

N. 01842/2015REG.PROV.COLL.
N. 08855/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL PO POLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8855 del 2009, proposto da:
Azienda Speciale Chieti Solidale, in persona del Direttore pro tempore
rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Larizza e dall'Avv. Germano
Nuzzo, del Foro di Chieti, con domicilio eletto presso l'Avv. Dario
Buzzelli in Roma, Via Pasubio, n. 15;

contro

Francesca Alleva, rappresentata e difesa dall'Avv. Angela Marina Nigro
e dall'Avv. Nicola Rullo, del Foro di Pescara, con domicilio eletto
presso l'Avv. Alessio Costantini in Roma, Via Ruggero Fauro, n. 102;

nei confronti di

Valentina D'Urbano, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI
PESCARA: SEZIONE I n. 00346/2009, resa tra le parti, concernente
l'annullamento della selezione di un Direttore di Farmacia, livello Q2

del C.C.N.L. per dipendenti di Aziende Farmaceutiche Speciali

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Francesca Alleva;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2015 il Cons. Massimiliano Noccelli e udito, per l'Azienda Speciale Multiservizi "Chieti Solidalè" appellante, l'Avv. Ianni Ficorilli, su delega dell'Avv. Nuzzo, nonché, per l'appellata Francesca Alleva, l'Avv. Nardelli su delega dell'Avv. Nigro e dell'Avv. Rullo;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Speciale Multiservizi "Chieti Solidalè", Azienda speciale del Comune di Chieti, ha indetto pubblica selezione, per titoli ed esami, «per la formazione di una graduatoria per l'assunzione di n.1 Direttore di farmacia, stabilendone la possibile utilizzazione «per la copertura di analoghe posizioni di lavoro che si rendesse eventualmente disponibili nel periodo di validità della graduatoria medesima, come meglio specificato successivo art. 8.

2. Il citato art. 8 ha previsto l'obbligo, per chi avesse superato la prova orale, di inviare, entro i successivi 15 giorni, i titoli di preferenza indicati nella domanda di partecipazione: il rinvio a questa disposizione va inteso, quindi, come possibilità di utilizzare la graduatoria per i posti che si fossero resi disponibili durante l'espletamento della selezione.

3. L'art. 9, punto 2, dell'avviso, ha poi così disposto: «È facoltà dell'Azienda di non procedere ad alcuna nomina di annullare, quindi, la selezione quando ritenga che non possa essere garantita una buona scelta nell'interesse dell'Azienda».

4. Alla selezione ha partecipato la dott.ssa Francesca Alleva, odierna appellata ed unica ad essere ammessa alla prova orale, poi superata e, quindi, unica candidata inserita nella graduatoria di merito.

5. L'interessata ha chiesto notizie all'Azienda sul prosieguo del procedimento e il Presidente dell'Azienda, dopo averle comunicato l'esistenza di un'attività istruttoria sulla valutazione dello svolgimento della prova e dei suoi effetti, a seguito di successiva diffida dell'interessata, con raccomandata del 24.12.2008, le ha comunicato che il Consiglio di amministrazione dell'Azienda, con atto del 10.9.2008 n. 65, in applicazione dell'art. 9, comma 2, dell'avviso, aveva deciso di non procedere ad alcuna nomina e di annullare la selezione perché:

- «non è stato raggiunto l'obiettivo minimo perseguito dall'Azienda stessa, quale la formazione di una graduatoria di merito da utilizzarsi, oltre che per l'assunzione di un direttore di farmacia, anche per la copertura di analoghe posizioni di lavoro che si rendessero eventualmente necessarie per sostituzioni e/o vacanze d'organico»
- «il risultato effettivamente ottenuto non ha soddisfatto garantito la soluzione di una problematica più ampia e duratura derivante dalla necessità di ottenere una graduatoria specifica dalla quale trarre personale qualificato nell'ambito lavorativo evidenziato».

6. Il provvedimento n. 65/2008, dianzi menzionato, è stato impugnato dall'interessata avanti al T.A.R. Abruzzo, sezione staccata di Pescara, deducendo alcuni profili di violazione di legge e di eccesso di potere, così riassumibili:

- la motivazione dell'annullamento fa riferimento ad esigenze non previste dall'art. 9, 2 comma, dell'avviso e, comunque, l'interruzione del concorso ben poteva essere disposta già a seguito della sua unica ammissione alla prova orale, senza aggravare il procedimento ed ingenerare aspettative in buona fede;

