

Pubblicato il 24/12/2018

N. 02185/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00844/2018 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 844 del 2018, proposto dai sigg.ri Roberta Marcello, Vincenzo Nicoletta, Alessandro Tessitore e Vincenzo Notaro, rappresentati e difesi dall'Avv. Antonello Irtuso, con domicilio eletto in Catanzaro via A. Turco 83 presso lo studio dell'avv. Maurizio Arabia;

***contro***

Comune di Crotona, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Domenico Sirianni, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Miceli in Catanzaro, via Crispi n. 13;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia*

- della Delibera della Giunta del Comune di Crotona n.82 del 05.04.2018 avente ad oggetto: “*Piano del fabbisogno del personale 2018/2020 di cui alla DGC n. 36/2018 – Indirizzi per avvio delle prime azioni di reclutamento 2018*” pubblicata sul sito istituzionale del Comune di Crotona in data 09.04.2018, non notificata;
- nonché di ogni altro atto e/o provvedimento comunque presupposto, connesso o collegato ancorché sconosciuto, nelle more intervenuto con particolare

attenzione, ove esistente, alla determina dirigenziale di esecuzione della citata delibera di giunta;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2018 la dott.ssa Roberta Mazzulla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso tempestivamente notificato e depositato i sig.ri Nicoletta, Marcello, Notaro e Tessitore hanno premesso di aver partecipato alla procedura concorsuale bandita dal Comune di Crotona, giusta Delibera di Giunta n. 213 del 28.06.2010, per la copertura di n. 2 posti di “*Specialista in attività amministrative*”, Categoria D, (Posizione economica D1), a tempo pieno ed indeterminato, e di essere risultati idonei non vincitori, collocandosi nella graduatoria di merito finale, approvata con delibera di Giunta n. 71 del 22.04.2016, rispettivamente, nelle posizioni n. 9, 20, 23 e 26.

1.1 Con determina dirigenziale n. 927 del 9 maggio 2017 il Comune di Crotona procedeva all'assunzione dei due vincitori del concorso e nel contempo, scorrendo la graduatoria, si determinava ad assumere anche i primi due concorrenti risultati idonei non vincitori, collocatisi al 3° e 4° posto della stessa.

Con deliberazione della Giunta comunale n. 36 del 7 febbraio 2018 veniva approvato il Piano Triennale del fabbisogno del personale per il triennio 2018-

2020, nell'ambito del quale si prevedeva reclutamento, relativamente al medesimo profilo precedentemente messo a concorso, di 11 unità per il 2018, di 8 unità per il 2019 e di 9 unità il 2020, per un totale 28 unità.

Infine, con la delibera n. 82 del 05 aprile 2018, oggetto di gravame, la Giunta deliberava di provvedere, entro l'1.05.2018, ad assumere cinque unità lavorative categoria D, amministrativo, di cui una mediante lo scorrimento della graduatoria del concorso a cui avevano partecipato i ricorrenti e quattro mediante l'avvio delle procedure di mobilità volontaria.

2. Tale ultima delibera di Giunta è stata, dunque, impugnata mediante la formulazione dei motivi appresso sintetizzati.

*“1) Violazione e/o erronea interpretazione dell'art. 30, comma 2 bis del D.Lgs. n. 165 del 2001, Mancata applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 3, comma 5-ter, del D.L. n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, e dell'articolo 4, comma 3, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101. Mancata applicazione dell'art. 91, comma 4 del D.lgs n. 267/2001; Carenza dei presupposti di fatto e di diritto per il ricorso alle procedura di mobilità. Violazione e falsa applicazione dell'art 3 della legge n. 241/90, carenza di motivazione, in ogni caso sua contraddittorietà ed illogicità delle art 97 della Costituzione”.*

L'amministrazione, onde procedere al reclutamento di tutte unità lavorative da assumere nel 2018 nell'ambito del profilo professionale di interesse, avrebbe dovuto avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso ancora efficace e non anche prevedere l'avvio della procedura di mobilità di cui all'art. 30 D.lgs. 165/2001, peraltro immotivatamente contemplata per sole 4 unità.

