

COMUNE DI SILLANO GIUNCUGNANO

PROVINCIA DI LUCCA

Settore: AREA FINANZIARIA

Determinazione n. 321 del 17.10.2018 (N. settoriale 27)

Oggetto: RICORSO AMMINISTRATIVO AVVERSO LA DETERMINAZIONE N.271/2018. DETERMINAZIONI

L'anno **duemiladiciotto** il giorno **diciassette** del mese **ottobre**, nella sede municipale, previa l'osservanza di tutte le formalità prescritte dalla vigente legge, il Responsabile del servizio Sig,. COLTELLI MILENA, nell'esercizio delle proprie funzioni,

VISTO l'articolo 50 comma 10 del Decreto Legislativo nr. 267/2000 secondo il quale sono individuate le attribuzioni funzionali dei Responsabili dei Servizi in merito alla gestione;

VISTO il Decreto del Sindaco n. 4 del 30.06.2018 di nomina del Responsabile del Servizio;

VISTO che con la sottoscrizione della presente , si attesta la regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. ai sensi dell' 147 bis del D.Lgs 267/00 introdotto dal DL 174/2012 convertito con modifiche dalla legge 07/12/2012 n. 213;

adotta il presente provvedimento;

VISTO il ricorso amministrativo avverso il provvedimento n. 271 del 07.09.2018 presentato da OMISSIS in data 18.10.2018, trasmesso a mezzo pec, e acquisito al protocollo generale dell'ente con n. 5054 del 19.09.2018, con il quale viene contestata l'esclusione dalla procedura di mobilità volontaria indicato nella determinazione sopra indicata;

VERIFICATA preliminarmente l'ammissibilità del predetto ricorso;

APPURATO in proposito che il ricorso presentato al medesimo organo che ha emanato il provvedimento impugnato è disciplinato al Capo II del D.P.R. 1199/1971 rubricato "*ricorso in opposizione*", il quale per effetto del rinvio disposto dall'art. 7 segue la disciplina del ricorso gerarchico di cui al Capo I del predetto D.P.R.;

VERIFICATO in proposito che:

- Il ricorso è stato presentato entro 30 giorni dalla comunicazione dell'atto amministrativo impugnato;
- non risultano altri soggetti interessati e individuabili in base all'atto impugnato cui comunicare il ricorso;
- dalla documentazione agli atti dell'ufficio personale non sussistono controinteressati;

APPURATA pertanto la formale ammissibilità del ricorso in opposizione di cui trattasi;

DATO ATTO che, nel merito, il ricorso contesta il motivo di esclusione dalla procedura di mobilità volontaria per istruttore amministrativo part time cat. C, indicato nella determinazione n. 271 del 07.09.2018 relativo al difetto del nulla osta preventivo da parte dell'amministrazione di provenienza, stante quanto indicato nel paragrafo dell'avviso pubblico, relativo ai requisiti per la partecipazione alla selezione, nella parte in cui si fa riferimento alla possibilità di presentare *in alternativa al predetto nulla osta, la richiesta di assenso preventivo al trasferimento*;

VERIFICATO in proposito che il paragrafo successivo rubricato “domanda di ammissione alla selezione” esplicita che la domanda di ammissione doveva essere corredata dal nulla-osta preventivo al trasferimento rilasciato dall'amministrazione di appartenenza, non facendosi riferimento all'istanza di assenso preventivo;

RITENUTA fondata e pertinente la contestazione formulata, stante la possibile formulazione contraddittoria del predetto avviso pubblico;

VERIFICATO preliminarmente che:

- non sono ancora decorsi i termini per il legittimo esercizio dell'autotutela amministrativa di cui all'art. 21 nonies L.241/1990;
- l'annullamento comporta la caducazione dell'atto amministrativo con effetti ex tunc, ossia sin dall'origine;
- la partecipazione a procedure di mobilità non genera alcun diritto soggettivo o interesse legittimo all'assunzione in servizio presso l'ente che esperisce la procedura medesima;

