Pubblicato il 05/09/2018

N. 05362/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00928/2016 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 928 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Mauro Formisano, rappresentato e difeso dagli avvocati Olimpia Napolitano e Antonio Ausiello, con domicilio pec: olimpia.napolitano@pecavvocatinola.it e antonio.ausiello@pecavvocatinola.it e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Federico Bergamo in Napoli, p.zza Matteotti, 7;

contro

Comune di Torre del Greco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Raimondo Nappo, con domicilio pec: raimondo.nappo@forotorre.it e domicilio fisico eletto in Napoli presso la Segreteria T.A.R.;

nei confronti

Biagio Vitagliozzi, non costituito in giudizio;

per l'accertamento:

1) dell'illegittimità del silenzio/inadempimento serbato dal Comune di Torre del Greco in ordine alla conclusione della procedura concorsuale "Avviso di mobilità volontaria esterna, per la copertura di due posti di Operatore cat. B1 - a tempo indeterminato e a tempo pieno - ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 165/01", pubblicata in data 6.10.2014, con graduatoria provvisoria del 4.03.2015, non conclusasi con l'emanazione del provvedimento finale espresso;

2) dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione resistente sull'atto di invito e diffida del 26.05.2015 finalizzata alla decadenza del primo classificato Sig. Vitagliozzi

Biagio e, altresì,

per la declaratoria

3) dell'obbligo, del Comune di Torre del Greco, all'emanazione di un provvedimento espresso conclusivo della procedura concorsuale attivata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, L. 241/90;

e, con motivi aggiunti depositati l'8.06.2016, per l'annullamento, previa sospensiva:

a) della determinazione del Dirigente del 3° Settore Risorse Umane - Affari legali del Comune di Torre del Greco, n. 345 del 4.02.2016, notificata al ricorrente in data 16.05.2016, di revoca della procedura di mobilità esterna per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n. 1 posto di "Operatore Tecnico categoria B1";

b) della determinazione del Dirigente del 3° Settore Risorse Umane - Affari Legali del Comune di Torre del Greco, n. 1244 del 5.05.2016 notificata al ricorrente in data 16.05.2016, di conferma della revoca della procedura di mobilità esterna per la copertura a tempo pieno e indeterminato di n. 1 posto di "Operatore Tecnico categoria B 1" e contestuale esclusione del sig. Formisano dalla stessa, perché inquadrato nella categoria "BS", ritenuta non corrispondente alla categoria "B l" oggetto della procedura di mobilità;

c) ove e per quanto occorra, della nota prot. n. 28575/2016 del 6.05.2016 con la quale venivano comunicati i provvedimenti gravati sub a) e b), notificata in data 16.05.2016;

d) di ogni altro atto presupposto collegato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente;

e per la declaratoria

- della qualità di vincitore e/o 1° classificato del ricorrente nella procedura *de qua*, previa declaratoria di decadenza con provvedimento espresso del controinteressato (originario primo classificato, per il mancato nulla osta del comune di provenienza nel termine di 30 giorni dal risultato della selezione) giusta la previsione dell'art. 9, comma 1, ultimo alinea, del regolamento comunale per la mobilità esterna (approvato con deliberazione del Commissario Prefettizio n. 67 del 20 marzo 2014);

nonché per l'accertamento

del diritto del ricorrente al risarcimento in forma specifica quale vincitore della procedura *de qua*, ovvero in alternativa per equivalente con consequenziale condanna al

risarcimento danni per ritardata assunzione e/o altra indennità e/o integrazione in termini di danno patrimoniale (costi per fitti alloggi e spese varie sostenute) e danno non patrimoniale che saranno dettagliati in corso di causa, ovvero da determinarsi equitativamente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre del Greco;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2018 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Con il ricorso introduttivo, parte ricorrente, collocatosi al 2° posto nella graduatoria relativa alla procedura concorsuale di mobilità volontaria esterna per la copertura di due posti di Operatore Tecnico cat. "B.1"- a tempo indeterminato e a tempo pieno- indetta dal Comune di Torre del Greco, adiva, con il rito del silenzio, il TAR Napoli per la declaratoria dell'obbligo dell'Ente comunale, all'emanazione di un provvedimento espresso, conclusivo.

