Pubblicato il 13/12/2022

N. 00441/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00399/2022 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 399 del 2022, proposto da

Mirella Cichella, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Camerini e Anna Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Camerini in L'Aquila, via Garibaldi, n. 62;

contro

Comune di Silvi, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Gabriella Bocchi, con domicilio eletto presso il suo studio in L'Aquila, viale Crispi, n. 25;

nei confronti

Marco Di Filippo, rappresentato e difeso dagli avvocati Giulio Cerceo e Pietro Cerceo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensiva,

- della determina del responsabile dell'Area 2 del Comune di Silvi n. 241 in data 30.8.2022 di approvazione della graduatoria finale di merito della progressione verticale riservata al personale interno per l'assegnazione di un posto di Istruttore Direttivo Amministrativo cat. D;
- di ogni ulteriore atto presupposto e connesso tra cui, in particolare, la determina n. 83 in data 8.4.2022 del Responsabile dell'Area 2 comunale di nomina dei componenti della Commissione esaminatrice ed il contratto di lavoro stipulato dal controinteressato, quale vincitore della selezione, per il passaggio di categoria, a decorrere da, 1.9.2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Silvi e di Marco Di Filippo;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2022 la dott.ssa Maria Colagrande;
Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente ha partecipato, quale dipendente del Comune di Silvi, alla selezione per l'assegnazione di un posto di categoria D riservato la personale interno.
Al **concorso** sono stati ammessi tre candidati e solo due vi hanno partecipato, la ricorrente e il controinteressato, il quale è stato proclamato vincitore con determina di approvazione della graduatoria n. 241 del 30.8.2022 impugnata unitamente alla determina n. 83 in data 8.4.2022 di nomina della commissione di valutazione, per i seguenti motivi:
1) *violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del* Regolamento *per la disciplina dei concorsi e delle procedure di assunzione approvato dalla Giunta comunale di Silvi con la delibera n. 301 del 11.11.2019*; la commissione di **concorso** si compone di almeno due membri su tre che non rivestono le qualifiche prescritte dall'art. 14 del

regolamento comunale per la disciplina dei concorsi e delle procedure di assunzione, richiamato nell'avviso di selezione, né vi sarebbe menzione, nella determinazione di nomina della commissione, dell'impossibilità di scegliere i membri fra le figure indicate nel citato art. 14;

2) *illegittimità derivata*; il vizio nella composizione della commissione travolgerebbe tutti gli atti da essa compiuti.

Resistono il Comune di Silvi e il controinteressato il quale, durante la discussine in camera di consiglio, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso perché non viene contestato nel merito l'operato della Commissione, né è stato dedotto che il vizio della composizione della commissione abbia inficiato l'esito della selezione.

Alla camera di consiglio del 7 dicembre 2022, avvisate le parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, il ricorso è passato in decisione.

L'eccezione di inammissibilità sollevata dal controinteressato non è fondata.

Il vizio della composizione della commissione non è un mero vizio funzionale del procedimento o sulla forma degli atti perché attinge più radicalmente, nel momento genetico, il contenuto sostanziale dell'atto di nomina dell'organo di valutazione dal quale saranno adottati atti i quali, ancorché rispettosi del regime delle forme, saranno comunque riconducibili a un soggetto diverso da quello al quale la legge conferisce il relativo potere.

Tuttavia, anche a voler ritenere che il vizio di composizione della Commissione sia un mero vizio di forma, imporre al ricorrente, a pena di inammissibilità, di dedurre (o provare) che l'esito del procedimento sarebbe stato favorevole a lui favorevole se la commissione fosse stata correttamente composta, contraddice il regime speciale dettato per i vizi del procedimento e sulla forma degli atti dall'art. 21 *octies* della l. 241/1990.

L'organo di valutazione di qualsiasi procedura concorsuale infatti esercita un potere discrezionale e, ai sensi dell'art. 21 *octies* della l. 241/1990, comma 2 secondo alinea, che la giurisprudenza estende anche ai vizi procedimentali

diversi dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento, grava sull'amministrazione l'onere di provare che l'esito del procedimento non sarebbe stato diverso da quello impugnato, ove fossero stati rispettati i criteri di composizione della commissione.

Ancora, non trova il favore del Collegio l'ulteriore profilo di inammissibilità implicitamente asserito dal Comune per non essersi la ricorrente avvalsa della possibilità prevista dall'art. 15 del regolamento sulle assunzioni di ricusare i membri della Commissione, senza attendere l'esito della selezione.

Infatti l'art. 15 del regolamento stabilisce che ogni candidato "*può presentare istanza di ricusazione all'Amministrazione*", ma non prevede preclusioni, tanto meno sul piano della tutela giurisdizionale, nel caso egli non si avvalga di tale facoltà.

Nel merito il ricorso è fondato.

