

Autotutela... può essere disposta da un organo della P.A. nominato illegittimamente?

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 15 Maggio 2012 08:20 -

N. 437/2012 Reg. Prov. Coll. N. 932 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA IN
NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) ha pronunciato la
presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 932 del 2011, proposto da:

F. F. + 9, rappresentati e difesi dagli avvocati Emanuela Vargiu e Giovanni Luigi Machiavelli,
con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Cagliari, via Peschiera n. 18;

contro

A.S.L. n. 3 di Nuoro, in persona del direttore generale e legale rappresentante, rappresentata e
difesa dall'avv. Angelo Mocci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Romina Usai in
Cagliari, via Milano n. 1/B;

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del suo Presidente, non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

A. S., rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Mereu, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Massimo Massa in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

M. A., rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Mereu, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Massimo Massa in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

D. P., rappresentata e difesa dall'avv. Antonello Rossi, con domicilio eletto presso il suo studio
in Cagliari, via Andrea Galassi n. 2;

G. A., A. B.;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 792 del 15 luglio 2011, con cui il Direttore Generale dell'Azienda
sanitaria Locale n. 3 di Nuoro ha annullato d'ufficio gli atti relativi al concorso per titoli ed esami
per la copertura a tempo indeterminato di 20 posti di Operatore Socio Sanitario;

- della deliberazione n. 17 /05 del 31 marzo 2011, con la quale la Giunta Regionale ha nominato
direttore generale della A.S.L. n. 3 di Nuoro il dott. A. S.;

- della deliberazione della deliberazione n. 688 del 13 giugno 2011, con la quale il direttore
generale della A.S.L. n. 3 di Nuoro ha nominato direttore amministrativo della medesima ASL
l'avv. M. A..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.S.L. n. 3 di Nuoro, di A. S., di M. A. e di D. P.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Emanuela Vargiu in proprio e in sostituzione dell'avv. G.L. Machiavelli per i ricorrenti, l'avv. Angelo Mocci per la A.S.L. n. 3 di Nuoro, l'avv. Antonello Rossi per la controinteressata P. e l'avv. Marcello Mereu per i controinteressati S. e A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - I ricorrenti hanno partecipato al concorso, per titoli ed esami, per la copertura, con contratto a tempo indeterminato, di 20 posti di operatore socio-sanitario (cat. B), indetto dalla A.S.L. n. 3 di Nuoro con deliberazione del Commissario Straordinario n. 507 del 29 dicembre 2009.

All'esito delle prove concorsuali, con deliberazione del Commissario Straordinario n. 401 del 31 marzo 2011 è stata approvata la graduatoria di merito, nella quale i ricorrenti risultavano compresi nel novero dei vincitori.

Con deliberazione del 15 luglio 2011, n. 792, il Direttore Generale della ASL, sul presupposto della fondatezza di una serie di vizi di legittimità formulati da diversi partecipanti alla procedura concorsuale, ha disposto l'annullamento d'ufficio degli atti del concorso pubblico di cui trattasi, compresa la deliberazione n. 401 del 31 marzo 2011 concernente l'approvazione della graduatoria finale.

2. - Con ricorso, avviato alla notifica il 21 ottobre 2011 e depositato il successivo 28 ottobre, i ricorrenti chiedono l'annullamento della predetta deliberazione di annullamento d'ufficio della procedura concorsuale, nonché dell'atto di nomina del dr. S. a direttore generale e dell'avv. A. a direttore amministrativo, della ASL n. 3, deducendo articolate censure.

3. - Si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale n. 3 di Nuoro, chiedendo che il ricorso sia respinto.

4. - Si sono costituiti i controinteressati dr. S. e avv. A., eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso, nella parte in cui con esso si impugnano i rispettivi atti di nomina, sia per difetto di giurisdizione sia per carenza di interesse. Inoltre, sollevano eccezione di inammissibilità per la mancata notifica ai controinteressati, da individuarsi nei soggetti che hanno presentato le istanze di riesame in autotutela, poste dall'amministrazione alla base dell'avvio del procedimento di secondo grado sfociato nella deliberazione di annullamento

impugnata.

