

Publicato il 13/12/2021

N. 12857/2021 REG.PROV.COLL.
N. 06680/2020 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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6680 del 2020, proposto da Giovanni Cucuzza, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Luciano Crea, Francesco Madeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di **Ardea**, in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonino Galletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, P.le Don Giovanni Minzoni 9;

Francesco Giovinazzo, non costituito in giudizio;

Aniello Palumbo, rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Lattari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 951/2019 del Comune di **Ardea**, di ogni altro atto presupposto connesso collegato e consequenziale, ivi compresa comunicazione nullità contratto di lavoro e decreti del Sindaco nn. 16- 17 - 18/2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di **Ardea** e di Aniello Palumbo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2021 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'odierno ricorrente espone di aver prestato servizio presso la Regione Lazio, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, qualifica D3 (giuridica) e D6 (economica) dal 1 marzo 1993 al 28 febbraio 2008, quando veniva assunto quale dirigente a tempo determinato presso il Comune di **Ardea** ai sensi dell'art. 110 del D.lgs n. 267/2000.

Quest'ultimo Ente indiceva un concorso pubblico, per soli esami, per la copertura di un posto della qualifica unica dirigenziale del comparto Regioni ed Enti locali, profilo Dirigente Amministrativo.

Il ricorrente prendeva parte al concorso che superava, risultando vincitore come da determinazione dirigenziale di approvazione della graduatoria nr. 115 del 2 settembre 2010 e conseguendo l'assunzione in ruolo con sottoscrizione del relativo contratto di lavoro, previa dimissioni dalla Regione Lazio, in data 29 settembre 2010.

Nelle more dell'assunzione in ruolo, impugnava la graduatoria il secondo classificato, Mario Giovinazzo, il ricorso del quale veniva accolto da questo

TAR, con sentenza nr. 472/2015 che annullava la graduatoria *in parte qua*.

Nella sentenza nr. 472/2015, tuttavia, il Giudice Amministrativo declinava la propria competenza sulla domanda di accertamento del diritto del ricorrente Giovinazzo ad essere nominato vincitore, all'assunzione in servizio ed al risarcimento dei danni conseguenti alla mancata tempestiva assunzione.

Appellata la sentenza nr. 472/2015, previo accoglimento della domanda cautelare (che determinava la sospensione del procedimento di esecuzione della sentenza di primo grado che il Comune aveva nel frattempo avviato), il dott. Giovinazzo Francesco rinunciava all'effetto conformativo ed alla statuizione di annullamento della sentenza di primo grado; il Consiglio di Stato, conseguentemente, dava atto della reviviscenza degli effetti degli atti impugnati in primo grado; respingeva gli appelli principali; accoglieva l'appello incidentale del dott. Giovinazzo e, per l'effetto, dichiarava la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria formulata in primo grado, con rimessione – in parte qua – della causa al giudice di primo grado per la relativa pronuncia (sentenza nr. 1021/2016).

Precisa, dunque, il ricorrente Giovanni Cucuzza che in esito alla conclusione del giudizio, i vizi della graduatoria venivano accertati ai soli fini della domanda di risarcimento del danno, senza annullamento dei provvedimenti impugnati. Il Comune, inoltre, all'esito dell'appello non avviava alcun tipo di iniziativa in autotutela, ma assegnava all'odierno ricorrente, nel frattempo rimasto in servizio quale dirigente del Comune medesimo, ulteriori incarichi direttivi di uffici (analiticamente elencati in ricorso), così manifestando una oggettiva determinazione a voler mantenere in essere la graduatoria.

La volontà confermativa trovava conforto anche in una relazione del difensore che aveva patrocinato l'Ente nel giudizio conclusosi come sopra indicato, il quale – parere dell'8 aprile 2016 – rilevava che non “*appaiono sussistere le*

condizioni perché il Comune possa legittimamente agire in autotutela, di sua iniziativa, prendendo a riferimento la pronuncia del Consiglio di Stato nella parte in cui dichiara la illegittimità della positiva valutazione dell'elaborato del Cucuzza".

Riassunto il giudizio ai fini risarcitori, il TAR, con la sentenza n. 4305 del 2 aprile 2019, accoglieva la richiesta del ricorrente in quella sede (dott. Giovinazzo), limitatamente al periodo compreso tra l'8 novembre 2010 (data in cui quest'ultimo notificava all'Amministrazione il ricorso avverso la graduatoria) ed il 28 gennaio 2015 (momento in cui veniva comunicata l'intenzione del ricorrente di rinunciare agli effetti conformativi della sentenza che aveva accolto l'impugnazione della graduatoria).

In particolare, nella sentenza nr. 4305/2019 il TAR espressamente indicava che *"alla data di notifica del ricorso8.11.2010...l'Amministrazione comunale avrebbe comunque preso atto della oggettiva impossibilità di attribuire la paternità del tema al candidato vincitore"*.