L'art. 14 del regolamento comunale sulle assunzioni dispone che "*1. La Commissione esaminatrice dei concorsi pubblici … è composta da 3 membri nel modo seguente: a) il Funzionario Responsabile dell'Area /Settore nel cui ambito di assegnazione rientra il posto messo a* ***concorso****, con funzioni di Presidente; b) da n.2 tecnici esperti nelle materie oggetto del* ***concorso****, scelti possibilmente e preferibilmente tra i dipendenti e/o Funzionari dell'Ente e/o di altre delle Pubbliche Amministrazioni, oppure scelti tra docenti ed esperti in possesso di specifica competenza nelle materie oggetto del* ***concorso****; c) eventuale/i componente/i aggiunto/i per l'accertamento della lingua inglese e/o dell'uso delle apparecchiature e delle applicazioni informatiche e/o per altre eventuali materie speciali richieste dal bando…... 3. In caso di copertura di un posto di cat. D apicale, la Commissione di* ***concorso*** *è presieduta dal Segretario Generale e composta da due componenti esperti nelle materie oggetto della selezione, scelti tra i Funzionari del Comune di Silvi oppure Funzionari/dirigenti di altre Amministrazioni pubbliche, ovvero tra docenti ed altri soggetti esterni, in possesso di specifica competenza nelle materie oggetto del* ***concorso***".

Nel caso in decisione è stato designato nel ruolo di presidente un funzionario del Comune di Pineto e, quali membri a latere, un altro funzionario del

Comune di Pineto ed un *ex* funzionario, in quiescenza, del Comune di Silvi.

Con riferimento alla nomina del presidente è incontestato, che la selezione non prevede l'assegnazione del vincitore a un'area determinata.

Di conseguenza, esclusa la nomina nel ruolo di presidente del "*Funzionario Responsabile dell'Area /Settore nel cui ambito di assegnazione rientra il posto messo a* ***concorso***", e tenuto conto che il Comune di Silvi, come asserito dalla ricorrente e non contestato *ex adverso*, è privo di figure dirigenziali, detto ruolo doveva essere attribuito al Segretario Generale del Comune ai sensi dell'art. 14, comma 3, del regolamento sulle assunzioni ("*in caso di copertura di un posto di categoria D apicale la Commissione di* ***concorso*** *è presieduta dal Segretario Generale*"), non già a un funzionario esterno all'Ente, come in effetti è avvenuto.

La disposizione infatti fa riferimento proprio ed esclusivamente alle progressioni verticali verso l'area D, non già al conferimento della responsabilità di un'area organizzativa, come invece sostenuto dal Comune per escluderne l'applicazione al caso di specie che invece in essa trova la sua disciplina positiva.

Lo dimostra il fatto che le funzioni di vertice sono assunte da personale inquadrato in categoria D, non previa selezione concorsuale, ma mediante conferimento diretto - di natura fiduciaria e a tempo determinato - di posizioni organizzative (articoli 13 e 18 del CCNL/2018 del personale del comparto funzioni locali).

Non ha alcun rilievo poi, anche perché costituisce un'inammissibile motivazione postuma, il fatto addotto dal Comune che il Segretario generale non è stato nominato presidente per ragioni di opportunità sul presupposto che la ricorrente è una sua collaboratrice nell'ambito dell'Ufficio Contenzioso del egli è funzionario Responsabile.

Infatti nell'atto di nomina della Commissione non viene fatta menzione di tale circostanza, né della eventuale astensione del Segretario generale ai sensi dell'art. 6 *bis* della l. 241/1990 secondo il quale in deroga al regime della competenze "*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad*

adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".

Del resto non appare verosimile che la ragione della mancata designazione del Segretario generale quale presidente della Commissione sia stata l'appartenenza della ricorrente ad un ufficio del quale egli è responsabile, in quanto, almeno fino ad aprile 2021, uno degli altri due membri della commissione era titolare il funzionario responsabile dello stesso Ufficio al quale è addetta la ricorrente, con la conseguenza che le generiche ragioni di opportunità che avrebbero indotto il Comune a non designare presidente il Segretario generale, avrebbe dovuto quanto meno essere vagliate, ma non ne risulta evidenza, anche per la nomina dell'esperto esterno che invece ha avuto seguito.

A ragione, infine, la ricorrente lamenta che la nomina di un dipendente in quiescenza quale membro esperto si pone in contrasto con l'art. 14 del regolamento sulle assunzioni.

Il Comune resistente, nel dedurre di non aver ottenuto la disponibilità da altri Funzionari amministrativi apicali del Comune di Silvi a comporre la commissione, ammette che la scelta avrebbe dovuto rivolgersi prioritariamente verso funzionari interni all'ente in posizione apicale.

Tuttavia, poiché nella determinazione di nomina della Commissione non vi è alcun cenno alla indisponibilità dei funzionari apicali asseritamente interpellati – che come dedotto dalla ricorrente e non contestato *ex adverso* sono diciassette – la nomina di un esperto esterno costituisce una deroga immotivata, dunque illegittima, ai criteri stabiliti dall'art. 14 del citato regolamento.

All'annullamento della determinazione di nomina della commissione di **concorso** segue, per illegittimità derivata, l'annullamento degli esiti della selezione.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Silvi al pagamento in favore della ricorrente delle spese processuali che liquida in € 1.500,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere

Maria Colagrande, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Colagrande

IL PRESIDENTE
Germana Panzironi

IL SEGRETARIO