Nel merito, concludono per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

5. - Si è costituita anche la controinteressata D. P., chiedendo che il ricorso sia respinto.

Propone, altresì, ricorso incidentale, avviato alla notifica il 1^a dicembre 2011 e depositato il successivo 9 dicembre, con il quale, al fine di paralizzare il ricorso principale, impugna la deliberazione di nomina del Commissario Straordinario della A.S.L., organo che ha provveduto ad approvare la graduatoria finale del concorso.

6. - All'udienza pubblica del 22 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Con il primo motivo, i ricorrenti denunciano la illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio della graduatoria concorsuale di cui trattasi, perché disposto da un soggetto (il direttore generale della ASL) illegittimamente nominato dalla Giunta Regionale (con la deliberazione n. 17/5 del 31 marzo 2011) in composizione illegittima poiché nessuna donna era presente in tale organo collegiale.

1.1. - Con il terzo motivo, i ricorrenti fanno valere, altresì, la invalidità dell'annullamento d'ufficio anche per la illegittimità della nomina del direttore amministrativo, che ha sottoscritto il provvedimento impugnato insieme al direttore generale della A.S.L. n. 3 di Nuoro, in quanto non aveva i requisiti richiesti dalla legge per ricoprire tale incarico. A tal fine i ricorrenti impugnano, come accennato in fatto, la relativa deliberazione di nomina del direttore amministrativo.

1.2. - I motivi possono essere trattati congiuntamente in quanto pongono una medesima questione giuridica.

1.3. - Essi sono, peraltro, inammissibili; e non è, pertanto, necessario esaminare nel merito i vizi dedotti contro le deliberazioni di nomina dei controinteressati.

1.4. - Ne deriva che, per questo motivo, va respinta anche l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa del controinteressato avv. A..

1.5. - Per quanto concerne le ragioni della inammissibilità, va osservato che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2407, esattamente richiamata in termini anche dalla difesa del controinteressato), dalla quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, allorché la nomina di un soggetto ad organo della p.a. si appalesi illegittima (e, in ipotesi, venga anche annullata), ciò nondimeno gli atti

medio tempore

adottati da tale soggetto restano efficaci, essendo di norma irrilevante per i terzi il rapporto in essere fra la p.a. e la persona fisica dell'organo che agisce. Proprio nella sentenza citata si richiamano i «principi applicabili nel diritto pubblico, quando in sede giurisdizionale sono annullati - anche se parzialmente - gli atti di investitura degli organi che esercitano pubbliche

funzioni. Qualora il giudice amministrativo abbia annullato la nomina del titolare di un organo monocratico o di un componente di un organo collegiale avente competenze di ordine generale, la riscontrata invalidità dell'atto di investitura non ha di per sé alcuna conseguenza sugli atti emessi in precedenza. Infatti, quando l'organo è investito di funzioni di carattere generale, il relativo procedimento di nomina ha una sua piena autonomia, sicché i vizi della nomina non si riverberano sugli atti rimessi alla sua competenza generale (Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 1996, n. 232). (...) principio - rispetto al quale è del tutto ininfluenza l'art. 21

septies

della legge n. 241 del 1990, che non ha diversamente disciplinato le conseguenze dell'annullamento dell'atto di investitura ».

Ne discende, come anticipato, che l'impugnazione delle citate deliberazioni e le censure di invalidità derivata che i ricorrenti intendono far valere avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio per cui è controversia, sono inammissibili per difetto di interesse.

2. - Con il secondo motivo, i ricorrenti lamentano che l'impugnato provvedimento di annullamento d'ufficio è viziato in quanto adottato senza il necessario e previo parere del Direttore Sanitario della ASL, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 3 dicembre 1992, n. 502.