DATO ATTO che pertanto, in accoglimento dell'istanza della ricorrente, è stato riesaminato in il precedente provvedimento n. 271/2018 con il quale veniva ritenuta inammissibile la domanda di partecipazione della ricorrente alla procedura di mobilità volontaria esperita dal Comune di Sillano Giuncugnano ai sensi dell'art.30 del D.Lgs. 165/2001, per “istruttore amministrativo cat. C tempo part time (30 ore settimanali)”;

RITENUTO in tale ottica, stante il potenziale profilo di contraddittorietà della formulazione del bando, che nel dubbio, si ritiene di dover interpretare a favore del candidato/a, di annullare in autotutela con effetti retroattivi il precedente provvedimento n. 271/2018;

DATO ATTO che tuttavia l'espletata attività di riesame ha pur sempre evidenziato la carenza dei presupposti di ammissibilità della domanda di partecipazione della ricorrente sotto i seguenti aspetti:

1. profilo professionale;
2. difetto del requisito di pregressa esperienza di almeno un anno;

VERIFICATO infatti, in merito al primo punto relativo al profilo professionale, che l'avviso di mobilità pubblicato dall'ente, fa esplicito riferimento ad un “*istruttore amministrativo*” laddove il profilo dichiarato dalla candidata nella domanda di partecipazione è invece di “*coordinatore per l'espletamento di attività in materia tecnica*”;

DATO ATTO che la ricorrente nella domanda medesima autodichiara ai sensi dell'art. 76 D.P.R. 445/2000 che la stessa è in possesso dei requisiti richiesti “*in virtù del principio di equivalenza delle mansioni nella Declaratoria della classificazione professionale del CCNL enti locali e nel Codice Civile art. 2103*”;

RILEVATO preliminarmente che l'art. 2103 del codice civile, citato dalla candidata a fondamento della propria pretesa di partecipazione alla procedura di mobilità di cui trattasi, non si applica al pubblico impiego contrattualizzato, essendo la materia disciplinata compiutamente dal D.Lgs. n. 165 del 2001, come da costante orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione a partire dalla sentenza resa dalle Sezioni Unite n. 8740/08, e successivamente ribadito dal predetto organo giurisdizionale (tra le altre Cass. Sez. civ. 21261/17, Cass. 2011/17, Cass. n. 17396/11; Cass. n. 18283/10; Cass. n. 7106 del 2014 e n. 12109 e n. 17214 del 2016);

RITENUTO in proposito necessario, onde evitare confusioni concettuali, distinguere i tre diversi istituti del profilo professionale, della categoria economica e della mansione, al fine di meglio precisare l'operatività dell'istituto dell'equivalenza, citato dalla ricorrente;

VERIFICATO che l'art. 3 del CCNL enti locali del 31.03.1999:

- articola il sistema di classificazione del personale in quattro categorie denominate, rispettivamente, A, B, C e D;

- individua le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti, ed esigibili;
- individua, richiamando la declaratoria contenuta nell'allegato A del predetto ccnl, alcuni profili relativi a ciascuna categoria, solo a titolo esemplificativo, demandando ai singoli enti, l'identificazione dei profili professionali (non individuati nell'allegato A o aventi contenuti professionali diversi rispetto ad essi) in relazione al proprio modello organizzativo;

RITENUTO pertanto opportuno e necessario chiarire che:

- la categoria professionale è il sistema di classificazione del personale (nel caso di specie C);
- il profilo professionale indica il contenuto professionale della prestazione lavorativa (es. istruttore amministrativo, agente di P.M., istruttore tecnico, insegnante di scuola materna, educatore di nido d'infanzia, ecc.);
- le mansioni sono l'insieme di attività e di compiti che ciascun lavoratore, all'interno della propria categoria di appartenenza, è tenuto concretamente a svolgere;

ATTESO che il CCNL del 31.3.1999 si è limitato a definire le declaratorie delle categorie e ad indicare, a titolo esemplificativo, alcuni profili professionali, spettando invece ai singoli enti, come più volte ribadito anche dall'Aran, il compito di identificare i profili professionali non individuati nell'allegato A dello stesso CCNL, o aventi contenuti professionali diversi rispetto ad essi, e di collocarli nelle corrispondenti categorie;