I.1. Con successivi motivi aggiunti, il medesimo ricorrente impugnava la determina di revoca della procedura di mobilità esterna, non essendosi le procedure concluse entro il 15 ottobre 2015, nonché la successiva determinazione dirigenziale con la quale la medesima amministrazione, confermando quanto già statuto, provvedeva contestualmente all'esclusione dell'attuale ricorrente in quanto l'inquadramento presso l'Amministrazione di provenienza (ASL n. 3 di Pistoia) nella categoria "BS" non gli avrebbe comunque consentito di giovarsi della procedura.

I.2. Chiedeva, altresì, quale conseguenza dell'annullamento dei predetti provvedimenti, la declaratoria in proprio favore della qualità di vincitore e/o 1° classificato, previa declaratoria di decadenza del controinteressato (originario primo graduato, per mancato nulla osta del Comune di provenienza).

I.3. Agiva, infine, per il risarcimento dei danni in forma specifica ovvero per equivalente.

II. A sostegno del gravame deduceva i seguenti motivi di diritto:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3 e 7 della l. n. 241/1990, dell'art. 97 Cost. e dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza, del contraddittorio procedimentale e del giusto procedimento, del Decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del (D.P.C.M. Dip. funz. pubbl.) 14.09.2015, pubblicato sulla G.U. in data 30.09.2015, dei DD.P.C.M. del 14.12.2000, n. 446 e del 26.06.2015, dell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 11 del regolamento per la mobilità esterna del personale di qualifica non dirigenziale del Comune ;

b) eccesso di potere per erroneità nei presupposti, inesistenza dei presupposti in fatto e in diritto, difetto assoluto di istruttoria, motivazione apparente, sviamento, travisamento, illogicità, perplessità, arbitrarietà, ingiustizia manifesta e sproporzionalità.

III. Si era costituita l'Amministrazione comunale, formulando, preliminarmente, delle eccezioni in rito e concludendo, nel merito, per il rigetto del ricorso.

Eccepiva, in primo luogo, la carenza di giurisdizione del giudice adito vertendosi, nel caso di specie, in materia di mobilità, come disciplinata dall'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001, da ascriversi ad una vicenda di natura privatistica del rapporto di lavoro contrattualizzato.

Rilevava, in secondo luogo, l'improcedibilità dell'impugnativa introduttiva avverso il silenzio, avendo la stessa riscontrato, con nota prot n°28575/2016 del 6.05.2016, motivando sull'impossibilità di utile inserimento, in luogo del soggetto decaduto, Sig. V.B., primo classificato, nella predetta procedura di mobilità esterna.

III.1. In accoglimento delle sopra sollevate eccezioni, questo tribunale, con sentenza n. 4581 del 6.10.2016, ravvisava "l'improcedibilità del ricorso introduttivo volto ad accertare l'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione comunale sull'istanza diffida proposta per la conclusione della procedura concorsuale relativa all'"Avviso di mobilità esterna" *de quo* e, dall'altro, la manifesta inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo".

III.2. Con sentenza 5931 del 18.12.2017 il Consiglio di Stato, in riforma quanto ai motivi aggiunti, ha statuito che: "1. Gli atti impugnati si riferiscono ad una fattispecie di mobilità esterna attuata attraverso una procedura di natura concorsuale aperta anche a dipendenti di amministrazioni appartenenti a comparti diversi rispetto a quello degli enti locali. 2. Si

tratta, quindi, di una ipotesi di mobilità esterna, che non dà luogo ad una mera modificazione soggettiva del medesimo rapporto di lavoro mediante cessione del contratto, ma è diretta alla costituzione di un diverso rapporto di lavoro, mediante una procedura concorsuale che è assimilabile a quella per l'assunzione mediante pubblico concorso, poiché ugualmente, implica una nozionale del rapporto di lavoro (in questi termini, su analoga fattispecie, Cass. Sez. Un. n. 26420 del 2016).

Considerata, pertanto, sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, la sentenza appellata veniva, dunque, annullata con rinvio al medesimo T.a.r., giudice di primo grado, per la celebrazione del giudizio di merito.

IV. All'udienza pubblica del 18.06.2018, fissata per la trattazione a seguito dell'atto di riassunzione, ex art. 105 c.p.a., della parte ricorrente, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Il ricorso è infondato.