Ad avviso dei ricorrenti, infatti, la procedura di mobilità costituisce uno strumento di reperimento del personale prioritario soltanto all'indizione di una nuova procedura concorsuale, restando, viceversa, recessivo a fronte della possibilità di scorrere la graduatoria di un concorso bandito per lo stesso profilo professionale ed ancora efficace.

“2) *Eccesso di potere per contraddittorietà interna del Provvedimento tra motivazione e dispositivo e disparità di trattamento. Violazione del principio di trasparenza ed imparzialità dell’azione amministrativa. Ancora mancanza e perplessità della motivazione violazione dell’art 3 della legge n. 241/90”.*

La delibera di Giunta sarebbe illegittima per contraddittorietà tra la parte motiva, laddove è stato premesso il carattere prioritario della mobilità rispetto a qualsiasi altra forma di reclutamento del personale, e la parte dispositiva, in forza della quale l’amministrazione, senza all’uopo addurre alcuna motivazione, ha disposto lo scorrimento della graduatoria del concorso precedente per l’acquisizione di una sola unità lavorativa, prevedendo, quanto alle restanti quattro unità, l’avvio della procedura di cui all’art. 30 D.lgs. n. 165/2000.

Tale *modus operandi* avrebbe, inoltre, determinato una ingiustificata disparità di trattamento tra l’unico soggetto che avrebbe beneficiato dello scorrimento e tutti gli altri posizionati in graduatoria.

“3) *Violazione e falsa applicazione degli art.48 e 107 D.lgs n. 267/2000 e art 4 del d.lgs 165/2001 e Lesione del principio della distinzione delle competenze tra organi di governo e dirigenti”.*

Prevedendo *ex ante* le modalità di copertura del fabbisogno del personale, la Giunta avrebbe illegittimamente invaso la sfera di competenza del Dirigente.

3. Il Comune di Crotone, costituitosi in giudizio, ha confutato la fondatezza del gravame mediante la formulazione di articolate deduzioni difensive.

4. Alla pubblica udienza del 28.11.2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Il ricorso è fondato, sia pure nei termini e con gli effetti appresso indicati.

6. Il Collegio ritiene prioritario l’esame del terzo motivo di gravame, che, ove fondato, risulterebbe assorbente rispetto a qualsivoglia altra censura (cfr. in tal senso, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 30/05/2018, n. 3589; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 25/01/2018, n.54).

6.1 L'assunto secondo cui la Giunta comunale, in sede di approvazione del piano triennale del fabbisogno del personale, e, quindi, nell'esercizio di un potere di indirizzo politico-amministrativo, non potrebbe stabilire anche le modalità di reperimento delle unità lavorative di cui ha previsto l'assunzione, pena lo sconfinamento nelle competenze gestionali riservate alla dirigenza, non può essere condiviso.

6.2 La valutazione di infondatezza di tale censura, per come evidenziato da questo Tribunale nella recente sentenza n. 2181, pubblicata in data 21.12.2018, passa da una attenta disamina delle disposizioni normative che, anche e soprattutto all'esito della recente riforma attuata con il D.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, regolamentano l'organizzazione degli uffici ed i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

6.3 Ai sensi dell'art. 2 comma 1, D.lgs. n. 165/2001 *“Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive”*.

Trattasi dei così detti atti di macro-organizzazione, espressione delle scelte discrezionali dell'amministrazione in tema di pubblico impiego, la cui competenza rientra certamente negli organi di governo e non anche in quella della dirigenza.

6.4 A comprova di ciò basti considerare che, ai sensi del successivo art. 4 comma 1, sono gli *“organo di governo” a dover esercitare “le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni”*.

In particolare e per quanto qui di interesse, giusta il disposto di cui alla lettera b) del suddetto art. 4, comma 1 del citato D.lgs. 165/2001, agli organi di autogoverno

spetta, *“la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione”*.

Alla dirigenza spetta, invece, *“l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo”* (art. 4, comma 2, D.lgs. n. 165/2001).

6.5 Orbene, tra i “piani” rientranti nelle competenze degli organi di governo – quale è la Giunta comunale- vi è il *“piano triennale di fabbisogni del personale”* espressamente previsto dal novellato art. 6 comma 2 del citato D.lgs. n. 165/2001 a norma del quale *“Allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, le amministrazioni pubbliche adottano il piano triennale dei fabbisogni di personale, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché' con le linee di indirizzo emanate ai sensi dell'articolo 6-ter. Qualora siano individuate eccedenze di personale, si applica l'articolo 33. 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, anche con riferimento alle unità di cui all'articolo 35, comma 2. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente”*.