Il Comune, con deliberazione nr. 28 del 10 aprile 2019, conferiva ad un legale esterno un mandato per redigere un parere *pro veritate* sul seguente quesito: *"1. Se, a seguito delle sentenze TAR e CdS, richiamate da ultimo nella sentenza di condanna al risarcimento Tar Lazio 4305/2019 ... si renda doveroso per l'Ente l'avvio di procedure di annullamento in autotutela o quant'altro risulti legittimamente necessario e, conseguentemente, la risoluzione per invalidità derivata del contratto; 2. Se il datore di lavoro debba intraprendere attività consequenziali alle suddette pronunce a tutela dell'Ente"*.

Il legale incaricato rendeva il proprio parere il 28 aprile 2019, significando che il lasso di tempo trascorso non fosse d'impedimento all'adozione del provvedimento di annullamento, a condizione però di una *"ponderosa ed adeguata motivazione che dia atto dell'attualità dell'interesse alla caducazione dei provvedimenti amministrativi assunti e del pregiudizio*

dell'Ente, comparando la situazione di affidamento, certamente colpevole, dell'Avv. Cucuzza, ma tollerato ed ampliato dall'Ente sia dal persistere dell'inerzia, sia dalla condotta accertata in sede processuale”.

Seguivano la deliberazione della Giunta n. 38 del 9 maggio 2019 (che dava mandato al dirigente del Servizio Personale di svolgere le attività necessarie a perseguire il concreto interesse pubblico al ripristino della legalità), nonché l'avvio di un procedimento disciplinare (13 maggio 2019) per violazione degli obblighi previsti dall'art. 5 del CCNL e violazione dell'art. 55 quater comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 165/2001, archiviato il 18 giugno per decorrenza dei termini.

In data 28 giugno 2019, veniva adottato il provvedimento impugnato (determina nr. 951 del 28 giugno 2019) con il quale l'Ente disponeva “... *di attivare il procedimento di autotutela, in ossequio ai noti principi generali di buona amministrazione, efficacia, trasparenza e del giusto procedimento che non permette più a questo Ente di protrarre una situazione di assoluta nullità di un contratto individuale di assunzione affetto ab origine da illiceità della causa; - di procedere alla rettifica parziale della graduatoria concorsuale approvata con determinazione n. 115 del 02/09/2010, ricorrendo una grave lesione del principio di legalità dell'azione amministrativa insanabile, mediante l'eliminazione del nominativo dell'Avv. G.C. al primo posto della medesima e rielaborazione della stessa; - di dare atto che, pertanto, la graduatoria concorsuale è così rimodulata: Giovinazzo Francesco ...[...]* - di procedere all'annullamento della determinazione n. 125 del 21/09/2010 di assunzione a tempo pieno ed indeterminato dell'Avv. G.C. e di tutti gli altri atti conseguenti e connessi; - di procedere con successivo atto a comunicare all'Avv. G.C. la nullità per invalidità derivata del contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato, per illiceità della causa”.

Il successivo 1° luglio, il Comune inviava nota con cui comunicava all'odierno ricorrente “ *che la sua prestazione lavorativa a favore del comune di Ardea non è più richiesta, con decorrenza dalla data di ricevimento della presente, per nullità per invalidità derivata del contratto, per illiceità della causa*”. Nel contempo, il Comune ripartiva i vari servizi rientranti nell'Area II “ Servizi alla Persona e Servizi Demografici”, già attribuita al Cucuzza, ad altri dirigenti comunali.

Il dott. Cucuzza impugnava la determina di annullamento in autotutela della graduatoria e di risoluzione del contratto di lavoro con ricorso che il TAR, con sentenza nr. 11486 del 2 ottobre 2019, accoglieva in parte, annullando la determinazione nr. 951/2019 per violazione delle regole del giusto procedimento e declinando la propria giurisdizione con riguardo alla impugnazione della dichiarazione e comunicazione di nullità del contratto e delle note di affidamento e redistribuzione delle mansioni, nonché alla domanda di risarcimento del danno, in favore del giudice ordinario.

Appellata la sentenza nr. 11486/2019, il Consiglio di Stato la riformava con decisione nr. 3650/2020 del 9 giugno 2020, che, rilevata la non integrità del contraddittorio (il ricorso era invero notificato ad un controinteressato, ma non ad altri, meglio precisati in detta decisione), rinviava la causa al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1 del c.p.a.

Pertanto, il ricorrente ha riassunto l'azione con l'odierno ricorso introduttivo, nel quale ripropone, avverso gli atti impugnati, le seguenti censure.

I) *Violazione degli artt. 7, 8 e 10 legge 241/1990. Vizio del procedimento. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento di legge* (sarebbe mancata la comunicazione di avvio del procedimento ed ogni garanzia di partecipazione e contraddittorio del ricorrente nel procedimento stesso; la natura discrezionale del procedimento, di autotutela, avrebbe imposto tale partecipazione, la quale avrebbe consentito

al ricorrente di far rilevare una serie di elementi a suo favore, tra i quali l'affidamento, nonché l'esistenza di pareri legali interni che erano favorevoli al mantenimento degli effetti della graduatoria).