- neppure esistono i presupposti per l'annullamento della selezione, essendo la stessa prioritariamente finalizzata all'assunzione di un Direttore di farmacia e solo come mera possibilità quella di utilizzare la relativa graduatoria;
- l'annullamento è, in ogni caso, del tutto sproporzionato rispetto alle effettive finalità della selezione e neppure si conforma ai principi di pubblicità, imparzialità, trasparenza e tutela dell'affidamento richiamati dall'art. 35, comma 3, del d. lgs. 165/2001, oltre che dall'art. 97 della Cost.;
- in subordine, è da considerare illegittima la stessa disposizione di cui all'art. 9, comma 2, dell'avviso, perché, di fatto, costituisce una condizione meramente potestativa e, quindi nulla ai sensi dell'art. 1355 c.c., attesa l'eccessiva indeterminatezza del criterio discrezionale che l'Amministrazione si è riservata con l'espressione «buona scelta nell'interesse dell'Amministrazione», in alcun modo correlata a predeterminati parametri oggettivi di valutazione;
- in ulteriore subordine, la suindicata clausola dell'avviso sarebbe illegittima per violazione dell'art. 21-nonies della l. 241/1990, in quanto l'annullamento di un atto amministrativo può essere disposto per eventuali vizi di legittimità, mentre quelli adottati nella motivazione del provvedimento impugnato non hanno siffatta natura, né sussistono i presupposti per considerarla, sia pure impropriamente, una revoca in quanto neppure si fondano su una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico sottostante alla pubblicazione dell'avviso di selezione né si fondano sugli specifici presupposti ammessi a tal fine dalla giurisprudenza, come il sopravvenuto blocco delle assunzioni, la necessità di rideterminare la pianta organica o la mancanza di copertura finanziaria: di contro, l'approvazione definitiva della graduatoria e la

conseguente assunzione della ricorrente non pregiudica affatto l'Azienda, dal momento che per coprire il posto di direttore di farmacia dovrà indire un nuovo avviso pubblico.

7. A conclusione del ricorso è stata chiesta la condanna dell'Azienda intimata al risarcimento dei danni, attesa l'illegittimità dell'atto impugnato e la lamentata violazione dell'art. 1337 c.c.

8. L'Azienda Speciale Chieti Solidale non si è costituita nel primo grado di giudizio.

9. Con la sentenza n. 346 dell'11.5.2009 il T.A.R. Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha accolto il ricorso e ha annullato il provvedimento n. 10 del 2008, adottato dal Consiglio di amministrazione dell'Azienda Speciale Multiservizi "Chieti Solidale", mentre ha dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento danni proposta con il ricorso stesso.

10. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'Azienda Speciale Multiservizi "Chieti Solidale" e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, lamentandone l'erroneità sotto tre distinti profili:

a) il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per essere l'Azienda Speciale un ente pubblico economico e, in quanto tale, non rientrante nel novero degli enti pubblici contemplati dall'art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001;

b) l'inammissibilità del ricorso per violazione delle norme in materia di litisconsorzio passivo necessario;

c) l'infondatezza, nel merito, del ricorso ex adverso proposto in primo grado.

11. Si è costituita nel presente grado di giudizio l'appellata, dott.ssa Francesca Alleva, chiedendo la reiezione dell'avversario gravame.

12. Con ordinanza n. 6042 dell'11.5.2009 è stata accolta l'istanza incidentale di sospensione proposta dall'odierna appellante.

13. Nella pubblica udienza del 5.3.2015 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

14. L'appello è infondato e va respinto.

15. Deve essere esaminato in via pregiudiziale, secondo l'ordine logico-giuridico delle questioni proposte, il primo motivo di appello (pp. 6-13 del ricorso), con il quale l'Azienda Speciale ha eccepito che il giudice amministrativo non potrebbe conoscere della presente controversia, relativa alla procedura concorsuale bandita dall'Azienda Speciale Multiservizi "Chieti Solidalè", per la ragione che tale Azienda non rientrerebbe nel novero delle strutture inquadrabili tra le strutture pubbliche, intendendosi per tali, secondo l'appellante, solo ed esclusivamente quegli apparati che svolgono attività costituenti «l'Amministrazione pubblica in senso oggettivo» (p. 6 del ricorso) e, cioè, le attività svolte nell'interesse dei cittadini, in attuazione dell'indirizzo degli apparati politici e nel rispetto dei principi costituzionali e di una articolata disciplina che ne rappresenta lo svolgimento.

15.1. In particolare, sottolinea l'Azienda appellante, essa non sarebbe ascrivibile alla categoria degli «enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali», di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001, in quanto essa non sarebbe dotata di poteri autoritativi e, più in generale, di potestà di ordine o effetto pubblicistico, ma opererebbe nel campo della produzione di beni e di servizi e svolgerebbe attività prevalentemente ed esclusivamente economiche, improntando l'esercizio di queste al criterio della obiettiva economicità, intesa quale necessità minima di copertura dei costi dei fattori produttivi attraverso i ricavi.