6.6 Per effetto della recente riforma attuata con il D.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, il piano triennale di fabbisogni del personale ha, dunque, acquisito un ruolo centrale divenendo, per come recentemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa e contabile, uno strumento strategico per individuare le esigenze di personale.

Con l'adozione di tale piano, infatti, la pubblica amministrazione non si limita ad operare una asettica ricognizione numerica del fabbisogno organico, dovendo piuttosto prevedere –di ciò dandone adeguata motivazione in assenza di previsioni

normative *ad hoc*- le specifiche modalità di reperimento del personale, allo scopo di garantire, tenuto conto delle risorse finanziarie necessarie e del rispetto degli equilibri di bilancio e del Patto di stabilità, il raggiungimento degli obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, che devono complessivamente ispirare l'organizzazione degli uffici, secondo quanto previsto dall'art. 2 comma 1 del D.lgs. n. 165/2001 (cfr. Corte dei Conti, sez. contr. 13.07.2018, n. 111/2018; Cons. Stato, Sez. V 07.02.2018, n. 801/2018).

6.7 In altri termini, è in sede di approvazione del piano di fabbisogno che l'organo di governo, e non certo la dirigenza, valuta, tra i tanti strumenti previsti dall'ordinamento ivi inclusa la mobilità, quale è quello da utilizzare per sopperire alle definite esigenze di personale.

Tant'è che, a norma del successivo art. 35, comma 4 del D.lgs. n. 165/2001 *“Le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base del piano triennale dei fabbisogni approvato ai sensi dell'articolo 6, comma 4.”*.

Ecco, dunque, che, una volta effettuata e motivata la “scelta”, di natura macro-organizzativa, tra le varie modalità di reperimento messe a disposizione dall'ordinamento giuridico –sul punto si tornerà in sede di scrutinio del secondo motivo di gravame- la successiva fase *“avvio di procedure di reclutamento”* costituisce un momento attuativo ed esecutivo di quanto “a monte” deliberato dall'organo politico-amministrativo.

6.8 La ricostruzione fin qui effettuata trova conforto nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile secondo cui la “scelta” tra le varie modalità di reperimento (scorrimento graduatoria di concorsi già conclusi a fronte dell'avvio di procedure di mobilità ovvero dell'indizione di un nuovo concorso), costituisce espressione di un atto di macro-organizzazione, frutto di una valutazione discrezionale che impinge nel merito delle scelte organizzative degli uffici della

stessa p.a., che l'art. 2 comma 1 D.lgs. n. 165/2001 mantiene in regime di diritto pubblico (cfr. Cassazione civile sez. un., 13/11/2018, n. 29080; 22/10/2018, n.26596; Cass. 1/6/2017, n. 13851; Un. 20/12/2016, n. 26272; 1/7/2016, n. 13534; Cass. 06/03/2009, n. 5588; Cass. 9 febbraio 2011, n. 3170; 13 giugno 2011, n. 12895).

6.9 Quanto fin qui esposto consente di ritenere infondato il terzo motivo di gravame giacché la Giunta Comunale, adottando la delibera n. 82 del 5.04.2018, non ha invaso le competenze del dirigente del Settore 06 – Servizio Affari Generali e Risorse Umane; senza contare che il deliberato oggetto di gravame è stato approvato dall'organo di indirizzo politico-amministrativo proprio in adesione alla proposta controfirmata dal dirigente in questione.

7. E', altresì, infondato il primo motivo di gravame con cui parte ricorrente ha sostanzialmente dedotto la priorità dello scorrimento della graduatoria di un concorso già esistente, quale strumento di copertura del fabbisogno di personale, rispetto all'avvio delle procedure di mobilità di cui agli artt. 30 e ss. D.lgs. n. 165/2001.

