

Osservatorio giurisprudenziale

a cura di Giancarlo Astegiano - Magistrato della Corte dei conti e Sara Petrilli - Chargée de mission projets internationaux presso il Groupement d'Intérêt Public pour la Formation e l'Insertion Professionnelle di Nizza

ATTO E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

I PRESUPPOSTI PER LA REVOCA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

Consiglio di Stato, Sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837

La revoca dell'atto amministrativo non può avvenire a seguito di un ripensamento tardivo in ordine alla convenienza dell'emanazione dell'atto originario posto che le ragioni che legittimano la revoca devono mettere in luce con chiarezza l'interesse perseguito con il ritiro dell'atto originario. Infatti, la previsione normativa dell'art. 21-*quinquies*, Legge n. 241/1990 deve essere interpretata in base ai principi generali dell'ordinamento sulla tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa, che implicano il rispetto dei principi di imparzialità e proporzionalità che impongono anche che la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario sia preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare (Consiglio di Stato, Sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837).

Giancarlo Astegiano

CONTRATTI DELL'AMMINISTRAZIONE

FASE AMMINISTRATIVA E FASE NEGOZIALE: LE CONSEGUENZE SULLA GIURISDIZIONE

Cassazione civile, SS.UU., 13 marzo 2020, n. 7219

In relazione all'attività negoziale dell'Amministrazione pubblica occorre distinguere la fase preliminare di formazione della volontà, di scelta del contraente e di svolgimento di tutte le attività antecedenti e prodromiche alla stipulazione del contratto che è governata dal diritto pubblico e la fase successiva che va dalla stipulazione del contratto alla sua esecuzione. Nella prima vengono in gioco interessi legittimi e, pertanto, le controversie sono devolute alla giurisdizione amministrativa mentre nella seconda emergono posizioni di diritto soggettivo e le conseguenti controversie rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass., SS.UU., 13 marzo 2020, n. 7219).

Giancarlo Astegiano

PERSONALE

L'AVVOCATO DIPENDENTE PUBBLICO ISCRITTO ALL'ALBO

Cassazione civile, Sez. lav., 5 marzo 2020, n. 6295

La Cass., Sez. lav., 5 marzo 2020, n. 6295 si è espressa nel senso che il dipendente pubblico che sia iscritto all'albo professionale, nell'elenco speciale, e svolga attività di patrocinio in favore dell'Ente pubblico ha diritto al pagamento della quota annuale di iscrizione poiché svolge unicamente in favore dell'Ente l'attività professionale.

Giancarlo Astegiano

SOCIETÀ ED ORGANISMI PARTECIPATI

LEGITTIMO L'AFFIDAMENTO DIRETTO AD UNA SOCIETÀ HOLDING IN HOUSE

Consiglio di Stato, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564

Il Consiglio di Stato, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564 ha statuito che, in base all'art. 4, D.Lgs. n. 175/2016, è ammissibile la partecipazione di un Ente locale ad una società *holding in house*, purché quest'ultima abbia quale oggetto sociale la sola gestione di partecipazioni pubbliche, ed è legittimo l'affidamento diretto da parte dell'Ente locale a società totalmente controllata da detta *holding* e costituita per la gestione di quello specifico servizio.

Giancarlo Astegiano

PASSAGGIO AD ALTRA AMMINISTRAZIONE

PER CONCORSO PUBBLICO

DIFFERENZA RISPETTO AL TRASFERIMENTO PER ESIGENZE PROPRIE DELL'AMMINISTRAZIONE

Cassazione civile, Sez. lav., ordinanza 2 marzo 2020, n. 5677

Una docente, passata ai ruoli del conservatorio in forza di pubblico concorso, ricorreva in cassazione avverso la sentenza di appello che aveva respinto la domanda volta ad ottenere il riconoscimento della pregressa anzianità di servizio maturata come docente di scuola media.

La Cassazione (Cass., Sez. lav., ordinanza 2 marzo 2020, n. 5677) rigetta il ricorso, in quanto "la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro per effetto del superamento di un concorso pubblico, non può essere equiparato al trasferimento ai fini della conservazione dei diritti acquisiti, quali la qualifica ed il livello retributivo ad essa connesso;".

La Corte, richiamando una precedente pronuncia, precisa che "il D.P.R. n. 3 del 1997, art. 199, disciplina il trasferimento di pubblici impiegati da una ad altra amministrazione per esigenze proprie dell'amministrazione; dato che il trasferimento avviene per soddisfare esigenze dell'amministrazione, si giustifica la conservazione dell'anzianità di servizio: l'art. 199 prescinde dal superamento di un concorso pubblico e il passaggio da una ad altra amministrazione concreta 'trasferimento'; cosa diversa è il superamento di un nuovo concorso pubblico aperto all'esterno, a cui chi è già dipendente pubblico si sottopone volontariamente, e in posizione di parità con gli altri concorrenti: in tale evenienza, se non vi sono norme specifiche che disciplinano la conservazione dell'anzianità di servizio precedente, chi è già dipendente pubblico concorre in posizione di parità con gli altri partecipanti, e non ha titolo a conservare pregresse anzianità e diritti".