15.2. Il motivo è infondato.

15.3. È vero in linea di principio, come sostiene l'appellante, che un ente pubblico è di natura economica se produce, per legge e per statuto (e

quindi in modo non fattuale e non contingente) beni o servizi con criteri di economicità, ossia con equivalenza, almeno tendenziale, tra costi e ricavi, analogamente ad un comune imprenditore.

15.4. Se tuttavia l'ente può normativamente perseguire molte finalità con finanziamenti dello Stato e di altri enti pubblici e, cioè, diversi dai corrispettivi ottenuti, indipendentemente dall'utilizzazione concreta, la gestione, comunque, non è economica, non avendo effetti automatici, come ha precisato la Corte regolatrice della giurisdizione, la sopravvenienza della l. 142/1990, contenente la riforma degli enti locali, in assenza di trasformazione o soppressione della struttura associativa preesistente (Cass., Sez. Un., 20.10.2000, n. 1132).

15.5. Secondo la Suprema Corte l'indagine rivolta a stabilire se un ente pubblico sia o meno economico, in diversi termini, deve essere compiuta tenendo presente la disciplina legale e statutaria che ne regola l'attività con riferimento agli scopi dell'ente medesimo, non rilevando, a tal fine, l'oggetto dell'attività stessa (Cass., Sez. Un., 11.7.2006, n. 15661).

15.6. Rifuggendo quindi da fuorvianti e aprioristiche categorizzazioni, alla stregua dei criteri interpretativi di massima indicati dalle Sezioni Unite, deve osservarsi che nel caso di specie è particolarmente significativo quanto dispone l'art. 37ter dello Statuto dell'Azienda, secondo cui «qualora l'Amministrazione comunale per ragioni di carattere sociale disponga che l'Azienda effettui un servizio ovvero svolga un'attività senza il completo recupero dei relativi costi sull'utenza, oppure attraverso contributi di altri Enti, e non si copra l'intercosto del servizio o dell'attività assegnata, deve versare all'Azienda stessa il contributo finanziario occorrente alla copertura dei relativi costi, fino al raggiungimento del pareggio».

15.7. È dunque evidente che l'Azienda non opera secondo un unico e

rigoroso criterio di economicità, almeno non nei modi e nei limiti che sono propri e tipici di un ente pubblico economico, poiché essa per statuto può e deve far assegnamento sulle risorse finanziarie del Comune nell'ipotesi, si badi, di attività non puramente volte alla produzione di beni e servizi, ma anche dettate da «ragioni di carattere sociale», ciò che connota indubbiamente l'Azienda in questione come un ente pubblico non economico, al di là del tendenziale principio, pure affermato nell'art. 37bis dello Statuto, che le tariffe e i prezzi dei servizi forniti dall'Azienda, in via generale, «mirano ad assicurare – ma non è detto né certo che assicurino – la ««copertura dei costi

15.8. E tanto è ben evidente nel caso di specie, relativo alla selezione pubblica, bandita dall'Azienda Speciale Multiservizi "ChietiSolidale", per la formazione di una graduatoria per l'assunzione di un Direttore di farmacia – livello Q2 del CCNL per i dipendenti da Aziende Farmaceutiche Speciali e, cioè, delle farmacie pubbliche che, secondo la contrattazione collettiva, sono controllate dalle imprese dagli enti locali, in qualsiasi forma gestite o partecipate, esercenti farmacie, magazzini all'ingrosso e laboratori.

15.9. Ne segue che, rientrando l'Azienda in questione – alla stregua delle coordinate sistematiche individuate dalle Sezioni Unite – tra gli enti pubblici non economici comunali, la procedura pubblica da essa bandita per la selezione del Direttore di Farmacia spetta alla cognizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d. lgs. 165/2001.

16. Quanto al secondo motivo di appello (pp. 13-14 del ricorso), con il quale l'Azienda appellante lamenta l'inammissibilità del ricorso in primo grado per la mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati, ne è evidente l'infondatezza.

16.1. Assume l'Azienda che tutti i partecipanti alla procedura selettiva, esclusi nella prima fase della stessa, fossero soggetti controinteressati nel giudizio incardinato avanti al T.A.R. in quanto soggetti potenzialmente svantaggiati da un eventuale accoglimento del ricorso per effetto della posizione di vantaggio acquisita in conseguenza dell'atto di autotutela impugnato poiché quest'ultimo, facendo venir meno gli effetti della selezione che vedeva tutti i candidati, ad eccezione della ricorrente, esclusi dalla prima prova scritta, avrebbe consentito loro di venire reintegrati nella posizione di un eventuale ulteriore e nuova selezione da svolgersi per la creazione di una graduatoria da utilizzare per l'eventuale copertura dei posti da Direttore di farmacia.