II) *Violazione dell'art. 21 nonies l. 241/90, così come modificato dalla legge n. 124/2015. Tardività del provvedimento. Violazione del principio di affidamento del privato e di certezza del diritto* (la decisione di autotutela risulta intervenuta dopo nove anni dalla formazione della graduatoria; sarebbero violati i termini ragionevoli della disposizione in epigrafe, sia avendo riguardo alla sua formulazione originaria, sia avendo riguardo a quella risultante dalle modifiche intanto intervenute e vigenti al momento dell'adozione dell'atto impugnato che hanno previsto il limite di 18 mesi dall'adozione dell'atto; il mancato esercizio del potere di autotutela per così tanto tempo, unitamente alla condotta dell'Ente, che nel tempo ha adottato numerosi atti confermativi della graduatoria nella già acquisita consapevolezza della “oggettiva impossibilità di attribuire la paternità del tema al candidato titolare”, come indicato dal TAR nella sentenza nr. 4305/2019, avrebbero confermato l'affidamento; non sussisterebbe una apposita motivazione inerente il requisito dell'esercizio di autotutela rappresentato dall'interesse pubblico attuale, che l'Ente avrebbe di fatto finito con l'assorbire nei soli profili di legittimità).

III) *Violazione dell'art. 21 nonies l. 241/90, nella formulazione originaria. Violazione del principio di affidamento del privato e di certezza del diritto. Eccesso di potere per violazione dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità* (oltre ai vizi già sin qui esaminati e che vengono riproposti sotto altri profili, il ricorrente evidenzia che l'avvenuto protrarsi del tempo che l'Amministrazione ha impiegato per avviare l'autotutela, gli ha precluso di poter fruire delle prerogative di cui all'art. 26 del CCNL del 14 settembre 2000, ai sensi del quale, entro cinque anni dalla interruzione del rapporto di

lavoro con la Regione, avrebbe potuto ottenere la ricostituzione di detto rapporto e rientrare in servizio presso i ruoli regionali).

IV) *Violazione dell'art. 1, comma 136, secondo periodo, della legge 30 dicembre 2004 n. 311* (il ricorrente lamenta che, in esecuzione della disposizione, ancora in vigore fino alla sua abrogazione avvenuta con l'art. 6, comma 2, della l. n. 124/2015, avrebbe dovuto essere tenuto indenne dal pregiudizio patrimoniale derivante dall'annullamento dell'atto di assunzione, che, comunque, non avrebbe potuto essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento stesso).

V) *Violazione degli artt. 3 e 21 nonies della legge 241/90. Eccesso di potere per difetto assoluto della motivazione. Illogicità irragionevolezza e contraddittorietà dell'azione amministrativa. Violazione del principio di conservazione degli effetti degli atti giuridici. Violazione dei principi di efficacia, efficienza e buon andamento della p.a. Eccesso di potere per insussistenza dei presupposti e per violazione del principio di proporzionalità* (in sede di annullamento d'ufficio di graduatorie concorsuali, la giurisprudenza ha declinato l'obbligo delle amministrazioni di tenere adeguatamente conto dell'interesse dei candidati utilmente collocati nelle graduatorie stesse, e segnatamente di quello dei vincitori già assunti e inseriti nella struttura organizzativa dell'amministrazione datrice di lavoro, essendo l'Amministrazione tenuta a comparare l'interesse pubblico all'annullamento in autotutela con l'interesse, anch'esso di natura pubblicistica, alla continuità dell'ufficio al quale il vincitore, assunto nelle more del procedimento di autotutela, sia stato preposto, nonché con quello privatistico di quest'ultimo al mantenimento del proprio posto di lavoro; nessuna di dette considerazioni risulterebbe essere stata svolta nella motivazione degli atti impugnati; non sussisterebbero poi i profili di illiceità della causa del contratto di lavoro, sui presupposti del quale si sofferma; non essendo nominato più alcun vincitore,

la scelta dell'Amministrazione comporta evidenti ricadute negative sulla propria organizzazione del lavoro e degli uffici).

VI) *Violazione della l. n. 241/90. Eccesso di potere per carenza di istruttoria ed insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto* (viene evidenziata la sussistenza di pareri favorevoli al mantenimento della graduatoria e dei suoi effetti).

VII) *Eccesso di potere per sviamento, apoditticità, arbitrarietà, difetto di istruttoria, travisamento* (il ricorrente lamenta che gli atti impugnati avrebbero concretizzato un comportamento gravemente lesivo ai suoi danni).

VIII) *Nullità della determinazione dirigenziale n. 951/2019 per violazione del giudicato* (l'Amministrazione non potrebbe annullare la graduatoria per vizi già esaminati dal Consiglio di Stato nella sentenza che ha comunque mantenuto l'efficacia degli atti impugnati).