Il motivo è infondato, sia perché l'art. 3 cit., comma 1-

quinquies

(il quale prevede che «il direttore amministrativo e il direttore sanitario (...) partecipano, unitamente al direttore generale, che ne ha la responsabilità, alla direzione dell'azienda (e) assumono diretta responsabilità delle funzioni attribuite alla loro competenza e concorrono, con la formulazione di proposte e di pareri, alla formazione delle decisioni della direzione generale») va letto alla luce del principio generale secondo cui il parere va reso in relazione alle materie e alle funzioni attribuite alla competenza dell'organo, sia perché lo stesso atto aziendale dell'ASL di Nuoro prescrive che il direttore sanitario partecipi alla direzione dell'azienda svolgendo una serie di funzioni, fra le quali non è compresa la gestione del personale (cui evidentemente attengono le procedure concorsuali).

3. - Con il quarto motivo, i ricorrenti lamentano la insussistenza delle illegittimità della procedura concorsuale, poste dall'amministrazione a fondamento dell'annullamento d'ufficio, sotto diversi profili.

3.1. - Tuttavia, in senso contrario si osservi come una delle ragioni di illegittimità della procedura concorsuale è stata individuata dall'amministrazione nella violazione dell'art. 28, comma 2, del D.P.R. 27 marzo 2001, n. 220 (Regolamento recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale) il quale, con riguardo alla composizione e alla nomina della commissione esaminatrice, prevede che i due operatori ("appartenenti a categoria non inferiore alla "B" - livello economico super di profilo corrispondente a quello messo a concorso") siano scelti uno dal Direttore generale ed uno "designato dal collegio di direzione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, fra il personale in servizio presso le unità sanitarie locali o le aziende ospedaliere o gli enti di cui all'articolo 21, comma 1, situati nel territorio della regione".

3.2. - Nel caso di specie, non risulta che i due operatori siano stati designati dal Collegio di Direzione della ASL n. 3 di Nuoro, quantomeno non risultano designati secondo le regole e i principi che disciplinano la formazione degli atti degli organi amministrativi collegiali (quale indubbiamente è il Collegio di Direzione); e ciò è implicitamente ammesso dagli stessi ricorrenti i quali finiscono col ritenere equivalente all'atto di designazione formale dei soggetti da nominare nella commissione esaminatrice, una sorta di "atto complesso" che si sarebbe formato per effetto delle note del direttore sanitario (del 31 agosto 2010, n. 9986; e del 16 novembre 2010, n. 13916), con le quali si è chiesto un parere sui nominandi componenti della commissione esaminatrice del concorso, e del silenzio serbato sul punto dai membri del Collegio di Direzione.

3.3. - Né può essere condivisa la ricostruzione operata nel ricorso, secondo cui - in base all'art. 17 del d.lgs. n. 502 del 1992, dell'art. 20 della legge regionale Sardegna n° 10 del 2006 e all'atto aziendale approvato dall'ASL n. 3 - la disposizione regolamentare di cui all'art. 28 del D.P.R. 27 marzo 2001, n. 220 non sarebbe applicabile nella Regione Sardegna; e il Collegio di Direzione non avrebbe alcuna competenza in ordine alla nomina dei componenti della commissione esaminatrice. E' sufficiente osservare, infatti, come sia una espressa disposizione contenuta nel bando di concorso a prevedere che «la Commissione esaminatrice sarà nominata secondo le modalità previste dal D.P.R. 220/2001 ai sensi degli artt. 6 e 28». In tal modo il bando rinvia alla disciplina contenuta nel «Regolamento recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale», attribuendo al «collegio di direzione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502» la designazione dei due operatori.

3.4. - Il vizio di legittimità dell'atto di nomina della commissione esaminatrice, di cui si è detto, è autonomamente idoneo (secondo noti principi) a travolgere l'intera procedura selettiva; ed è, conseguentemente, idoneo a sorreggere l'annullamento d'ufficio disposto con il provvedimento impugnato.