Tale assunto trova ampia smentita in quell'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, anche di questo Tribunale, secondo cui: *“Dall'art. 30 comma 2- bis, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165 - secondo cui le Amministrazioni, prima di procedere all'indizione di pubblici concorsi finalizzati alla copertura di posti vacanti, devono attivare le procedure di mobilità esterna del personale di altre Amministrazioni pubbliche - si desume agevolmente la preferenza del legislatore per le procedure di mobilità esterna rispetto alle selezioni concorsuali e perciò anche rispetto allo scorrimento delle graduatorie concorsuali già pubblicate e tale prevalenza della mobilità rispetto al concorso ed allo scorrimento della graduatoria non risulta illogica, dal momento che risponde ad esigenze di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa preferire 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 rilevante lasso di tempo continuativo, e perché si tratta di un lavoratore già stabilmente inserito nell'organizzazione della Pubblica amministrazione, non da reclutare mediante un'assunzione ex novo*" (così T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 27/09/2018, n.1338; cfr. anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14/06/2018, n.1225; TAR Bologna, Sez. I, 4.12.2017 n. 794; TAR Salerno Campania, Sez. I, 10.10.2017 n. 1465; Cass. Civ. Sez. lav., 18.05.2017 n. 12559; Consiglio di Stato sez. III, 13/12/2016, n.5231).

La procedura di cui all'art. 30 D.lgs. n.165/2001 costituisce, pertanto, una ipotesi di base per il reclutamento dei pubblici dipendenti, per come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale che, con la sentenza 30 luglio 2012, n. 211, investita della questione di legittimità dell'art. 13 della legge della Regione Basilicata 4 agosto 2011, n. 17, l'ha rigettata ritenendo che tale legge prescrivesse correttamente il ricorso obbligatorio alle procedure di mobilità dell'art. 30, comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001, prima che si potesse procedere all'utilizzazione delle graduatorie degli altri concorsi precedentemente espletati, oppure, in mancanza, di indire di nuovi.

8. Risulta, invece, fondato il secondo gruppo di censure, nei termini appresso indicati.

8.1 Vero è che l'amministrazione non è tenuta a fornire una specifica motivazione in merito alla scelta di indire la mobilità rispetto a quella di procedere allo scorrimento della graduatoria, trattandosi di una soluzione che privilegia la redistribuzione delle risorse umane tra le pubbliche amministrazioni in luogo dell'inevitabile aumento del personale mediante nuove assunzioni, garantendo risparmi di spesa così evidenti da non necessitare di essere evidenziati in sede provvedimento.

E', tuttavia, è altrettanto vero che ogni deviazione dal paradigma normativo di cui all'art. 30 D.lgs. n. 165/2001, onera l'amministrazione che decida di discostarsene della predisposizione di un puntuale corredo motivazionale che sia idoneo a chiarire le ragioni logico-giuridiche che l'hanno determinata ad agire diversamente,

anche al fine di garantire il necessario controllo circa la correttezza, trasparenza ed imparzialità dell'esercizio del potere amministrativo.

8.2 Orbene, nel caso in esame, la Giunta Comunale, pur dichiarando di ritenere prioritaria la mobilità quale strumento di copertura dell'organico, l'ha utilizzata soltanto per reperire quattro delle cinque unità contemplate per l'anno 2018 nell'ambito del profilo professionale di interesse, deliberando, per il resto (una unità), di scorrere la graduatoria del concorso cui hanno partecipato gli odierni ricorrenti, senza tuttavia fornire alcuna giustificazione in ordine a tale scelta promiscua.

Tale deficit motivazionale inficia la legittimità della delibera di Giunta oggetto di gravame.

9. In conclusione, il ricorso è fondato, nei termini sopra indicati, con conseguente annullamento degli atti in epigrafe indicati ed obbligo della pubblica amministrazione di rideterminarsi in conformità alle statuizioni della presente decisione.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la Delibera della Giunta del Comune di Crotona n. 82 del 05.04.2018, ai sensi e per gli effetti di cui in parte motiva.

Condanna il Comune di Crotona, in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento in favore di parte ricorrente della complessiva somma di € 1500,00, oltre IVA e CPA da distrarsi in favore del procuratore costituito.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Roberta Mazzulla, Referendario, Estensore

Arturo Levato, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Roberta Mazzulla**

**IL PRESIDENTE**  
**Nicola Durante**

IL SEGRETARIO