IX) Con il nono capo di ricorso, viene domandato il risarcimento del danno, consistente nelle retribuzioni perdute, oltre al pregiudizio all'immagine professionale ed al decoro personale, per forzata inattività del lavoratore, per perdita ed impoverimento del bagaglio professionale acquisito, cui deve aggiungersi il danno biologico e quello morale subito, da quantificarsi, complessivamente, in euro 50.000,00.

A seguito della notifica del ricorso in riassunzione, è intervenuto in giudizio il dott. Aniello Palumbo (terzo classificato nella graduatoria originale) che agisce per il rigetto del ricorso, vantando una propria pretesa all'assunzione in luogo del ricorrente e che a tali fini propone anche domanda riconvenzionale ex art. 42 co. 5 c.p.a.

Specifica di avere interesse all'intervento, qualunque sia l'esito del ricorso:

-in caso di rigetto del ricorso, l'interveniente avrebbe diritto ad essere assunto in ragione dello scorrimento della graduatoria di concorso e di essere tenuto indenne per i pregiudizi patiti in ragione del lungo lasso di tempo intercorso; -

in caso di accoglimento del ricorso vanterebbe una pretesa al risarcimento dei danni qualora le condotte della PA fossero dichiarate illegittime, o affette da tardività, inadempienze, carenze o omissioni impeditive dell'esclusione ab origine del ricorrente (e del conseguente scorrimento della graduatoria con assunzione dell'interveniente Palumbo).

Il Comune di **Ardea**, costituitosi in giudizio, resiste al ricorso ed alla domanda riconvenzionale dell'interveniente Aniello, replicando, con successive memorie, quanto segue.

Premette il Comune di **Ardea** che i vizi del procedimento concorsuale e della graduatoria finale sono derivati dalla condotta illecita ed illegittima del ricorrente (c.d. "*plagio concorsuale*") posta in essere durante la prova scritta del concorso, così come accertato dal Consiglio di Stato nella sentenza nr. 1021/2016. Esclusivamente in ragione di detta condotta, quindi, il concorso non ha potuto raggiungere il suo scopo, ossia di selezionare il più meritevole tra i candidati.

L'intervento in autotutela dell'Amministrazione si connoterebbe quindi per doverosità, essendo scaturito proprio dalla vicenda giurisdizionale; precisa l'Ente che nessun altro candidato aveva impugnato gli atti, salvo il secondo in graduatoria; il terzo graduato, dott. Palumbo, venuto a conoscenza delle cennate vicende giudiziarie, si limitava ad inviare mere diffide volte a farlo subentrare nella nomina, senza adempiere ad alcun onere impugnatorio.

Peraltro, il terzo classificato era portatore di un interesse contrario rispetto alle domande avanzate dal dott. Cucuzza, in quanto, qualora fosse confermata l'esclusione del dott. Cucuzza, l'Amministrazione avrebbe potuto decidere di scorrere la graduatoria e stipulare un nuovo contratto col soggetto che, a seguito dell'estromissione del primo classificato (e della successiva rinuncia del secondo), si vedeva collocato in utile posizione.

Ne deriva che il dott. Palumbo non godrebbe di alcuna posizione giuridica soggettiva qualificata (se non una mera aspettativa di fatto) nei confronti del Comune, considerata l'acquiescenza e, dunque, la decadenza maturata in ordine a qualsiasi pretesa caducatoria e pretensiva, mai coltivata, se non in maniera atipica e tardiva, a seguito della notifica dell'odierno ricorso in riassunzione da parte del ricorrente.

Dopo aver riepilogato gli antecedenti processuali e procedurali della fattispecie, il Comune di **Ardea** deduce che l'effetto ripristinatorio e confermativo derivante dalla statuizione giurisdizionale è stato impedito soltanto in quanto l'avente diritto, ossia il secondo classificato dott. Giovinazzo, ha rinunciato alla relativa domanda, optando nel corso di giudizio d'appello per la sola tutela risarcitoria, pure richiesta in via consequenziale.

In definitiva, la rinuncia del dott. Giovinazzo ha paralizzato soltanto sotto l'aspetto reale il giudicato amministrativo, senza tuttavia sanare, alla luce dell'accertamento eseguito, l'illegittimità della graduatoria e degli atti consequenziali che anzi proprio nella decisione del Consiglio di Stato (sentenza n. 1021/2016) e nelle statuizioni in essa contenute, ha trovato un'importante e rilevante "*incipit*", tale da rendere addirittura doveroso l'intervento correttivo, onde evitare di procrastinare una situazione d'illegittimità contraria alle più elementari regole d'azione della P.A. e ai ben noti principi di trasparenza, correttezza, parità di trattamento, non discriminazione, meritevolezza.

