

N. 00864/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01460/2010 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 il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1460 del 2010, proposto da:
Patrizia Nilla Miorin, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Del Sal,
con domicilio eletto presso Manuela Venco in Portogruaro, Borgo
Sant'Agnese, 93/3;

contro

Comune di San Michele al Tagliamento, rappresentato e difeso dagli
avv. Sandra Bortoluzzi, Antonio Forza, Francesco Mazzoleni, con
domicilio eletto presso Francesco Mazzoleni in Venezia, San Marco,
4600;

nei confronti di

Leonardi Luigi, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione del Comune di S.Michele al Tagliamento n. 81

del 25.5.2010 avente ad oggetto: assunzione mediante scorrimento graduatoria concorsuale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Michele al Tagliamento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Angelo De Zotti e uditi per le parti i difensori Del Sal per la ricorrente e Mazzoleni per il Comune intimato.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe la dott.ssa Nilla Miorin ha impugnato la determina 25/5/10 n. 81 con cui il responsabile (sostituto) del settore amministrativo ha disposto di procedere all'assunzione del dottor Luigi Leonardi quale dirigente amministrativo con contratto a tempo indeterminato, valendosi della procedura speciale di cui all'art. 3 comma 61 legge 350/2003 (legge finanziaria per l'anno 2004).

Ciò in forza della premessa che la ricorrente vanta maggiori titoli, e comunque interesse a ricoprire quel posto.

Il gravame si affida a 7 motivi, così compendiatamente.

1) Nullità del provvedimento impugnato per difetto di concorso in violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 3 del DPR 10/1957, degli artt.

28 e 28 bis del D.Lgs. 165/2001, dell'art. 19 del D.Lgs. 165/2001.

Con tale motivo l'istante contesta che non sarebbe stato espletato il prescritto concorso pubblico (artt. 3 D.P.R. 3/57 nonché 28 bis D.Lgs. 165/01) né pubblicato l'avviso ex art. 19 comma 1 bis D.Lgs. 165/01.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 comma 61 della legge 350/2003 e 9 l. 3/2003; eccesso di potere.

Con tale motivo la ricorrente deduce l'inapplicabilità ai Comuni sia dell'art. 3 comma 61 L. 350/03 che dell'art. 9 della legge 3/03.

3) Violazione e falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 51 e 97 Cost. dell'art. 3 comma 61 della legge 350/2003 e 9 l. 3/2003; dell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001, degli artt. 30 e 42 del TUEL, degli artt. 55, 60 e 61 dello Statuto Comunale; eccesso di potere, sviamento, motivazione illogica e contraddittoria, ingiustizia manifesta.

Con tale motivo viene dedotta la mancanza del "previo accordo" per poter ricorrere all'utilizzo della graduatoria dell'Azienda Ospedaliera di Trieste, nonché la pretesa disomogeneità tra la posizione bandita dall'Azienda Ospedaliera e quella da ricoprire presso il Comune di San Michele al Tagliamento.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990 in relazione agli artt. 3 comma 61 della legge 350/2003 e 9 l. 3/2003; dell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001; eccesso di potere per sviamento.

Con tale motivo l'istante deduce il vizio di carenza di motivazione

poiché il Comune non avrebbe motivato, nell'atto, che l'Azienda Ospedaliera aveva bandito 4 distinti concorsi per dirigente amministrativo e che il controinteressato non è risultato primo degli idonei, ma terzo (e solo in due di essi).

5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 19 e 30 del D.Lgs. 165/2001; eccesso di potere per difetto di motivazione.

Con tale motivo viene contestato l'omesso ricorso all'avviso ex artt. 19 e 30 D.Lgs. 165/01, funzionale alla mobilità tra Amministrazioni.

6) Incompetenza e falsa applicazione degli artt. 50 107 e 109 del T.U.E.L.; eccesso di potere per manifesta illogicità e carenza di motivazione.

Con tale motivo viene dedotta l'incompetenza e la violazione degli artt. 107 e 109 del T.U.E.L., in quanto la nomina sarebbe avvenuta a cura del dirigente Arch. Rinaldi: dda cui anche la violazione dell'art. 50 D.Lgs. 267/00 poiché spetterebbe al Sindaco la nomina dei responsabili degli Uffici.

7) Violazione e falsa applicazione dell'art. 91 u.c. del T.U.E.L.; eccesso di potere.

Con tale censura viene dedotta la violazione dell'art. 91 T.U.E.L. poiché la proroga triennale dell'efficacia delle graduatorie non varrebbe per posti istituiti successivamente all'indizione del concorso medesimo (come nel caso odierno), istituito solo nel 2010.