V.1. Ritiene il Collegio di doversi soffermare, prioritariamente, sul secondo motivo di gravame, avverso, cioè, il provvedimento di esclusione del ricorrente dalla procedura di mobilità esterna (determinazione n. 1244 del 5.05.2016), onde valutare l'interesse all'impugnativa anche della disposizione, ivi confermata, della revoca della medesima procedura, gravata, invece, con il primo motivo (determinazione n. 345 del 4.02.2016).

V.2. L'Amministrazione comunale ha, in particolare, determinato l'esclusione del ricorrente in ragione della considerazione che, essendo "inquadrato presso l'Amministrazione di provenienza (ASL n. 3 di Pistoia) nella categoria "BS", corrispondente secondo la tabella di equiparazione di cui al DPCM 14/12/2000 n. 446, da ultima meglio dettagliata con DPCM del 26/06/15 alla categoria "B3", non avrebbe potuto comunque essere utilmente collocato nella graduatoria della procedura di mobilità in essere riservata alla copertura del posto di Operatore Tecnico cat. "B1".

V.2.1. Parte ricorrente lamenta, in primo luogo, una irregolarità nella procedura per violazione, nella specie, dell'art. 11 del Regolamento per la mobilità esterna del personale di qualifica non dirigenziale del Comune di Torre del Greco, rilevando come, a noma di tale articolo, l'esclusione doveva essere dichiarata nella fase istruttoria, preliminare alla selezione dei candidati, e non, come avvenuto, a conclusione della procedura,

successivamente alla formazione della graduatoria, e, comunque, dopo l'adozione del primo provvedimento di revoca della procedura (4.02.2016) ed in coincidenza con la proposizione del ricorso.

Invero, deduce parte ricorrente, l'Amministrazione procedente avrebbe inoltrato alla A.S.L. di provenienza una richiesta di informazioni sulla posizione e categoria ricoperta solo in seguito alla diffida ad adempiere del 26.5.2015, con cui lo stesso ricorrente la invitava a formalizzare la decadenza dal diritto all'inserimento in organico del primo classificato (stante la mancata produzione nel termine di trenta giorni del nulla osta da parte del Comune di provenienza, giusta la previsione dell'art. 9 del Regolamento richiesta dal bando) al fine di dare corso allo scorrimento della graduatoria.

V.2.2. Ciò posto, la medesima parte ricorrente, si duole della violazione del bando e delle disposizioni ministeriali in ordine, in primo luogo, alla perfetta coincidenza giuridica tra la categoria ricoperta e quella richiesta, trattandosi, al più, solo di una diversa progressione economica all'interno dello stesso profilo professionale, ovvero, in secondo luogo, per avere, comunque, la medesima Amministrazione omesso ogni comparazione circa l'effettiva corrispondenza, quanto a mansioni, tra la categoria BS del Comparto Sanità, di appartenenza, e quella B1 negli Enti locali, di cui all'avviso.

V.2.3. Deduce, nel dettaglio, che:

a) il bando relativo alla procedura di mobilità riservata alla copertura del posto di Operatore Tecnico cat. "Bl" era rivolto ai "dipendenti inquadrati nella Categoria B1 e al profilo professionale richiesto (per i soggetti appartenenti al comparto Regioni ed Autonomie Locali) o corrispondente (per i soggetti appartenenti a comparti diversi»);

b) nel sistema di classificazione del personale degli enti pubblici, all'interno di ciascuna area- A, B, C- le uniche posizioni di inquadramento giuridico sono quelle corrispondenti alle posizioni economiche iniziali di ciascuna delle predette aree (rispettivamente Al, B1 e C1), mentre le altre posizioni (A2, A3; B2, B3; C2, C3, C4, C5) avrebbero una valenza esclusivamente economica;

c) ne discenderebbe che la copertura di un posto vacante dell'Area B, livello economico Bl, tramite mobilità esterna, ai sensi dell'art.30 del D.Lgs. n. 165/2001, potrebbe avvenire tramite personale di altri enti pubblici non economici appartenente alla medesima Area

anche se inquadrato in diverso livello economico, proprio perché l'inquadramento giuridico è unico e i diversi livelli previsti all'interno della Area hanno una valenza esclusivamente economica.