In ragione di quanto esposto, dopo che l'Amministrazione ha avviato con la contestazione dell'illecito commesso il procedimento disciplinare (poi archiviato), ha provveduto a rettificare e correggere, con D.D. 951/2019 (doc. 8), la graduatoria approvata, escludendo (ora per allora) il dott. Cucuzza dalla graduatoria, ponendo in essere, al fine di ripristinare la legalità del

procedimento concorsuale e di epurarlo dalle rilevate illegittimità, la tipica attività repressiva di secondo grado.

Tuttavia, in quella sede il Comune non ha assunto alcuna decisione in ordine all'assegnazione del posto "liberatosi" a seguito della rettifica della graduatoria e della conseguente estromissione del ricorrente per nullità del contratto lavorativo, né ha deciso di assegnare il posto al candidato (dott. Palumbo) che, seppure collocatosi in terza posizione nella graduatoria e, a seguito della rettifica, in seconda, avrebbe potuto ambire all'incarico rimasto vuoto per via della formale rinuncia del secondo classificato dott. Giovinazzo divenuto primo a seguito della vittoria giudiziaria.

L'Amministrazione, difatti optava per altre soluzioni tese ad assegnare e a distribuire all'interno dell'Ente le funzioni di pertinenza del dott. Cucuzza.

Il dott. Cucuzza avrebbe prestato acquiescenza alla Sentenza dell'adito TAR con riferimento alle domande e alle questioni per le quali è stato dichiarato il difetto di giurisdizione, tant'è che ha immediatamente adito il Tribunale di Velletri con un ricorso ex art. 700 c.p.c. che, tuttavia, è stato rigettato con decreto n. 22124/2019.

Peraltro, la pronuncia del TAR non è stata oggetto di impugnativa, nemmeno incidentale, da parte del dott. Cucuzza, in merito alle questioni per le quali la giurisdizione è stata declinata

Le censure sarebbero comunque infondate: in particolare, il dott. Cucuzza sarebbe stato ben a conoscenza dei fatti e delle contestazioni avanzate nei suoi confronti (per essere stati oggetto di contestazione stragiudiziale ed espressamente contestati con l'avvio del procedimento disciplinare e per essere stato parte, quale controinteressato costituito, dei giudizi amministrativi nei quali esprimeva le proprie ragioni e svolgeva difese); il provvedimento di rettifica della graduatoria assunto dall'Amministrazione si configurerebbe alla stregua di un atto dovuto e la palese gravità e illiceità della fattispecie fattuale

verificatasi, così come accertato in via definitiva in sede giurisdizionale, non avrebbe lasciato alcuna libertà decisionale agli organi della civica amministrazione; la lesione dell'aspettativa del ricorrente dipenderebbe da sua esclusiva condotta e quindi egli non potrebbe vantare alcun legittimo affidamento; l'apporto dell'appellato sarebbe stato così del tutto irrilevante; il provvedimento di rettifica veniva adottato tenendo conto dell'unico parere legale richiesto e acquisito in via ufficiale (e non anche del primo parere fornito anni prima, reso senza tenere conto degli ultimi arresti giurisprudenziali che hanno riguardato la vicenda e, soprattutto, senza aver considerato le deroghe previste ai limiti temporali per agire in autotutela dal comma 2 bis dell'art. 21 nonies della L. 241/1990 e dalla giurisprudenza, tra cui in particolare Consiglio di Stato, Sez.V, Sent. 3940/2018).

Conclude per il rigetto del ricorso.

Nella pubblica udienza del 27 ottobre 2021, la causa è stata trattenuta in riserva, sciolta nella successiva camera di consiglio del 10 novembre 2021.

DIRITTO

Nell'odierno giudizio, le parti controvertono in ordine alla legittimità dei provvedimenti con i quali l'Ente ha disposto in autotutela l'annullamento della graduatoria nella quale il ricorrente si era classificato in posizione utile per l'assunzione nei ruoli dell'Ente stesso e del conseguente contratto di lavoro ed inquadramento nel ruolo di dirigente dell'Ente stesso.

I) Viene in rilievo una fattispecie nella quale l'Ente ha ritenuto la "falsità" di una prova di concorso (che il candidato avrebbe copiato), qualificandola come presupposto di un vizio di legittimità di quest'ultimo e della relativa graduatoria, così annullandone i provvedimenti e dichiarando, in conseguenza del venir meno *ex nunc* degli atti presupposti, la nullità del negozio costituito dal contratto di lavoro.

La circostanza che l'annullamento della graduatoria sia sopravvenuto alla sottoscrizione del contratto di lavoro con il candidato utilmente in essa collocato, pone una questione di giurisdizione che deve essere esaminata pregiudizialmente.

I *bis*) Sotto un primo profilo, si osserva che, in materia di contratti della PA, secondo la giurisprudenza, la giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 del D.Lgs n. 104/2010 concerne le controversie relative al procedimento di scelta del contraente, fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva seguono l'ordinario criterio di riparto, imperniato sulla distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del *petitum* sostanziale (Cassazione civile, SS.UU., 05/10/2018 n. 24411; v. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 02/08/2019 n. 5498; TAR Firenze, sentenza nr. 1255/2020; v. anche TAR Roma, II bis, 7 aprile 2021, nr. 4094).