Si è costituito in giudizio, per resistere il Comune di S. Michele al Tagliamento, il quale, in via preliminare ha eccepito l'irricevibilità e

l'inammissibilità del ricorso; nel merito ha contrastato tutte le opposte censure chiedendo la reiezione del gravame con vittoria di spese.

Alla pubblica udienza del 23 marzo 2011, previa audizione dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dall'amministrazione intimata.

1.1. Con la prima di tali eccezioni si oppone alla ricorrente di non aver impugnato la determina n. 71 del 14 maggio 2010, con cui il dirigente del settore amministrativo ha deliberato, ai fini dell'assunzione di un dirigente amministrativo a tempo indeterminato, di utilizzare la graduatoria concorsuale dell'Azienda Ospedaliera–Universitaria Ospedali Riuniti di Trieste, ma solo la successiva determina n. 81 del 25 maggio 2010, con cui lo stesso dirigente ha proceduto all'assunzione del dott. Luigi Leonardi, odierno controinteressato, mediante l'utilizzo, per scorrimento, della citata graduatoria concorsuale.

Secondo l'amministrazione il ricorso è inammissibile perché la ricorrente ha prestato acquiescenza alla prima determina impugnando solo la seconda, che tuttavia è meramente esecutiva del provvedimento con cui è stata effettuata la scelta del metodo di copertura del posto in questione con il supporto della relativa motivazione.

1.2. L'eccezione è, a giudizio del Collegio, fondata perché, per un verso è incontestabile che la determina n. 71/2010 è quella che contiene la decisione (non impugnata) di assumere uno dei dirigenti amministrativi a tempo indeterminato senza bandire la procedura concorsuale ma attingendo alla graduatoria di altro concorso (nel che è già implicita la lesione che la ricorrente ascrive alla scelta della modalità di copertura del posto in questione) mentre, per altro verso, è parimenti incontestabile che la determina n. 81, assunta dopo dieci giorni dalla prima, altro non è che l'esatta riproduzione di quest'ultima, integrata dalla nomina del controinteressato Luigi Leonardi, quale aggiudicatario del posto per effetto dell'utilizzo della graduatoria in questione.

Ne consegue che l'aver impugnato solo la seconda determina, implica acquiescenza alla prima e conseguente inammissibilità dei motivi di censura riferiti a tale provvedimento.

1.3. Né vale opporre che vertendosi in materia di giurisdizione esclusiva e di giudizio sul rapporto, l'omessa impugnativa di uno dei provvedimenti (nella specie quello effettivamente lesivo) non esclude il potere del giudice di conoscere e di decidere sulla domanda di annullamento e di accertamento proposta con il ricorso.

Ciò in quanto è vero che nella specie si verte in materia di giurisdizione esclusiva ma il giudizio introdotto non contiene una domanda di accertamento di un diritto, e dunque un giudizio sul rapporto, ma di annullamento di un provvedimento illegittimo

attinente alla scelta della procedura di assunzione per la copertura del posto di lavoro cui inerisce la controversia.

Provvedimento a fronte del quale la posizione fatta valere dalla ricorrente è di interesse legittimo, con quanto ne consegue in punto di ammissibilità del ricorso nel caso di omessa (tale è la fattispecie) impugnazione del provvedimento lesivo ovvero di sua erronea individuazione.

2. Tale conclusione rende ultroneo l'esame della seconda eccezione di inammissibilità del ricorso in punto di mancata impugnativa della norma del regolamento sulle modalità di accesso all'ente (art. 3 lett. f), sia pure con la precisazione che quell'eccezione non sarebbe stata, comunque, causa di inammissibilità integrale del ricorso ma parziale e limitata ai motivi che contestano la scelta dell'utilizzo della graduatoria di altra amministrazione.

2.1. Nella specie, infatti, l'amministrazione ha espressamente richiamato, unitamente alle norme statali (art. 3 comma 61 della legge 350/2003 e 9 della legge 3/2003) che prevedono e consentono "l'utilizzo di graduatorie in corso di validità di altre amministrazioni pubbliche previo accordo o nulla osta da ottenersi prima dell'utilizzo della graduatoria e purché la graduatoria riguardi concorsi banditi per la copertura di posti inerenti l'analogha categoria" anche la norma del regolamento comunale che sostanzialmente ne recepisce il principio ed il contenuto, rendendo implicitamente ultronei i motivi di ricorso che contestano l'applicabilità alle amministrazioni locali delle norme

statali sopramenzionate.

2.2. Né è possibile, anche in relazione a tale eccezione, invocare la disapplicazione della norma regolamentare “in quanto atto normativo illegittimo e perché nella specie sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A., ambito nel quale il potere di disapplicazione non incontra limiti” perché per disapplicare una norma regolamentare non impugnata occorre che si verta in un giudizio di accertamento e che si chieda l'applicazione di una norma di rango superiore (di una norma primaria quindi) che per forza e valore sulla prima prevalga.