Sara Petrilli

RISCOSSIONE DELLE ENTRATE

LA SOCIETÀ CONCESSIONARIA DELL'ENTE LOCALE È AGENTE CONTABILE

Cassazione civile, SS.UU., 28 febbraio 2020, n. 5595

La società concessionaria del servizio di riscossione delle imposte da parte dell'Ente locale, in quanto incaricata, in virtù di una concessione contratto, di riscuotere denaro di spettanza dello Stato o di enti pubblici, del quale la stessa ha il maneggio nel periodo compreso tra la riscossione ed il versamento, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia tra essa e l'ente impositore, che abbia ad oggetto la verifica dei rapporti di dare e avere e il risultato finale di tali rapporti, dà luogo ad un "giudizio di conto" dinanzi alla Corte dei conti. (1)

(1) La Cass., SS.UU., 28 febbraio 2020, n. 5595 ha confermato quanto già stabilito, in precedenza, dalla magistratura contabile in relazione ad un contenzioso promosso con un giudizio ad istanza di parte da un Comune nei confronti della società concessionaria finalizzato ad ottenere una specifica rendicontazione di tutte le attività svolte per il recupero delle entrate dell'ente e conclusosi con la condanna della concessionaria al pagamento di un elevato importo in favore dell'Ente locale. La natura del contenzioso e le possibilità di azione dell'Ente locale sono analizzati nella sentenza della Terza Sezione d'appello della Corte conti, 1° febbraio 2018, n. 34.

Giancarlo Astegiano

INCARICO DIRIGENZIALE E DEMANSIONAMENTO

INAPPLICABILITÀ DELLA REGOLA DELL'EQUIVALENZA DELLE MANSIONI

Cassazione civile, Sez. lav., ordinanza 28 febbraio 2020, n. 5546

La Suprema Corte (Cass., Sez. lav., ordinanza 28 febbraio 2020, n. 5546) si sofferma sui principi applicabili alla dirigenza in materia di conferimento dell'incarico e sui rimedi esperibili in caso di mancato conferimento di nuovo incarico equivalente a quello ricoperto in precedenza.

La Corte precisa che "fanno capo al dirigente due distinte situazioni giuridiche soggettive, perché rispetto alla cessazione anticipata dell'incarico lo stesso è titolare di un diritto soggettivo che, ove ritenuto sussistente, dà titolo alla reintegrazione (se possibile) nella funzione dirigenziale ed al risarcimento del danno, mentre a fronte del mancato conferimento di un nuovo incarico può essere fatto valere un interesse legittimo di diritto privato, che, se ingiustamente mortificato, non legittima il dirigente a richiedere l'attribuzione dell'incarico non conferito ma può essere posto a fondamento della domanda di ristoro dei pregiudizi ingiustamente subiti".

Occorre quindi tenere distinti "il diritto soggettivo al conferimento dell'incarico" dall'interesse "legittimo di diritto privato correlato all'obbligo imposto alla pubblica amministrazione di agire nel rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede nonché dei principi di imparzialità, efficienza e buon andamento consacrati nell'art. 97 Cost.". Il dirigente non può adire il giudice per ottenere il conferimento dell'incarico, ma potrà solo agire per ottenere il risarcimento del danno.

In relazione al caso in esame, la Corte che precisa che "non vigendo la regola dell'equivalenza delle mansioni non può sostenersi che la mancata assegnazione di un incarico equivalente a quello in precedenza ricoperto costituisca automaticamente fonte di danno risarcibile, visto che, in tema di dirigenza pubblica, la cessazione di un incarico di funzione e la successiva attribuzione di un incarico di studio non determina un demansionamento".

Sara Petrilli

PERSONALE

ASSUNZIONE E NECESSITÀ DEL CONCORSO PUBBLICO

Corte cost., 27 febbraio 2020, n. 36

Non è compatibile con la prescrizione dell'art. 97, comma 4, Cost., che, senza pubblico concorso, dipendenti di un'associazione di natura privatistica transitino nei ruoli del personale regionale con il subentro della Regione nella posizione di amministrazione pubblica datrice di lavoro, solo formalmente in via temporanea, ma di fatto in via tendenzialmente definitiva in mancanza di un termine finale per la regolarizzazione di tale transito con l'indizione di procedure di selezione pubblica. Infatti, il pubblico concorso costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le

amministrazioni pubbliche, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento e imparzialità e la facoltà del legislatore di introdurre deroghe a tale regola, con la previsione di un diverso meccanismo di selezione per il reclutamento del personale del pubblico impiego, deve essere delimitata in modo rigoroso alla sola ipotesi in cui esse siano strettamente funzionali al buon andamento dell'amministrazione e sempre che ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (Corte cost., 27 febbraio 2020, n. 36).