I *ter*) In base a ciò, al di fuori del particolare meccanismo di tutela costituito dall'art. 120 e ss. del c.p.a., e dunque quando si verte intorno alla attività negoziale "ordinaria" della PA, "*...gli atti di approvazione e controllo della procedura contrattuale si*" pongono "*come condiciones iuris di efficacia del contratto sul piano negoziale, con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie risarcitorie connesse al mancato avveramento di dette condizioni; il che non esclude la loro rilevanza e sindacabilità anche come atti amministrativi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Alla stregua di siffatti principi, appare evidente che la cognizione del decreto di annullamento dell'atto di approvazione di una transazione conclusa tra l'amministrazione committente e la società aggiudicataria per definire il contenzioso scaturito dall'esecuzione*

dell'appalto, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo” (cfr. Consiglio di Stato , sez. VI , 22/03/2007 , n. 1364; Consiglio di Stato , sez. VI , 17/12/2007 , n. 6471; T.A.R. , Bari , sez. I , 28/08/2008 , n. 2053).

I *quater*) L'orientamento appena richiamato, seppure risalente, appare preferibile all'opposta tesi, più recente, che attribuisce al giudice ordinario l'intera cognizione della domanda di annullamento di provvedimenti autoritativi inerenti la stipula di un contratto (quindi anche di un contratto di lavoro, come accade nel caso di specie), ritenendo sussistenti in tali casi solamente diritti soggettivi (Cassazione civile , sez. un. , 06/09/2010, n. 19046; T.A.R. , Parma , sez. I , 19/04/2013 , n. 160); ed altresì all'ulteriore affermazione, che rientra nell'ambito dell'orientamento da ultimo richiamato, secondo cui, una volta sottoscritto il contratto, nessun'autotutela è più possibile in ordine agli atti amministrativi precedenti, posto che essa si tradurrebbe in una forma speciale di recesso non prevista dalla disciplina comune (T.A.R. , Bari , sez. III , 25/11/2011 , n. 1796 e Consiglio di Stato , sez. VI , 15/11/2017 , n. 5278).

I *quinquies*) All'evidenza, ove si accedesse a siffatte impostazioni, in materia di assunzione nei ruoli della PA e di pubblico impiego contrattualizzato, la sottoscrizione del contratto di lavoro a seguito di una procedura concorsuale finirebbe sempre con il radicare la giurisdizione sulle controversie inerenti quest'ultima fase (attribuite alla cognizione del giudice amministrativo ex art. 63 del d.lgs. 165/2001) di fronte al giudice ordinario, posto che qualunque vizio della graduatoria – in tesi – si riverbererebbe sulla “legittimità” (*rectius*, validità ed efficacia) del contratto di lavoro sottoscritto tra le parti in esito al procedimento selettivo di evidenza pubblica.

Vero è che l'art. 63 del d.lgs. 165/2001 sancisce che, ai fini della cognizione del giudice ordinario sulle questioni inerenti il contratto di lavoro del dipendente della PA, ove “*vengano in questione atti amministrativi*

presupposti” e questi “*ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi*”; ma è parimenti vero che la stessa disposizione prevede anche che “*L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo*” di fronte al giudice ordinario, con ciò riconoscendosi l'autonomia tra le due azioni e, dunque, la loro possibile coesistenza; con ogni conseguenza in ordine al permanere della giurisdizione amministrativa sugli atti “*amministrativi rilevanti*” (nel caso di specie, l'esercizio di autotutela sulla graduatoria) anche in pendenza di (ed indipendentemente da) azioni a tutela delle rispettive posizioni giuridiche scaturenti dal contratto di lavoro (come quelle odierne, attinenti la controversia in ordine alla invalidità del contratto per vizi della graduatoria).

I *sexies*) Una volta chiarito che, conclusasi la fase pubblicistica di selezione di un contraente della PA (appalto o concorso), le controversie attinenti eventi successivi seguono l'ordinario criterio di riparto, allora non v'è ragione di escludere che anche successivamente alla stipula del contratto debba scriminarsi in ordine alle situazioni giuridiche dedotte, in base alla natura autoritativa o paritetica dell'interesse dedotto e quindi in base all'incidenza nell'assetto di interessi che forma oggetto della controversia (rispettivamente) del provvedimento o dell'obbligazione.

Conformemente dunque ad una recente decisione su fattispecie simile (v. TAR Lazio, Roma, II bis, 13 maggio 2021, nr. 5705), deve affermarsi che appartiene alla cognizione generale di legittimità del giudice amministrativo l'azione avverso un provvedimento di autotutela della P.A. che, dopo la sottoscrizione del contratto di lavoro con un proprio dipendente, ha disposto l'annullamento dell'approvazione della graduatoria di concorso che ne costituiva il presupposto, per vizi attinenti le prove di quest'ultimo.

