

Pubblicato il 31/12/2020

N. 00766/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00178/2020 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 la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 178 del 2020, proposto da Pietro Gaias, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Pasquale Cannas, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Cannas in Cagliari, via Delitala n. 4;

contro

Agenzia Forestas, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppa Rutilio, Gesuino Campus, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Vittorio Pilia non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di cui alla nota prot. 379 del 14.1.2020, con la quale il direttore generale f.f. dell'agenzia Forestas ha comunicato il rigetto dell'istanza del ricorrente in data 10/11.7.2019 di ammissione al soccorso istruttorio e

rettifica della graduatoria della selezione interna per operai di terzo livello (capo squadra) come modificata con determinazione dello stesso organo n. 60 del 23.4.2019; di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi e, segnatamente, di quest'ultima determinazione e della relativa graduatoria, nonché della nota a firma del direttore generale prot. n. 5770 del 30.4.2019, del regolamento per l'amministrazione del personale dell'agenzia approvato con delibera n. 26 del 15.3.2017, dell'avviso di selezione della procedura e degli atti allo stesso collegati e, in specie -ove occorra e per quanto di ragione- le delibere n. 26 del 5.4.2018, n. 31 del 13.4.2018, n. 33 del 4.5.2018; le determinazioni n. 63 del 13.4.2018, n. 95 e n. 96 del 6.6.2018, n. 114 del 3.7.2018 e n. 184 del 10.10.2018; di ogni altro atto connesso, allo stato non conosciuto, ivi inclusi gli atti istruttori posti in essere dall'amministrazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Agenzia Forestas;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020 il dott. Gianluca Rovelli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il sig. Pietro Gaias ha partecipato alla selezione bandita dall'agenzia Forestas con determinazione n. 63 del 13.4.2018, essendo in possesso dei requisiti previsti dal relativo avviso. All'esito della procedura, lo stesso risultava vincitore, con il punteggio complessivo di 13,7 come da graduatoria allegata alla determina di approvazione n. 45 del 20.3.2019. Il concorrente Vittorio Pilia, collocato al secondo posto, in data 1.4.2019 proponeva istanza di rettifica in autotutela della graduatoria approvata, lamentando l'erronea attribuzione del punteggio sia nei suoi confronti che riguardo al vincitore sig. Pietro Gaias.

A seguito del riesame, l'amministrazione procedeva a rettificare la graduatoria attribuendo ai primi due concorrenti (Gaias e Pilia) il medesimo punteggio di 12,9 ma dichiarando vincitore il sig. Pilia, in ragione dell'asserita operatività dei criteri di preferenza normativamente previsti. A questo punto, il sig. Gaias proponeva, a sua volta, istanza di autotutela, evidenziando l'erroneità dei punteggi così come assegnati in sede di rettifica dell'originaria graduatoria. L'agenzia, però, rigettava l'istanza, affermando la correttezza dei punteggi attribuiti ai concorrenti a seguito del riesame.

Il ricorrente, a seguito di apposita istanza di accesso, apprendeva quindi che il controinteressato era stato ammesso -attraverso soccorso istruttorio- a dimostrare l'esistenza di titoli non dichiarati nella domanda di partecipazione alla procedura. Più in particolare, il sig. Pilia, nella domanda di partecipazione, ometteva di dichiarare di aver svolto un ulteriore semestre di servizio nell'anno 1998, nonché il titolo di preferenza relativo al carico familiare.

Tali titoli, espone il ricorrente, tuttavia, sono stati considerati a favore del controinteressato, a seguito della tardiva emendatio della domanda e produzione di documenti.

Prosegue il ricorrente affermando che, oltre al carico familiare, egli è in possesso del titolo di preferenza dato dall'essere figlio di mutilato/invalido per servizio nel settore pubblico (art. 5, comma 4, d.P.R. n. 487/1994), prevalente rispetto a quello tardivamente rappresentato dal concorrente Vittorio Pilia. L'agenzia, a seguito dell'istanza sopra indicata, chiedeva al ricorrente di documentare quanto esposto in ordine al detto titolo di preferenza. Il sig. Gaias forniva, quindi, all'agenzia tutta la documentazione idonea a dimostrare il titolo in argomento. L'amministrazione, tuttavia, con il provvedimento prot. 379/2020 rigettava l'istanza di riesame, comunicando che *“a seguito di una nuova verifica delle domande e valutazione di tutte le produzioni, non sussistono le condizioni e i termini per l'accoglimento e pertanto non può essere modificata la graduatoria finale”*.