4. - Peraltro, come esattamente fanno rilevare i ricorrenti con il sesto motivo, l'illegittimità dell'atto non è sufficiente per l'esercizio dell'autotutela, essendo necessario anche un interesse pubblico concreto al ripristino della legalità, secondo la disciplina di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, in base alla quale il potere di autotutela può essere esercitato sul presupposto della ricorrenza di un interesse pubblico al ritiro dell'atto illegittimo, della sua prevalenza su eventuali interessi, pubblici e privati, antagonisti, e sempreché sia decorso dall'adozione dell'atto un lasso temporale ragionevole. Tutti elementi che, come noto, caratterizzano e differenziano l'annullamento (discrezionale) pronunciato dall'amministrazione all'esito di un procedimento di riesame, nell'esercizio di poteri di autotutela, rispetto all'annullamento contenzioso e all'annullamento giurisdizionale.

4.1. - Nel provvedimento impugnato, la motivazione circa la sussistenza di tale interesse fa leva su una serie di rilievi, alcuni dei quali sono del tutto generici (la "garanzia di un corretto espletamento del concorso" ovvero "l'assunzione di personale con requisiti effettivamente verificabili"). Peraltro, è manifestata anche "l'esigenza di evitare all'Azienda di essere esposta agli oneri derivanti dal fondato rischio di soccombenza nell'eventualità del preannunciato

ricorso" da parte dei candidati che hanno presentato l'istanza di riesame. E dunque anche al rischio dell'eventuale risarcimento del danno.

4.2. - Motivazione che appare, oltre che pertinente ad una valutazione concreta ed attuale dell'interesse pubblico ad annullare, anche sufficiente, ove si consideri (in conformità alla pacifica giurisprudenza sul punto) che il dovere di motivazione si attenua quando l'annullamento d'ufficio intervenga entro breve tempo dall'adozione del provvedimento annullabile e le situazioni giuridiche coinvolte non si siano consolidate.

4.3. - Nel caso di specie, l'approvazione della graduatoria finale è del 31 marzo 2011; il procedimento di riesame è stato avviato dall'amministrazione a poca distanza di tempo (la comunicazione di avvio è del 25 maggio 2011) e l'annullamento d'ufficio è stato disposto con provvedimento del 15 luglio 2011; né si può affermare che, in questo breve lasso di tempo gli effetti prodottisi per coloro i quali sono risultati utilmente collocati nella graduatoria possano ritenersi consolidati.

4.4. - Anche sotto questi aspetti, in conclusione, il motivo in esame non può essere accolto.

5. - Con il quinto motivo, i ricorrenti deducono eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento e contraddittorietà tra atti della medesima amministrazione, che per altri concorsi affetti dai medesimi vizi non avrebbe agito in autotutela.

5.1. - Il motivo, che per la genericità delle allegazioni deve essere ritenuto inammissibile, è anche infondato nella parte in cui richiama la procedura concorsuale relativa alla copertura dei posti di assistente amministrativo (cat. C), annullata con le sentenze TAR Sardegna, sez. I, n. 1201 e n. 1202 del 15 dicembre 2011, per il medesimo vizio di legittimità nella composizione e nomina della commissione esaminatrice accertato nella presente controversia. Pertanto, nessuna disparità di trattamento, né contraddittorietà, è riconoscibile nell'azione dell'amministrazione, che, tra l'altro, nel corso dei giudizi definiti con le richiamate sentenze di questo TAR, ha infine assunto una posizione processuale del tutto conforme alle statuizioni poste a base dell'annullamento d'ufficio di cui al presente giudizio, come risulta dalle medesime sentenze.

6. - In conclusione, il ricorso deve essere in parte rigettato, in parte dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

7. - Ne consegue, altresì, la improcedibilità del ricorso incidentale.

8. - Considerato il peculiare svolgimento delle vicende esaminate, si giustifica l'integrale compensazione delle spese giudiziali tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta, in parte lo dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione.

Autotutela... può essere disposta da un organo della P.A. nominato illegittimamente?

Scritto da Carmelo Anzalone

Martedì 15 Maggio 2012 08:20 -

Dichiara la improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata P. Donatella.

Spese compensate tra le parti.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Aldo Ravalli

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL CONSIGLIERE

Grazia Flaim

Depositata in Segreteria il 8 maggio 2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)