infatti:*

- 1. la categoria è individuata unitariamente sulla base dei profili professionali corrispondenti alle attività lavorative assegnate al personale ivi inquadrato*
- 2. la categoria si ripartisce al suo interno per posizioni economiche*
- 3. le diverse mansioni di ciascuna categoria sono considerate equivalenti ai sensi dell’art. 56 D. lgs. 29/93*
- 4. la progressione verticale concerne il passaggio da una categoria all’altra*
- 5. all’interno di ciascuna categoria è ontologicamente concepibile solo una progressione economica”.*

Con riguardo alla particolarità della categoria D ed alla specifica rilevanza attribuita alla posizione D3, già sopra evidenziata, nella sentenza appena citata si è precisato che “[...] *tali peculiarità non elidono la valenza esclusivamente economica della posizione D3 [...] poiché l’identificazione dei profili professionali che danno immediato accesso alla posizione D3 (quelli, appunto, corrispondenti all’8^ qualifica funzionale), lungi dall’introdurre una discriminante di categoria (come se la D3 fosse una subcategoria) è fatta al palese scopo di assicurare la continuità del trattamento economico in sede di reinquadramento. D’altronde*

*in nessuna delle disposizioni e delle tabelle citate la posizione D3 riceve altro attributo che quello di "economica". Ivi si è osservato, inoltre, "che l'esistenza di una progressione verticale all'interno della categoria non è elemento sufficiente a configurare una frattura tra le diverse posizioni al suo interno. E' ben vero che, prevedendo la selezione come modello di passaggio da un profilo professionale ad un altro si introduce un profilo di differenziazione giuridica tra i medesimi, ma ciò appare diretto esclusivamente, ancora una volta, all'acquisizione della relativa posizione economica. Il dato decisivo è, infatti, che la progressione economica tra i due livelli (D1 e D3) resta possibile secondo l'ordinario meccanismo di cui all'art. 5. [...] Dall'analisi sin qui svolta può affermarsi che, nel sistema della contrattazione collettiva, non sia identificabile una sottocategoria D3, sibbene solo una posizione economica che è in rapporto, nell'ambito dell'unitaria categoria, di species a genus".*

I.2. Venendo alla questione preliminare controversa nel presente giudizio, alla stregua delle considerazioni che precedono, reputa il Collegio che, in mancanza di una preclusione normativa di carattere generale ovvero di una specifica clausola escludente contenuta nel bando (allo stato non adottato), nei termini delineati dalla difesa dell'ente locale, non può sostenersi a priori che il ricorrente non sia astrattamente abilitato a partecipare ad una eventuale, futura procedura di mobilità.

Egli è infatti titolare, in virtù dell'inquadramento posseduto, di una posizione giuridica sicuramente differenziata e qualificata, suscettibile di essere lesa dall'attività amministrativa in discussione.

Né rileva che il ricorrente non abbia proposto domanda di partecipazione al concorso pubblico impugnato giacché egli non intende conseguire l'assunzione a seguito dell'esito vittorioso delle prove ma contestare in radice la legittimità della scelta della modalità assunzionale, facendo valere un interesse di carattere strumentale alla riedizione della stessa, da attuarsi mediante il previo esperimento di una procedura di mobilità.

I.3. Né il Collegio, in questa sede (ove non è impugnato alcun bando di mobilità, atteso che tale procedura non è stata nuovamente indetta dall'ente, al quale spetta dettarne la concreta regolamentazione), può prendere posizione sulla questione di merito sottesa al profilo processuale appena esaminato, ostandovi il disposto dell'articolo 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Il ricorso è dunque pienamente ammissibile.

II. Nel merito la domanda impugnatoria è anche fondata nei sensi di seguito chiariti.

II.1. E' pacifico tra le parti il principio, desumibile dal già citato art. 30 del D. Lgs. n. 165/2001, secondo cui le amministrazioni pubbliche, inclusi gli enti locali, prima di procedere all'indizione di pubblici concorsi finalizzati alla copertura di posti vacanti, devono attivare le procedure di mobilità del personale di altre amministrazioni. E' noto, infatti, che la preferenza del legislatore per queste ultime, rispetto alle selezioni concorsuali (ed anche allo scorrimento delle graduatorie concorsuali già pubblicate), non risulta illogica, dal momento che risponde ad evidenti esigenze di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa (cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 03/08/2018, n. 1196; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 29/03/2019, n. 4191; Consiglio di Stato, Sez. V, 06/11/2015, n. 5078).

E' controverso, invece, nel caso di specie, se il lungo intervallo di tempo tra l'indizione delle due procedure (oltre tre anni), pur nell'ordine di priorità dettato dal legislatore, soddisfi o meno il rispetto della medesima regola.