Invero, nel caso di specie, l'ASL 3 di Pistoia, nel comunicare al Comune di Torre del Greco i richiesti chiarimenti sulla posizione ricoperta dal ricorrente in sede, specificava che: "la classificazione del personale dipendente del Comparto Sanità si articola in 4 categorie — A, B, C, D- e due livelli economici - BS, DS -… " (nota prot. n. 30874 del 7.07.2015).

Conseguentemente, a parere di parte ricorrente, sarebbe errata la tesi espressa dall'amministrazione resistente, secondo cui essendo lo stesso "inquadrato nella categoria "BS", corrispondente alla categoria "B3", non avrebbe potuto partecipare per la mancanza della cat. "B l" o "ad esso equiparato". La categoria giuridica da prendere in considerazione sarebbe stata esclusivamente la B, nella quale è compreso il ruolo di Operatore Tecnico, ovvero corrispondente, mentre al livello BS, posseduto, andava attribuita una valenza esclusivamente economica, che non avrebbe potuto inficiare la legittimità del suo inserimento in graduatoria.

V.2.4. Peraltro, l'inquadramento del personale in mobilità, sempre per parte ricorrente, dovrebbe avvenire avendo soprattutto riguardo al contenuto di ciascun profilo coinvolto: ne conseguirebbe, ulteriormente, che, ai fini della corretta collocazione del pubblico impiegato in mobilità, importerebbe non tanto rinvenire la perfetta sovrapponibilità della qualifica e del profilo posseduti dal dipendente con quelli esistenti nell'ordinamento del personale della P.A. destinataria, quanto, piuttosto, la corrispondenza o, meglio, la compatibilità dei nuovi qualifica e profilo con la posizione formale di lavoro rivestita dall'interessato nell'ente di provenienza, tenendo conto delle differenze delle declaratorie di qualifiche e profili esistenti tra i vari comparti di contrattazione.

V.3. Le censure sono prive di fondamento.

V.3.1. Quanto alla violazione dell’art. 11 del Regolamento comunale, trattasi di mera irregolarità, essendo l’interesse pubblico prevalente, tutelato nello svolgimento delle procedure selettive di concorso, quello all’assunzione di personale in possesso dei titoli e delle qualità professionali necessarie per lo svolgimento del rapporto di lavoro a cui le

stesse sono preordinate. Il relativo accertamento è presupposto necessario per la futura assunzione, *rectius*, per la stipula del contratto di lavoro, e, tanto, a prescindere dalla fase specifica in cui avvenga.

La circostanza che la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione sia intervenuta – stilata la graduatoria provvisoria (4.03.2015) e già dichiarata la revoca della procedura non definita nell'atto di approvazione finale (4.02.2016) -, quando si è concretamente posta l'esigenza di verificare la posizione del secondo classificato, attuale ricorrente, in dipendenza della decadenza del primo classificato e in sede del richiesto riesame del provvedimento assunto in autotutela di ritiro del bando, nulla toglie alla legittimità dell'atto istruttorio, atto comunque dovuto in base alla stessa *lex specialis*.

L'art. 2 dell'avviso di mobilità esterna specifica, infatti, sul punto, nella disposizione relativa ai "Requisiti": "Qualora sia accertato il vizio di uno dei requisiti prescritti, l'esclusione può avvenire in qualunque momento della procedura di mobilità".

V.3.2. Con riferimento alla dedotta equivalenza o, in subordine, corrispondenza tra il profilo professionale posseduto e quello richiesto, si osserva quanto segue.

Invero, la corrispondenza è esclusa proprio dai decreti richiamati (DD.P.C.M. del 14.12.2000, n. 446 e del 26.06.2015), ove la posizione BS è equiparata alla B3 che rispetto a quella iniziale (B1) ha non solo una valenza economica ma anche una qualificazione giuridica, diversa e superiore (tab. 5).

A tal proposito, il D.M. del 26 giugno 2015, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 216 del 17.09.2015, definisce i criteri per la definizione delle tabelle di equiparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi relativi ai diversi comparti di contrattazione.

Tale decreto, emanato in attuazione dell'art. 29-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001, rappresenta uno strumento di corrispondenza tra livelli economici di inquadramento, utilizzando, tra gli altri criteri di armonizzazione, anche l'importo del trattamento tabellare stabilito per il personale non dirigenziale dai contratti collettivi relativi al biennio economico 2008-2009, al fine di consentire i predetti processi di mobilità intercompartimentale.