La disapplicazione della norma regolamentare non impugnata, infatti, in altro non consiste che nella richiesta di applicare alla controversia una norma di rango superiore che prevalendo sulla fonte regolamentare disciplini diversamente e in senso corrispondente al motivo di censura il punto controverso del provvedimento.

2.3. Senonché, come già rilevato in precedenza,, ancorché si verta in materia di giurisdizione esclusiva, la situazione fatta valere in giudizio dalla ricorrente non è di diritto e non inerisce ad un giudizio di accertamento ma di interesse legittimo alla corretta individuazione della procedura di assunzione per cui è causa, e quindi alla corretta applicazione delle norme che tale procedimento disciplinano.

2.4. In ogni caso, anche se fosse possibile invocare la disapplicazione della norma regolamentare in un giudizio di annullamento è evidente che nella specie i presupposti per la disapplicazione della norma regolamentare che prevede la possibilità del ricorso alla chiamata di

soggetto iscritto nella graduatoria di altra amministrazione non ricorrono, perché a prescindere dal fatto che a giudizio del Collegio l'art. 3 comma 61 e l'art. 9 della legge 3/2003 si applicano anche alle amministrazioni comunali, il principio espresso in tali norme è coerente con la norma regolamentare di cui si chiede la disapplicazione: anzi è evidente che l'art. 3 lett f) del regolamento comunale sull'accesso si ispira allo stesso principio (che non è, si badi, quello di derogare al concorso pubblico ma quello di consentire, a determinate condizioni, l'utilizzo delle graduatorie di concorsi già espletati da altre amministrazioni ed ancora valide, previo accordo tra le amministrazioni interessate).

2.5. Ne consegue che anche per questa ragione sono inammissibili tutti i motivi di ricorso che contestano la procedura di scelta del procedimento individuato dall'amministrazione di San Michele al Tagliamento per la copertura del posto in questione.

3. In teoria, quindi, in relazione a tale eccezione, potrebbero residuare come unici motivi ammissibili quelli relativi alla legittimità del ricorso allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato dall'Azienda Ospedaliera – Ospedali Riuniti di Trieste, e precisamente il motivo 3a, riferito all'inesistenza del previo accordo tra le amministrazioni interessate all'utilizzo della graduatoria, il motivo 3b relativo alla presunta divergenza tra i comparti di contrattazione collettiva tra la posizione messa a concorso e quella rivestita dal controinteressato e il motivo 7, relativo alla violazione

dell'art. 91 del TUEL, con cui si contesta la possibilità dell'utilizzo della graduatoria, in quanto derivante da copertura di posto istituito o trasformato dopo l'indizione del concorso dell'A.O. di Trieste.

3.1. Senonchè tutti i motivi sopramenzionati sono inammissibili in rapporto alla prima eccezione perché ineriscono a vizi della determina n. 71/2010, con la quale l'amministrazione ha motivato la decisione di utilizzare la graduatoria dell'A.O. di Trieste; ha dato atto dell'intervenuto consenso tra le due amministrazioni in ordine all'utilizzo di detta graduatoria; ha preso atto della corrispondenza del posto da coprire con quello oggetto della graduatoria di attingimento e ne ha motivato il ricorso ad essa.

4. Nel merito si tratta comunque di motivi che il Collegio ritiene prima facie infondati e meritevoli, pertanto, di essere rigettati per le ragioni che seguono.

5. In merito al previo accordo tra amministrazioni, parte ricorrente sostiene che l'art. 3 comma 61 della legge 350/2003 intende specificamente riferirsi alle convenzioni di cui all'art. 30 T.U.E.L. e quindi che poiché alcuna convenzione era stata stipulata, a tal fine, tra le due amministrazioni, l'applicazione della norma sul ricorso all'utilizzo della graduatoria sarebbe nella specie viziata anche perché lesiva delle prerogative del Consiglio Comunale cui sarebbe spettato, in ipotesi, stipularla.

5.1. In realtà la norma sopra citata ed il regolamento comunale sull'accesso, che costituisce, come sopra chiarito, la fonte normativa

del procedimento di assunzione per cui è causa, non fanno alcun riferimento ad alcuna convenzione ma unicamente al “previo accordo”, concetto che implica l’intesa e il consenso delle due amministrazioni in ordine all’utilizzo, da parte di una di esse, della graduatoria concorsuale in corso di validità relativamente a posti di uguale profilo e categoria professionale rispetto a quelli per cui opera il suddetto utilizzo.

