LE PIU’ RECENTI INDICAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

Di Arturo Bianco

Le amministrazioni devono verificare l’assenza di professionalità all’interno dell’ente prima del conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni. I candidati hanno diritto ad una prova suppletiva nel caso in cui siano stati assenti perché affetti da COVID-19. La monetizzazione va riconosciuta se i dipendenti non hanno goduto delle ferie per ragioni ad essi non addebitabili. E’ legittimo allentare nel successivo concorso i vincoli che l’ente ha stabilito per la mobilità volontaria. Il recupero compensativo in caso di prestazioni aggiuntive che sono state svolte dai dipendenti non ha un carattere compensativo e deve essere considerato come irrinunciabile. La competenza della giunta si estende alle scelte organizzative che possono essere qualificate come di livello intermedio, essendo esclusa solo per la microstruttura. Sono queste le più importanti indicazioni dettate dalla recente giurisprudenza amministrativa.

L’ASSENZA DI PROFESSIONALITA’ ED IL CONFERIMENTO DI INCARICHI DIRIGENZIALI

Sono legittime le procedure di nomina di un dirigente a tempo determinato da parte di una regione senza la preventiva verifica dell’assenza della specifica professionalità tra il personale direttivo dello stesso ente in quanto vi è una specifica previsione della legislazione regionale, per cui in termini generali la limitazione di tale assenza tra i soli dirigenti non è coerente con i principi dettati dal d.lgs. n. 165/2001. In questa direzione vanno le indicazioni dettate dalla sentenza del Tar Molise n. 144/2022.
In premessa, viene riconosciuta la competenza del giudice amministrativo e non di quello del lavoro, sulla scorta delle indicazioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato: “nelle procedure di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, e a termine, la relativa giurisdizione è devoluta al Giudice ordinario purché la selezione del destinatario dell'incarico non abbia carattere concorsuale. Orientamento integrato dalla precisazione che nel concetto di concorso deve ricomprendersi qualsiasi procedura selettiva comparativa, caratterizzata dalla nomina di una commissione esaminatrice con poteri decisori e dalla formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati all'esito di una valutazione comparativa”.
Nel merito leggiamo che “l’articolo 19, comma 6, d. lgs n. 165/2001 .. esige

un’esplicita motivazione sul conferimento degli incarichi a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione. Un’interpretazione logica e funzionale di tale previsione fa ritenere sufficiente che l’Amministrazione compia, al proprio interno, una ricognizione delle professionalità presenti, senza dover per forza passare da previe procedure formalizzate di interpello, e, infine, che essa esterni in modo congruo le risultanze di tale ricognizione”. Accertamento che è sufficiente svolgere con riferimento ai dirigenti a tempo indeterminato in servizio e non al personale direttivo sulla scorta delle previsioni dettate dalla legislazione della regione.
Infine, la censura che i criteri di valutazione dei titoli e dei curricula sono stati definiti dopo che la commissione ha consultato i nomi dei candidati viene rigettata con la motivazione che la stessa non ha preso conoscenza dei curricula, ma solo dei nomi: “la previa conoscenza, da parte dei membri della Commissione, dei nominativi dei candidati (conoscenza che non comporta, però, anche quella dei loro curricula) costituisce un presupposto indispensabile affinché i primi possano rendere le loro preliminari dichiarazioni relative all’assenza di cause d’incompatibilità, dichiarazione da rendersi necessariamente in sede di insediamento del relativo collegio”.

IL VINCOLO DELLA PROVA SUPPLETIVA PER I MALATI COVID

I candidati che non si sono potuti presentare ad un concorso perché malati di Covid hanno diritto ad una prova supplementare, anche se ciò non espressamente prevista dal bando. La violazione di questo principio determina l’annullamento del concorso. E’ quanto stabilisce la sentenza della seconda sezione del Tar della Sicilia, sede di Palermo, n. 157/2022.