Orbene, per individuare la corrispondenza dei livelli economici previsti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro relativi ai diversi comparti di contrattazione del

personale non dirigenziale, è necessario stabilire in termini generali e preventivi, l'equiparazione tra le aree funzionali e le categorie di inquadramento del personale appartenente ai diversi comparti di contrattazione, confrontando gli ordinamenti professionali disciplinati dai rispettivi contratti nazionali e tenendo conto delle mansioni, dei compiti, delle responsabilità e dei titoli di accesso relativi alle qualifiche ed ai profili professionali indicati nelle declaratorie delle medesime aree funzionali e categorie.

Ai sensi dello stesso decreto, le determinazioni per l'effettiva posizione di inquadramento giuridico del dipendente trasferito in mobilità intercompartimentale devono tenere conto anche delle specifiche ed eventuali abilitazioni del profilo professionale di provenienza e di destinazione, fermo restando il rispetto dei criteri per l'individuazione del livello economico di inquadramento.

Ciò posto, la fascia economica derivante da progressione economica nel profilo di appartenenza non può non dare luogo all'accesso a profili con superiore contenuto professionale.

V.3.3. Ed invero le categorie B1, da un lato, e B3 (cui è equiparata BS, posseduta), dall'altro, si differenziano proprio per le mansioni, essendo le seconde più qualificate, tanto che, per un verso, il passaggio, nell'ambito della stessa categoria, tra profili di diverso livello economico, avviene tramite selezione interna o concorso pubblico, e per l'altro, le stesse sono conseguentemente, maggiormente retribuite: non è quindi possibile effettuare alcuna auspicata equivalenza.

Invero, per l'attuale ricorrente, l'ASL 3 di Pistoia, amministrazione di appartenenza:

a) ha specificato che "i passaggi nell'ambito della stessa categoria tra profili di diverso livello economico (da B a BS e da D a DS) vengono effettuati, nei limiti dei posti disponibili nella dotazione organica, tramite selezione interna o concorso pubblico" (nota prot. n. 30874 del 7.07.2015);

b) ha disposto l'inquadramento nel profilo professionale di Operatore tecnico Specializzato "Portiere Centralinista" – cat. B, livello economico BS, con decorrenza dal 1 luglio 2006, in quanto utilmente classificato nella selezione interna verticale per 10 posti (cfr. delibera D.G. n. 542 del 29.06.2006).

V.3.4. Quanto poi alle disposizioni del bando di concorso, in relazione ai requisiti per la partecipazione, ferma la categoria B, posizione economica B1, di inquadramento, è, invece, il profilo professionale a potere essere corrispondente ("inquadrati nella categoria B1 e al profilo professionale richiesto, rectius, *operatore tecnico* (per soggetti appartenenti al comparto Regioni e Autonomie locali) o corrispondente (per soggetti appartenenti a comparti diversi).

La tesi della compatibilità in ragione delle diverse posizioni economiche è priva di fondamento.

VI. Ora, posta la legittimità dell'esclusione, diviene inammissibile, per carenza di un interesse attuale e concreto, ogni censura avverso la determina dirigenziale di revoca della procedura concorsuale (n. 345 del 4.02.2016, confermata dalla n. 1244 del 5.05.2016) effettuata sulla scorta del D.M. del 14.09.2015, che avrebbe imposto la conclusione delle procedure di mobilità avviate dalle Pubbliche amministrazioni entro il 15.10.2015, termine non rispettato e inutilmente decorso.

A prescindere dalla fondatezza o meno del relativo motivo, alcun vantaggio potrebbe, infatti, ricevere parte ricorrente da un eventuale annullamento del predetto atto di revoca della mobilità esterna, non essendo in possesso della qualifica professionale, come definita dalla corrispondente posizione economica, richiesta dall'Amministrazione.

VII. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso non è, quindi, meritevole di accoglimento.

VII.1. La legittimità dei provvedimenti gravati esclude ogni valutazione in termini di ingiustizia dei pregiudizi presuntivamente patiti con conseguente reiezione dell'avanzata domanda di risarcimento sia essa in forma specifica che per equivalente.

VIII. Ragioni di equità, atteso l'evolversi fattuale e processuale della vicenda all'esame, inducono tuttavia il Collegio a compensare integralmente tra le parti le spese e competenze di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Gabriella Caprini	**Santino Scudeller**

IL SEGRETARIO