Deve invece declinarsi in favore del giudice ordinario la domanda in ordine a tutti gli altri profili dedotti, compresi quelli attinenti al rapporto tra il “plagio concorsuale” ed il regime di validità, invalidità, efficacia o inefficacia del contratto di lavoro. Da declinare in favore del giudice ordinario è anche la domanda di risarcimento del danno, che il ricorrente formula in dipendenza (non già dell’annullamento della graduatoria, ma) della lesione subita dalla propria posizione lavorativa, che dunque dipende dall’efficacia e validità del contratto di lavoro.

II) Nei descritti limiti di giurisdizione, il ricorso è fondato e va accolto per le seguenti ragioni, che implicano anche la reiezione degli argomenti dedotti dall’interveniente ad opponendum e rendono quest’ultimo privo di interesse alla coltivazione del ricorso incidentale.

L’esercizio dell’autotutela è stato svolto dall’Ente in rapporto ad un vizio della graduatoria di concorso conseguente alle modalità con le quali il ricorrente risulta aver redatto una delle prove.

Si tratta di un potere che avrebbe dovuto essere esercitato nei termini ragionevoli di cui all’art. 21 nonies della l. 241/90; termini che, invece, risultano ampiamente decorsi, dovendosi ritenere quindi l’Ente decaduto dall’esercizio del potere di annullamento dei propri atti.

Deve premettersi che in presenza di vizi della procedura concorsuale, è necessario un (tempestivo) esercizio delle facoltà di annullamento con accertamento dell’interesse “attuale” a procedere in tal senso in proporzione al tempo trascorso, posto che la patologia della graduatoria di concorso incide non già su requisiti soggettivi “di ingresso” dell’aspirante (come avviene nel caso in cui quest’ultima sia stata ottenuta con documenti falsi, ex art. 127, lett. “d” del DPR n 3/1957, e che pure giustifica la decadenza *ex nunc* del funzionario, “*con conseguente nullità del contratto*” sempre rilevabile a condizione che “*...tali infedeltà comportino la carenza di un requisito che*

avrebbe in ogni caso impedito l'instaurazione del rapporto di lavoro con la P.A.”; cfr. Cassazione civile , sez. lav. , 11/07/2019 , n. 18699) ma sulla sua “*idoneità*” all’espletamento delle mansioni, che è frutto di una valutazione prognostica (per il mezzo delle prove concorsuali).

In tal senso, il termine ragionevole entro il quale esercitare il potere di autotutela a pena di decadenza, che, a norma dell’art. 21 *nonies* della l. 241/90 è non superiore a 18 mesi (considerando la disciplina applicabile *ratione temporis*), decorre dal provvedimento viziato, a nulla rilevando, in astratto, la pendenza di un contenzioso avente ad oggetto le medesime patologie (dato che, per effetto o comunque in occasione del contenzioso, la PA ha già piena contezza dei vizi).

In ogni caso, anche a ritenere – con la difesa dell’Ente - che solo la pronuncia del giudice amministrativo - con i suoi effetti di accertamento propri della cognizione – abbia concretizzato in capo alla PA la conoscenza della patologia che legittima l’esercizio dell’autotutela (ipotizzando cioè l’applicabilità alla fattispecie del regime derogatorio di cui al comma 2 bis dell’art. 21 *nonies* della l. 241/90, mediante la qualificazione del “plagio” concorsuale come una “falsa rappresentazione dei fatti”), i relativi termini sono comunque decorsi (ciò che esime ogni ulteriore approfondimento in ordine al rapporto tra i presupposti dell’autotutela amministrativa e la pendenza del contenzioso).

Può invero ipotizzarsi per l'esercizio dell'autotutela amministrativa una decorrenza diversa, o la deroga vera e propria ai termini di legge, quando l’apprezzamento delle ragioni di illegittimità del provvedimento derivi da una condizione nella quale non sussista fatto dell’Ente (circostanza che già nella presente fattispecie non ricorre, essendo l’Ente responsabile dell’esito della selezione pubblica quanto il concorrente, per omesso controllo ed essendo l’Ente a conoscenza dei fatti sin dal sorgere del contenzioso), ma solo responsabilità del privato ed il presupposto sia emerso solo all’esito del

giudicato: in tali casi, la giurisprudenza afferma, invero, la necessità di considerare ex art. 21 nonies, comma 2 bis, della l. 241/90 quale presupposto dell'autotutela non (più) il decorso del tempo, ma il generale canone della ragionevolezza (cfr. Consiglio di Stato, 1 giugno 2020, nr. 3422, secondo cui *“il superamento del rigido termine di 18 mesi è consentito: a) nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione ma esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso - non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva - si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco”*).