Dobbiamo ricordare che questo orientamento non è consolidato, ma sicuramente ampiamente maggioritario. In questa direzione vanno le sentenze della sezione 3 bis del Tar di Roma n. 463/2022, della sezione 6 del Consiglio di Stato n. 1865/2021 e della sezione 3 del Tar di Roma n. 5666/2021.In senso contrario la prima sezione del Tar della Puglia, sede di Bari, n. 152/2022.

La pronuncia ricorda nelle premesse che le misure dettate per la prevenzione del Covid (tra tutte il vincolo ad avere un tampone negativo effettuato poco prima dell’esame) hanno determinato la impossibilità di partecipazione alla prova concorsuale nel caso in cui la stessa sia stata prevista esclusivamente in presenza ai candidati positivi al tampone ed assoggettati al vincolo della quarantena o dell’isolamento fiduciario. Per ovviare a questi effetti sono state dettate le disposizioni contenute nell’articolo 10 del d.l. n. 44/2021, in particolare la possibilità di dare corso allo svolgimento in modo non contestuale delle prove stesse durante la fase di emergenza. Ricordiamo che il d.l. n. 36/2022 estende tale possibilità anche in via ordinaria.

Sulla base di queste premesse viene tratta la conclusione che, anche in assenza di una specifica previsione contenuta nel bando, si deve ritenere possibile la indizione di una prova straordinaria riservata a questi candidati. I giudici amministrativi pervengono a questa conclusione sulla base dei principi di carattere generale della “ragionevolezza e della proporzionalità”. Nel caso specifico inoltre il comune ha indetto una procedura straordinaria per un candidato che non aveva potuto partecipare alle prove concorsuali per altre ragioni, il che determina una condizione di disparità di trattamento.

La sentenza trae infine la conclusione dell’annullamento del provvedimento di approvazione della graduatoria concorsuale, ordinando all’ente di predisporre lo svolgimento di una sessione straordinaria riservata al ricorrente.

LA MONETIZZAZIONE DELLE FERIE NON GODUTE

Le ferie non godute possono essere monetizzate al momento della cessazione se il mancato godimento non è ascrivibile ai comportamenti del dipendente. Lo ha stabilito la sentenza n. 2349/2022 della seconda sezione del Consiglio di Stato.

Leggiamo in premessa che “la Corte costituzionale, con la sentenza n. 95/2016, ha escluso la illegittimità costituzionale di tale norma (nda articolo 5, comma 8, d.l. n. 95/2012), potendo essere interpretata, sulla base della giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato e della prassi amministrativa, in senso conforme alla Costituzione e alle fonti internazionali ed europee a tutela del lavoro, nel senso che il divieto di monetizzazione non opera nelle ipotesi di cessazione dal servizio, quando il mancato godimento delle ferie sia dovuto a causa non imputabile al lavoratore, quali la malattia o altra causa non imputabile, essendo invece il divieto di corrispondere trattamenti sostitutivi riconducibile a fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro sia dovuta ad una scelta o a un comportamento del lavoratore, quali dimissioni, risoluzione, mobilità, pensionamento per raggiungimento dei limiti di età, che comunque consentono di pianificare per tempo la fruizione delle ferie e di attuare il necessario contemperamento delle scelte organizzative del datore di lavoro con le preferenze manifestate dal lavoratore in merito al periodo di godimento delle ferie”. Nella stessa direzione peraltro anche le indicazioni fornite dal Dipartimento della funzione pubblica con la nota n. 40033 dell'8 ottobre 2012. Viene ricordata inoltre la sentenza della Corte di Giustizia della Unione Europea del 20 luglio 2016 (causa C-341/15), per la quale “il diritto alle ferie annuali retribuite deve essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione ed è conferito a ogni lavoratore, indipendentemente dal suo stato di salute; in particolare, quando è cessato il rapporto di lavoro e allorché la fruizione effettiva delle ferie annuali retribuite non è più possibile, l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88 prevede che il lavoratore abbia diritto a un'indennità finanziaria per evitare che, a causa di tale impossibilità, il lavoratore non riesca in alcun modo a beneficiare di tale diritto, neppure in forma pecuniaria”. Di conseguenza, “il divieto di corresponsione di trattamenti economici sostitutivi per le ferie non godute non si applica nei casi in cui il loro mancato godimento dipenda da cause non imputabili al lavoratore, dovendosi invece ritenere operante il divieto tutte le volte in cui il dipendente abbia avuto la possibilità di richiederle e di fruirne”.