Avverso gli atti indicati in epigrafe è insorto il ricorrente deducendo le seguenti censure:

- 1) violazione dei principi generali in materia di selezioni pubbliche, violazione della par condicio, violazione della lex specialis eccesso di potere per falsità dei presupposti e/o travisamento dei fatti, disparità di trattamento, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, illogicità manifesta sviamento;
- 2) disparità di trattamento, violazione della par condicio, violazione della lex specialis, contraddittorietà, illogicità manifesta, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento;
- 3) violazione delle norme e dei principi generali in materia di selezioni pubbliche, violazione della lex specialis, eccesso di potere per falsità dei presupposti e/o travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si costituiva l'amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla udienza pubblica dell'11 novembre 2020 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Devono preliminarmente essere esaminate le eccezioni in rito sollevate dall'amministrazione.

Il ricorso sarebbe anzitutto tardivo.

L'eccezione è infondata.

Il provvedimento impugnato, pur con una motivazione molto succinta, fa riferimento ad *“una nuova verifica delle domande e valutazione di tutte le produzioni?”* e pertanto non si può inquadrare nell'ambito degli atti meramente confermativi.

Un provvedimento è meramente confermativo nel caso in cui venga ribadita la decisione assunta nell'atto precedente, senza alcuna rivalutazione degli interessi, né nuovo apprezzamento dei fatti; mentre è di conferma (in senso proprio)

qualora l'Amministrazione proceda ad un riesame della precedente decisione, attraverso una nuova valutazione degli elementi di fatto acquisiti (ovvero, l'acquisizione di nuovi elementi), o, ancora, mediante rinnovata ponderazione degli interessi coinvolti. La distinzione fra "conferma" ed "atto meramente confermativo", quindi, si atteggia nel senso che solo la prima – e non il secondo – va a sostituire l'atto confermato. La conferma è emessa dopo una nuova considerazione della fattispecie concreta, e in particolare dopo una nuova istruttoria; diversamente, l'atto meramente confermativo non fa che ripetere la precedente volontà dell'Amministrazione, che come tale non viene toccata. Di conseguenza, solo nel caso del provvedimento di conferma in senso proprio vi è un procedimento; e, all'esito di questo, un nuovo provvedimento, sia pure di contenuto identico al precedente, che si sostituisce ad esso (Consiglio di Stato sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746).

Nel caso qui esaminato siamo di fronte ad un atto di conferma e il ricorso è tempestivo.

Anche la seconda eccezione è infondata.

FoReSTAS afferma di avere bandito la procedura qui all'esame per reclutare attraverso progressione interna 100 operai di terzo livello.

All'esito della procedura, i vincitori hanno sottoscritto con l'amministrazione un contratto di lavoro in forza del quale il lavoratore è inquadrato nel terzo livello categoria operai, con godimento del relativo trattamento giuridico ed economico. La contrattazione collettiva annovera nel mansionario di tale livello l'attività di caposquadra, per la quale in seno alla procedura FoReSTAS accertava l'attitudine dei candidati.

Il 18 febbraio 2020, quindi prima che notificasse il ricorso, il signor Gaias è stato assunto da FoReSTAS a tempo indeterminato ed inquadrato nel terzo livello della categoria operai.

Il difetto di interesse risulta evidente secondo l'amministrazione, potendo l'accoglimento del ricorso, che non gioverebbe al Gaias, soltanto nuocere al controinteressato ed alla stessa amministrazione, che dovrebbe risolvere il contratto col Pilia e privarsi di un operaio specializzato.

Sempre secondo l'amministrazione, l'interesse all'impugnazione non può dirsi esistente per il fatto che FoReSTAS specificava negli atti della selezione di ricercare un operaio di terzo livello con profilo di caposquadra, in ipotesi [quel profilo] gradito al ricorrente.

Infatti, anche a volere trascurare che il contratto firmato dal signor Pilia prevede il riconoscimento del trattamento giuridico ed economico del livello di inquadramento, non anche l'assegnazione di una specifica mansione, appare decisivo ricordare che nell'impiego alle dipendenze di un ente pubblico già prima che nell'impiego privato vige il principio di c.d. esigibilità orizzontale delle mansioni, di cui all'art.52 del d.lgs. n.165 del 2001, giusta il quale: "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi".