16.2. La tesi è infondata ed errata poiché i presunti controinteressati e, cioè, gli altri concorrenti non ammessi alle prove orali non avrebbero subito alcuna preclusione dall'esito negativo del concorso, non potendo ragionevolmente e seriamente sostenersi che essi, sol perché esclusi dalle prove orali della procedura in questione, avrebbero potuto essere reintegrati, per l'annullamento della procedura e del suo esito, nella posizione di candidati di una nuova selezione.

16.3. La loro posizione di candidati in una ipotetica futura nuova selezione dipende, infatti, solo dalla loro domanda di partecipazione alla nuova selezione, laddove appunto bandita, e non certo dall'esito sfavorevole di una selezione precedente, non configurandosi certo – né essendo in alcun modo dalla legge contemplato – tale esito quale elemento ostativo alla partecipazione ad una nuova selezione.

16.4. Di qui la rilevanza del secondo motivo, non essendovi né essendo identificabili nemmeno in via sostanziale presunti controinteressati rispetto all'atto di annullamento, in autotutela, della intera procedura di selezione e del suo esito favorevole per l'unico candidato ritenuto

idoneo, poiché l'esito sfavorevole di questa non poteva costituire un pregiudizio per la partecipazione ad eventuali nuove selezioni per i candidati esclusi dalla gara.

17. Deve infine essere esaminato il terzo, invero confusamente e genericamente articolato, motivo di appello (p. 13 del ricorso), con il quale l'Azienda deduce che il ricorso di primo grado doveva essere respinto in quanto l'unico obiettivo della selezione era quello di formare una graduatoria da utilizzare per la copertura di posti da Direttore di farmacia in un ambito temporale rappresentato dal biennio di validità della graduatoria, mentre tale obiettivo non sarebbe stato raggiunto, sicché si giustificerebbe e sarebbe legittimo l'annullamento dell'intera selezione in ottemperanza di quanto previsto dal bando.

17.1. Il motivo è destituito di fondamento.

17.2. Bene ha rilevato il T.A.R., al riguardo, che l'annullamento è illegittimo perché l'art. 9, comma 2, dell'avviso in nessun modo aveva previsto che finalità essenziale o precipua della selezione fosse quella di formare una graduatoria comprendente più candidati alla quale attingere nel corso dei due anni, bensì quella appunto di assumere in servizio un Direttore di farmacia che, all'esito della selezione, risultasse idoneo, come idonea è risultata essere la dott.ssa Francesca Alleva.

17.3. Il richiamato art. 9, comma 2, dell'avviso fa solo riferimento alla facoltà di non procedere ad alcuna nomina e di annullare, quindi, l'intera selezione quando l'Azienda ritenga che non possa essere garantita una buona scelta nell'interesse dell'Azienda, previsione, questa, tanto vaga e imprecisata da far dubitare, peraltro, della sua legittimità, ma non allude in alcun modo alla necessità di ottenere una graduatoria specifica dalla quale trarre personale qualificato da utilizzarsi, oltre che per l'assunzione di un Direttore di Farmacia, anche per la copertura di analoghe

posizioni di lavoro che si rendessero eventualmente necessarie per sostituzioni e/o vacanze di organico.

17.4. Evidente è quindi l'eccesso di potere in cui è incorsa l'Amministrazione, anche per violazione del principio utile per inutili non vitiate del fondamentale canone di proporzionalità e di efficienza e, in ultima analisi, di buon andamento, non essendo consentito annullare una procedura selettiva che abbia raggiunto il suo scopo, in difetto di puntuali e stringenti motivazioni, sol perché essa non abbia raggiunto, eventualmente, più del suo scopo e, cioè, la formazione di una graduatoria di idonei alla quale potere attingere.

17.5. E tanto perché, proprio come specificato nelle premesse dell'avviso di selezione, la selezione pubblica è stata indetta per la formazione di una graduatoria per l'assunzione di un Direttore di farmacia, mentre la graduatoria di merito "può" essere utilizzata per la copertura di analoghe posizioni.

18. Ne segue che l'appello, per i motivi esposti, deve essere respinto.

18.1. Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'Azienda appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'Azienda Speciale Multiservizi "Chieti Solidalè" a rifondere in favore di Francesca Alleva le spese del presente grado di giudizio, che liquida nell'importo di € 4.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/04/2015

IL SEGRETARIO

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