In punto di fatto deve precisarsi che nell'avviso pubblico e nella determina di indizione del concorso del 28.10.2016, il Comune di Ischia dà atto di aver svolto nel 2013, con esito negativo, una procedura di mobilità per la copertura di un posto di cat. D3 da assegnare all'Area economica e finanziaria (cfr. nota comunale prot. 14711 dell'11.06.2013, nota regionale prot. 17234 dell'11.07.2013, avviso del 05.08.2013).

II.2. Tanto premesso, il Collegio condivide l'assunto di parte ricorrente, sviluppato in particolare nei primi due motivi, dovendo ritenersi che una siffatta sequenza, collocandosi al di fuori della cornice temporale di efficacia dell'iniziale piano triennale di fabbisogno del personale (delibera di G.M. n. 105 del 20.12.2012 per gli anni 2013-2015), non garantisce la necessaria contestualità delle due procedure, implicitamente presupposta dalla normativa di riferimento, in virtù della ratio volta a favorire l'utilizzazione di personale con esperienza acquisita nell'esercizio dei compiti propri del posto da ricoprire, per aver già svolto la specifica funzione per un certo lasso di tempo, con conseguente risparmio anche di spesa conseguente alla migliore allocazione sul territorio dei pubblici dipendenti.

Invero, le scelte assunzionali dell'ente trovano il loro indispensabile presupposto nel piano triennale del fabbisogno di personale, di cui all'art. 6 del D. Lgs. n. 165 del 2001, e devono essere attuate in coerenza con quanto nello stesso stabilito, anche ai fini della relativa copertura finanziaria. In particolare, ai sensi del citato articolo 6, comma 2, nell'ambito del piano, le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane "attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale".

Ne discende che, prima di bandire il concorso pubblico in argomento, a seguito dell'approvazione della nuova programmazione triennale per il periodo 2016-2018 (con le deliberazioni di G.M. n. 22 del 24.2.2016 e n. 100 del 28.10.2016), l'amministrazione avrebbe dovuto verificare nell'attualità l'eventuale interesse al trasferimento di soggetti dipendenti da altri Enti, rinnovando l'avviso di mobilità.

II.3. Va inoltre osservato che la frattura temporale tra i due segmenti dell'attività amministrativa non risulta in alcun modo giustificata dal Comune di Ischia, sicché la stessa appare comunque affetta anche dai concorrenti vizi di difetto di motivazione e di irrazionalità, denunciati col terzo motivo. Invero, non risulta ragionevole desumere la persistente assenza di eventuali aspiranti dopo oltre tre anni, atteso che il decorso di un così ampio arco temporale impone, piuttosto, anche sotto il profilo logico, una verifica in concreto di eventuali esigenze sopravvenute nel personale appartenente ad altre amministrazioni. Ciò vale a maggior ragione nella fattispecie concreta, atteso che, nelle more, il ricorrente aveva avanzato istanza di trasferimento (in data 12.11.2015) al Comune di Ischia, mediante mobilità volontaria nel profilo professionale di Responsabile del Servizio finanziario, per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, e che la stessa era stata riscontrata negativamente dall'ente (con nota del 17.11.2015).

II.4. Il denunciato vizio conduce all'accoglimento dell'azione impugnatoria, con annullamento dei provvedimenti impugnati, specificati alle lettere a) e b) dell'epigrafe, coi quali il Comune di Ischia ha indetto il concorso pubblico per titoli ed esami per l'assunzione a

tempo indeterminato di un funzionario direttivo economico finanziario, nonché degli altri atti gravati nelle sole parti lesive dell'interesse del ricorrente.

III. La restante domanda di condanna al risarcimento del danno non può trovare accoglimento essendo stata introdotta in via del tutto generica e priva di qualsivoglia allegazione probatoria in ordine alla sussistenza del danno e di tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità civile.

IV. In considerazione della peculiarità e novità della controversia nonché della parziale soccombenza reciproca, sussistono eccezionali ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

Il contributo unificato va posto a carico del Comune di Ischia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati coi quali il Comune di Ischia ha indetto il concorso pubblico per titoli ed esami per l'assunzione a tempo indeterminato di un funzionario direttivo economico finanziario, nonché, in parte qua, gli altri atti gravati.

Spese compensate.

Il contributo unificato va posto a carico del Comune di Ischia.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 26 maggio 2020, con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams, ai sensi dell'art. 84, comma 6, D.L. 18/2020, con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario

L'ESTENSORE  
Pierluigi Russo

IL PRESIDENTE  
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