Giancarlo Astegiano

CONCORSO PUBBLICO E PROVA PRESELETTIVA

FINALITÀ DELLA PROVA PRESELETTIVA: SCREMARE GLI ASPIRANTI IN BASE AL LIVELLO DI PREPARAZIONE MINIMO

TAR Lazio, Sentenza 11 febbraio 2020, n. 1882

I giudici del TAR, chiamati ad esprimersi sulla legittimità dell'esclusione di una candidata ad un pubblico concorso per mancato superamento della prova preselettiva, precisano preliminarmente la sua funzione nel quadro della procedura complessiva.

"La prova preselettiva non può essere qualificata come vera e propria prova concorsuale, in quanto la finalità che l'ordinamento assegna alla stessa, è (...) quella di operare una prima scrematura tra gli aspiranti. La finalità della preselezione, dunque, è quella di accertare il possesso dei candidati di un livello di preparazione minimo, tale da rendere 'utile' la loro partecipazione alle prove concorsuali (in senso stretto), dovendosi limitare ad accertare il possesso delle conoscenze 'di base' dei candidati e, al contempo, ad escludere quanti non posseggano quel 'bagaglio culturale minimo' necessario per affrontare con qualche chance di vittoria il concorso vero e proprio."

Nel caso di specie, veniva contestata la previsione nel bando di un numero massimo di candidati ammessi alle successive prove, "totalmente sganciata dalla predeterminazione di una soglia minima di punteggio in termini di sufficienza, da correlarsi alle risposte esatte fornite dal candidato", il che, a giudizio del TAR, "può determinare un'irragionevole restrizione della partecipazione al concorso." (nel caso in esame, la candidata era stata esclusa pur avendo ottenuto un punteggio non solo superiore alla soglia della sufficienza, ma addirittura superiore al punteggio minimo richiesto per il superamento delle altre prove concorsuali).

Il TAR Lazio, Sentenza 11 febbraio 2020, n. 1882 precisa, inoltre, che "l'irragionevolezza della mera predeterminazione di una soglia di sbarramento numerico-quantitativa - ancorché astrattamente proporzionata rispetto al numero dei posti messi a concorso -, in mancanza della predeterminazione di una soglia di sufficienza ancorata al tipo e/o alla quantità di risposte esatte fornite dal candidato, risulta viepiù evidente se si considera che essa espone i candidati a preselezioni più o meno rigorose sulla base di variabili imprevedibili, quali ad esempio il numero in concreto dei partecipanti al concorso."

Sara Petrilli

CONCORSO PUBBLICO E PRINCIPIO DI SELETTIVITÀ

PRINCIPIO DI SELETTIVITÀ: INDEROGABILITÀ IN QUALSIASI PROCEDURA SELETTIVA

Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza 24 gennaio 2020, n. 600

"Il 'principio di selettività' connota l'essenza e la sostanza delle procedure concorsuali, quand'anche preordinate alla mera progressione interna all'interno della medesima area a fascia di appartenenza, al segno da condizionare, per il pubblico impiego privatizzato, la contrattazione collettiva, abilitata, sul punto, a derogare alle disposizioni contenute nel d.p.r. n. 487 del 1994".

Nel caso di una procedura di progressione verticale, essa "impone al candidato che auspichi il transito in un'area o una fascia di livello superiore una concreta ed effettiva verifica delle attitudini e delle capacità richieste dal nuovo profilo professionale".

I giudici di appello (Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza 24 gennaio 2020, n. 600) ribadiscono l'inderogabilità di tale principio in qualsiasi procedura, comprese quelle per soli titoli. Nel caso di specie, la procedura riguardava una progressione verticale riservata al solo personale interno dell'ente, con un unico partecipante.

Sara Petrilli

CONCORSO PUBBLICO E REQUISITI DI AMMISSIONE

LIMITI ALLA DISCREZIONALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE NELLA PREVISIONE DEI REQUISITI DI AMMISSIONE

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 24 gennaio 2020, n. 590

I giudici di appello accolgono il ricorso di un aspirante candidato ad un concorso pubblico, la cui partecipazione risultava preclusa per la mancanza dei titoli di studio previsti nel bando.

In particolare, il bando prevedeva, oltre al possesso della laurea, anche quello di un diploma di specializzazione, o di un dottorato di ricerca o di un master di secondo livello di durata biennale.

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza 24 gennaio 2020, n. 590 richiama il principio consolidato in giurisprudenza, secondo cui l'amministrazione ha un potere discrezionale per quanto riguarda l'individuazione dei titoli richiesti per la partecipazione ad un pubblico concorso, "da esercitare tenendo conto della professionalità e della preparazione culturale richieste per il posto da ricoprire".

Nel caso in esame, facendo applicazione di tali principi, il Consiglio di Stato ha ritenuto che "i criteri del bando impugnati non risultano in parte qua proporzionali rispetto all'oggetto della specifica procedura selettiva ed al posto da ricoprire tramite la stessa, risolvendosi pertanto in una immotivata ed eccessiva gravosità rispetto all'interesse pubblico perseguito."

Sara Petrilli