Pur ribadendo che, nel caso di specie, non è possibile escludere la corresponsabilità dell'Ente nell'esito illegittimo della graduatoria di concorso, in ogni caso, secondo il canone di ragionevolezza proprio dell'art. 21 nonies comma 2 bis l. cit., non può prescindersi dalla conoscenza effettiva conseguita da parte dell'Ente delle condizioni e delle circostanze che (non solo denotino l'emergenza del vizio, ma anche) consentano di apprezzare pienamente la rilevanza dell'atto pregresso ai fini degli interessi generali che ne consiglino o sollecitino la rimozione (o la rendano doverosa).

In tal senso, rileva quanto la stessa difesa dell'Ente rappresenta in ordine alla “certezza” con la quale è stato acclarato il “plagio concorsuale”, che risale già

alla sentenza di questo TAR nr. 472/2015 nella quale emergevano diffusamente i presupposti di fatto che sono stati poi allegati a fondamento dell'autotutela; o comunque, a tutto concedere, dalla conclusione del giudizio di appello avvenuta con sentenza del Consiglio di Stato nr. 1021/2016.

Ne deriva che, anche solo da quest'ultima data indicata, l'Ente era certamente nelle condizioni di poter provvedere in autotutela rispetto alla graduatoria, mentre non solo non provvedeva, ma (resisteva in giudizio, specie in appello ed) adottava atti di organizzazione che (nell'attribuire al ricorrente ulteriori funzioni oltre a quelle già oggetto dei settori organizzativi cui era stato preposto nella consapevolezza acquisita del vizio) erano del tutto incompatibili con una qualsiasi riserva in ordine alla validità dell'inquadramento in ruolo del ricorrente stesso (si vedano, ad esempio, il decreto sindacale nr. 62 del 3.3.2016, il nr. 72 del 14.6.2016, quest'ultimo di conferimento di funzioni già assegnate al Segretario Generale, sia pure *ad interim*, cui faceva seguito il decreto nr. 1 del 21.02.2017, di istituzione e conferimento al ricorrente delle funzioni di vice Segretario Generale e così via, vedasi allegati al ricorso dal nr. 10 a seguire).

Non sussistendo circostanze che possano anche solo astrattamente condurre ad imputare l'indugio nell'adozione dei provvedimenti impugnati a fatti indipendenti dalla volontà dell'Ente o estranei alla sua disponibilità, deve concludersi che il Comune è decaduto dall'esercizio del potere di autotutela.

Non depone in senso contrario quanto argomentato dall'Ente circa il "plagio" che costituirebbe causa di "nullità" del contratto (come tale insanabile).

Si tratta di argomenti inammissibili nella presente sede poiché costituiscono esercizio delle ordinarie (ed impregiudicate per l'Ente) facoltà negoziali (proprie di ogni parte di un contratto) di far valere giudizialmente quello che si ritiene costituisca un vizio genetico del consenso (sotto il profilo del mancato o erroneo accertamento di un presupposto dell'"idoneità"

all'espletamento delle mansioni e quindi dell'"*intuitus personae*", conseguente al modo in cui il concorso si è svolto, oppure sotto il profilo della violazione di norme imperative, a seconda di come si qualificano nel caso di specie i relativi presupposti) ai fini della eventuale risoluzione del contratto.

In altri termini, l'Ente è decaduto dalla facoltà di disporre unilateralmente ed autoritativamente dell'annullamento della selezione del contraente; rimane ascritta e quindi riservata al giudizio di fronte al giudice ordinario ogni valutazione circa la facoltà dell'Ente di agire in via giudiziale per fare dichiarare la risoluzione del contratto con il proprio dirigente in ruolo, per i medesimi fatti.

Ogni aspetto relativo all'incidenza del "plagio concorsuale" sulla corretta formazione della volontà consensuale, è pertanto riservato alla cognizione del giudice ordinario.

Il bis) Quanto all'intervento in giudizio dell'Aniello, esso è inammissibile nella parte in cui, oltre ad opporsi all'accoglimento del gravame, avanza pretese che avrebbe dovuto far valere tempestivamente ed in via autonoma, come puntualmente eccepito dalla difesa dell'Ente alle argomentazioni del quale è sufficiente al Collegio richiamarsi.

Il ricorso va pertanto accolto con l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 951/2019 del Comune di **Ardea** nei limiti in cui l'Amministrazione ha disposto l'annullamento della graduatoria di concorso d'interesse dell'odierno ricorrente, salve ogni altra domanda ed eccezione che, in quanto attinenti alla validità o efficacia del contratto di lavoro ed alla esecuzione del rapporto negoziale, appartengono alla cognizione del giudice ordinario ove il processo potrà essere riassunto e proseguito ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 del c.p.a.

L'esposizione che precede costituisce evidente ragione per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie quanto alla domanda di annullamento, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nella parte di cui pure in motivazione; dichiara inammissibile il gravame nel resto, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che declina in favore del giudice ordinario ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 del c.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del giorno 27 ottobre 2021 e del 10 novembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Gatto Costantino, Presidente, Estensore

Silvio Lomazzi, Consigliere

Virginia Arata, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Salvatore Gatto Costantino

IL SEGRETARIO