Pertanto, siccome i contratti firmati dal ricorrente e dai vincitori della procedura impugnata, tra cui il controinteressato, riconoscono pari diritti ai lavoratori, il ricorso sarebbe inammissibile per difetto di interesse.

Anche questa eccezione è infondata.

Intanto, la selezione è stata bandita per l'assunzione di operai di terzo livello, profilo professionale "capo squadra".

Che il sig. Gaias, che ha partecipato ad una selezione possa legittimamente aspirare ad accedere ad un profilo professionale migliore rispetto a quello in precedenza ricoperto, non può essere messo in discussione.

E' vero che nelle controversie relative alla contestazione di un concorso pubblico non può prescindersi - ai fini della verifica della sussistenza dell'interesse al

ricorso - dalla c.d. prova di resistenza, con la conseguenza che il candidato, che impugna i risultati di una procedura concorsuale, ha l'onere di dimostrare il suo interesse, attuale e concreto, a contestare la graduatoria, non potendo egli far valere un astratto interesse dell'ordinamento ad una corretta formulazione della graduatoria, se tale corretta formulazione non comporti per lui alcun apprezzabile risultato concreto.

Ma in questo caso l'interesse è evidente visto che, essere posposto nella graduatoria, priva il ricorrente di una utilità sicura quale è il diverso trattamento economico che gli deriverebbe dall'essere inquadrato conformemente alla corretta formulazione della graduatoria stessa.

Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

La questione, nella sua apparente complessità, si risolve facendo corretta applicazione delle regole sul soccorso istruttorio.

Nei concorsi pubblici, il dovere di soccorso istruttorio desumibile dall'art. 6, l. 7 agosto 1990 n. 241, sussiste, senza violazione del principio della parità di trattamento e quindi del dovere di imparzialità ex art. 97 Cost, quando si tratta di mere regolarizzazioni di elementi di contorno, in presenza di atti o documenti già completi negli elementi costitutivi, ma non di completare la domanda nei suoi elementi essenziali. Più in generale, nell'ambito dei concorsi pubblici, l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'Amministrazione (T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 3 marzo 2020, n. 1000).

L'amministrazione ha affermato che la rettifica della graduatoria a seguito del riconoscimento di un titolo non dichiarato nella domanda di partecipazione era una facoltà prevista dall'art. 9 dell'avviso di selezione. Come tale, essa sarebbe

stata correttamente e tempestivamente esercitata dal concorrente Pilia e, di conseguenza, sarebbe stata applicata semplicemente una norma del bando.

Non è così.

L'art. 9 del bando prevede, per quel che qui interessa;

“E’ ammesso ricorso amministrativo per la richiesta di rettifica della graduatoria, da presentare, entro 30 giorni dalla pubblicazione, al Direttore Generale dell’Agenzia che deciderà con suo provvedimento. La rettifica della graduatoria è disposta dal Direttore Generale anche in autotutela.

La graduatoria rettificata in esito ai ricorsi amministrativi o per intervento in autotutela è nuovamente approvata dal Direttore Generale e pubblicata sul sito internet dell’Amministrazione”.

Il provvedimento adottato dall’amministrazione non è un soccorso istruttorio e tantomeno una rettifica della graduatoria.

Non è un soccorso istruttorio né una rettifica della graduatoria semplicemente perché il controinteressato è stato indebitamente ammesso a modificare e integrare la domanda di partecipazione al concorso.

Il soccorso istruttorio è ammesso ma non fino al punto di consentire quella che è una vera e propria modifica della domanda.

La rettifica cui fa riferimento il bando è null’altro che la possibilità concessa (per cui non sarebbe neanche necessaria una previsione in tal senso) all’amministrazione di rettificare eventuali errori commessi nell’attribuzione di punteggi in seguito alla segnalazione da parte di un candidato.

Qui nulla di tutto questo è avvenuto.

L’amministrazione, a graduatoria già approvata, in sostanza ha riaperto l’attività valutativa ammettendo il controinteressato, in palese violazione della par condicio tra i concorrenti, ad una integrazione della domanda con dichiarazioni mai effettuate.

Il ricorso è pertanto fondato e deve essere accolto.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'amministrazione alle spese del presente giudizio in favore del ricorrente che liquida in € 3.500/00 (tremilacinquecento) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Francesco Scano

IL SEGRETARIO