5.2. E nella specie il previo accordo tra le due amministrazioni - anche a prescindere dalla modifica del regolamento comunale che ha mutato l’inciso “previo accordo” in “previo accordo o nulla osta” - è certamente intervenuto (cfr. doc. 9 e 10 dep. il 7/9/2010 nel fascicolo di parte resistente) in termini tali da soddisfare il presupposto di legge.

E comunque non c’è una differenza sostanziale tra una convenzione preliminare all’utilizzo della graduatoria ed un accordo che comunque subordini la decisione di utilizzo della graduatoria al nulla osta dell’amministrazione che tale possibilità conceda ad un ente diverso.

6. Analoga sorte il Collegio avrebbe riservato, per le ragioni che seguono, alla censura di violazione dell’art. 91 del TUEL, norma che prevede che le graduatorie concorsuali degli enti locali “rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l’eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti

istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo”.

6.1.. In questo caso l'infondatezza della censura discende dal fatto che la norma pretesamente violata è in realtà inconferente, poiché essa riguarda le graduatorie già approvate e i posti neo istituiti o trasformati successivamente all'approvazione della medesima graduatoria (e quindi nell'ambito della stessa amministrazione che ha bandito il concorso) e non si riferisce, quindi, all'utilizzo, in forza della norma speciale che ne consente lo scorrimento, alla graduatoria di altra amministrazione, rispetto alla quale non potrà mai prefigurarsi un'ipotesi di neo istituzione o trasformazione del posto messo a concorso.

7. Ultima doglianza, anch'essa coperta da inammissibilità perché inerente a scelta effettuata con la determina n. 71/2010 è quella che contesta la decisione di utilizzare la graduatoria dell'A.O. nel presupposto, enunciato in motivazione, che il posto da mettere a concorso e quello cui pertiene la graduatoria da utilizzare siano “inerenti all'analogha categoria professionale”.

Anche tale motivo di censura è infondato.

7.1. Il Collegio ritiene infatti che la divergenza denunciata nel motivo non sussista e comunque che essa non sia ostativa del ricorso all'utilizzo, da parte dell'amministrazione comunale di San Michele al Tagliamento della graduatoria approvata dal Azienda Ospedaliera – Ospedali riuniti di Trieste.

Se è vero, infatti, come evidenzia la difesa dell'amministrazione resistente, che l'art 9 L. 3/03 fissa per talune Amministrazioni l'obbligo dell'utilizzo di graduatorie nell'ambito del "medesimo comparto di contrattazione", è, nondimeno, altrettanto vero che con la successiva disposizione di pari rango di cui all'art. 3 comma 61 L. 350/03, il legislatore ha esteso agli Enti Locali la validità delle graduatorie di altre Amministrazioni, senza però richiamare l'identità del comparto di contratto.

7.2.. Né tale presupposto è richiamato dal regolamento comunale in forza del quale è stata utilizzata la graduatoria dell'A.O. di Trieste, il quale prevede che si tratti di posti inerenti "l'analoga categoria professionale" senza riferimento alcuno alla appartenenza al medesimo comparto di contrattazione collettiva.

Che poi sussistesse omogeneità, ovvero identità di posizione professionale tra i posti messi a concorso a Trieste e quello che il Comune intendeva coprire si ricava innanzitutto dal fatto che la figura di dirigente amministrativo è unica ed è normata dal D.Lgs. 165/01, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della P.A..

7.3. Ne è prova il fatto che il riferimento all'art. 19 comma 2 che afferma che "Tutti gli incarichi di funzione dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, sono conferiti secondo le disposizioni del presente articolo" è contenuta sia nella delibera di indizione del concorso presso l'Azienda

Ospedaliera di Trieste che nei vari atti comunali funzionali alla copertura del posto di direttore amministrativo.

7.4. Né ha rilievo il fatto che il controinteressato, erroneamente indicato come "primo degli idonei" (essendo in realtà divenuto tale dopo l'assunzione dei primi due concorrenti) sia stato attinto dalla graduatoria del concorso per la copertura del Dirigente del Settore Risorse Umane, poiché la posizione professionale di riferimento rimane quella di dirigente amministrativo, e tale è il posto messo a concorso presso ambedue le amministrazioni.

Ne consegue che anche tale doglianza è comunque infondata e va disattesa.

8. Il ricorso va quindi respinto.

9. Le spese di causa seguono, atteso l'esito del giudizio, la soccombenza e sono poste a carico della parte ricorrente nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento, in favore del Comune intimato delle spese e delle competenze di causa che liquida in complessivi € 3.000 (tremila euro/00) oltre ad IVA e c.p.a..

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 9 marzo
2011 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente, Estensore

Angelo Gabbricci, Consigliere

Brunella Bruno, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)