LA MOBILITA’ E LA NON COINCIDENZA I REQUISITI PREVISTI DAL SUCCESSIVO CONCORSO

Una PA può prevedere criteri stringenti per la mobilità volontaria e criteri meno rigidi, dopo che tale procedura non ha condotto ad avere un vincitore, per il successivo concorso pubblico. Lo stabilisce la sentenza della terza sezione del Consiglio di Stato n. 2410/2022.

In premessa ci viene detto che “la Pubblica Amministrazione, in caso di vacanza di risorse, ha il precipuo obbligo di indire una procedura di mobilità volontaria attraverso la pubblicazione di un bando che permetta il passaggio diretto di dipendenti che abbiano una qualifica corrispondente a quella necessaria, anche se di altre Amministrazioni, e ciò, evidentemente, non con un mero obiettivo di risparmio economico-finanziario volto a limitare le nuove assunzioni e quindi il numero delle dei pubblici impiegati .. bensì al fine di valorizzare ed ottimizzare l'impego delle risorse umane disponibili e delle professionalità ed esperienze maturate nell'ambito delle diverse pubbliche amministrazioni, consentendo l'immediata applicazione del nuovo personale secondo le proprie capacità e la propria scelta (come previsto dall'art. 4 Cost.) e limitando i relativi oneri formativi”.

Leggiamo che “il concorso pubblico, al contrario della procedura di mobilità, consente di selezionare, nel rispetto dei principi di trasparenza e di valorizzazione del merito, i più capaci e meritevoli fra tutti gli aspiranti, giustificando sul doppio profilo dell'imparzialità e del buon andamento il successivo investimento della Pubblica Amministrazione nella loro formazione professionale, e pertanto impone di ponderare la richiesta di particolari requisiti professionali e di esperienza con l'opposto interesse pubblico alla massima partecipazione dei candidati, e quindi alla ottimale selezione delle migliori risorse disponibili”.

Nel merito leggiamo che “non vi è stata alcuna ingiustizia, o irragionevolezza, o disparità di trattamento, contro la resistente, che semplicemente non disponeva dei prescritti requisiti per la prima procedura attivata, requisiti poi del tutto ragionevolmente ridotti dalla medesima Amministrazione in relazione sia, come detto, al diverso strumento selettivo legittimamente attivato, sia, proprio, in ragione del mancato rinvenimento di soggetti idonei all'esito della prima procedura attivata.. non vi è stata alcuna lesione del principio di correttezza e leale collaborazione tra Amministrazione e amministrati. Infatti, considera il Collegio, il principio di imparzialità e buon andamento che deve informare il rapporto fra amministrazione e cittadini risulta essere stato pienamente rispettato secondo ragionevolezza e proporzionalità, come sopra considerato, mediante la successiva attivazione dei due diversi strumenti della mobilità e del pubblico concorso, ed anche i principi di trasparenza e di partecipazione al procedimento risultano essere stati rispettati (quali corollari dei principi precedentemente indicati) nella fattispecie, mediante la pubblicazione dell'interpello per mobilità e del bando di concorso pubblico.. emerge un comportamento dell'Amministrazione improntato non solo alla correttezza, sotto il proprio profilo soggettivo e deontologico, bensì anche ai generalissimi principi di buona fede e tutela dell'affidamento.

LO STRAORDINARIO ED IL RIPOSO COMPENSATIVO

I principi da applicare nel caso di prestazioni rese in giornate festive e di diritto al riposo compensativo sono dettati dalla sentenza della seconda sezione del Consiglio di Stato n. 136/2022. Leggiamo che la indennità per le attività svolte in giornata festiva “ha la funzione di remunerare il disagio connesso alla prestazione dell'attività lavorativa in una giornata destinata al riposo e quindi non incide sul computo dello straordinario; poiché l'orario di lavoro settimanale è suddiviso in 6 ore giornaliere, le ore di servizio dalla prima alla sesta, ancorché prestate in giornate destinate al riposo, non sono considerate straordinario, ma vengono remunerate con la corresponsione dell'indennità compensativa, fermo restando il recupero del riposo settimanale o della festività infrasettimanale; la funzione del recupero mediante la turnazione di riposo non ha carattere retributivo, essendo invece quella di compensare il disagio arrecato per aver prestato servizio in giorno festivo, avuto riguardo al fatto che la festività ha di norma carattere irrinunciabile e che il disagio stesso costituisce un fatto oggettivamente irrimediabile, se non con l'istituto in questione; il compenso per lavoro straordinario ha, invece, un'altra finalità, che è quella di compensare le prestazioni rese oltre le 36 ore settimanali, sul presupposto della maggiore gravosità dell'attività prestata in eccedenza rispetto al normale orario di lavoro. Pertanto, sempre fermo restando il diritto al recupero, qualora la prestazione lavorativa resa nei giorni destinati al riposo settimanale o nei giorni festivi infrasettimanali concorra, su base settimanale, al superamento delle 36 ore, spetta al personale sia l'indennità per le attività svolte in giornate festive e per l'attività giornaliera prestata, sia il compenso straordinario per tutte le ore eccedenti, su base settimanale, le 36 ore”.

L’ADOZIONE DELLE SCELTE ORGANIZZATIVE

La competenza alla adozione delle scelte organizzative spetta alla giunta, salve le competenze dei dirigenti relativamente alla miscrostruttura. Nell’ambito delle competenze dell’organo di governo vanno comprese anche le scelte che attengono alle articolazioni organizzative intermedie. E’ questa la indicazione di maggiore rilievo contenuta nella sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato n. 4713/2022.

In premessa ci viene ricordato che quello sull’ordinamento degli uffici e dei servizi è un “regolamento sui generis, di competenza della giunta .. proprio per porre in evidenza che la organizzazione degli uffici degli enti locali è vicenda intrinsecamente collegata con il potere operativo”. Ed ancora, “il potere di organizzazione degli uffici è ripartito ex lege tra gli organi politici e di vertice e i dirigenti”. E’ legittimo che la giunta decida su settori e servizi, lasciando al dirigente la competenza a decidere sugli uffici, strutture dirigenziali di dettaglio, “benchè la gestione delle risorse nell’ambito degli stessi sia rimessa al dirigente. Il che non è di per sé né illegittimo o irragionevole, né violativo delle competenze dirigenziali: la doglianza si risolve infatti nel criticare in radice il fatto che il Servizio sia qualificato alla stregua di macrostruttura .. l’individuare i Servizi quali macrostrutture non è di per sé illegittimo, se non in caso di sviamento del potere applicativo esercitato - e cioè di concreta(irragionevole) riconduzione al livello dei Servizi di uffici di carattere minuto. In tale contesto, l’autonomia organizzativa del dirigente è ben preservata in ragione della possibilità di istituite e organizzare uffici nell’ambito dei servizi individuati, gestendone il relativo personale, ciò che vale peraltro a soddisfare (e non contraddice) anche i principi di flessibilità e autonomia organizzativa”. Peraltro, nel caso specifico, “la distribuzione delle risorse fra i servizi compete al dirigente, il che lascia salve le prerogative di quest’ultimo.. la Giunta ha ritenuto (non illegittimamente né irragionevolmente) di qualificare i Servizi, nella loro individuazione, fra gli uffici di maggiore rilevanza (non dovendo questi ultimi coincidere necessariamente ed esclusivamente, aidetti fini dell’individuazione ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, con i soli aggregati organizzativi apicali) rimettendo nondimeno ai dirigenti la distribuzione delle risorse fra l’uno e l’altro.. Tale complessivo assetto non risulta in sé illegittimo, se non nell’eventualità -inerente all’esercizio concreto del potere applicativo da parte della Giunta, in fase attuativa delle previsioni regolamentari- in cui venissero individuati Servizi che palesemente non sono qualificabili in concreto quali macrostrutture, assumendo una diversa natura e conformazione”.