DATO ATTO che ogni anno l'Amministrazione Comunale di Sillano Giuncugnano, in sede di rideterminazione annuale della consistenza della propria dotazione organica, ha da sempre previsto il profilo, all'interno dell'area amministrativa, di "istruttore amministrativo di cat. C", e non ha mai (neppure nella regolamentazione dei due enti antecedenti la fusione) individuato per detto profilo, un altro equivalente;

RITENUTO tuttavia, stante quanto indicato nel bando di mobilità al paragrafo denominato "*Requisiti di ammissione*" in cui al primo punto si fa esplicito riferimento alla "categoria e profilo professionale *equivalenti* al posto che si intende ricoprire", di dover comunque verificare la sussistenza dei presupposti, di fatto e di diritto, per ritenere equivalenti i due profili di cui trattasi;

RISCONTRATA sul punto la diametrica difformità di competenze professionali ascrivibili ai due profili, l'uno riconducibile a competenze meramente tecniche, l'altro a competenze burocratico-amministrative;

APPURATO che non si rinviene all'interno dell'ente, alcun titolo legittimante, per poter ritenere equivalente il profilo di "*coordinatore per l'espletamento di attività in materia tecnica*" con quello dell'istruttore amministrativo, né è stato individuato, attraverso una verifica di tipo sostanzialistico, un presupposto di base, comune ai due profili, che consenta di ritenerli, a prescindere dall'aspetto meramente formale e del diverso nomen juris, equivalenti, come ad esempio sarebbe potuto avvenire in presenza di un profilo di istruttore amministrativo-contabile, di collaboratore amministrativo ecc.;

RISCONTRATO infatti che il profilo della candidata è inserito nell'ente di appartenenza nel Settore Sicurezza, Mobilità, e Protezione Civile – U.O.C3 Traffico e Trasporto Pubblico, e da una verifica, come detto, non puramente formale, ma di tipo sostanziale, è stato appurato che le funzioni assegnate al predetto settore, sono oggettivamente incompatibili con le funzioni che il Comune di Sillano Giuncugnano intende esercitare con il reclutamento di un istruttore amministrativo. Di seguito le funzioni del settore traffico e trasporto nel quale opera la candidata: ***“Salvaguardia dell'immagine della città e del territorio comunale, pareri e controlli su lavori interessanti sedi stradali. Gestione e manutenzione arredo urbano, interventi diretti su decoro urbano. Pareri e controlli su interventi di utilizzo del suolo pubblico. Trasporto pubblico urbano. Politiche inerenti il traffico, la mobilità delle merci e delle persone e relativa attività di pianificazione. Atti amministrativi in materia di regolamentazione della circolazione stradale. Regolamentazione per l'accesso al centro storico. Progettazione, realizzazione e manutenzione della segnaletica stradale e degli impianti semaforici. Presidio del contratto***

di servizio per ciò che concerne la gestione dei parcheggi e il rilascio dei titoli di accesso al centro storico”;

PRECISATO che l'esigenza del Comune di Sillano Giuncugnano è quella di assumere un impiegato amministrativo, che possa in parte svolgere le funzioni dell'istruttore amministrativo cessato il 31.12.2017 per collocamento a riposo, afferenti al settore amministrativo, e ricomprendenti mansioni relative all'anagrafe, stato civile, elettorale, refezione scolastica, predisposizione documentazione per lo svolgimento di gare pubbliche per l'affidamento di servizi, forniture, registrazione contratti con l'apposita procedura telematica richiesta dall'agenzia delle entrate, acquisizione di cig, gestione pratiche di accesso agli atti, dimistichezza nell'operare con il sistema telematico regionale “start”, ovvero con i portali “mepa” e “consip”, ecc ecc., oltre che per svolgere funzioni di supporto al settore tecnico nell'ambito delle predette competenze (procedure di gara, cig, registrazione contratti ecc.);

RISCONTRATA dunque una oggettiva impossibilità nell'individuare una base comune ai due profili, tale da consentire la formulazione di un giudizio positivo in termini di equivalenza degli stessi, sia in termini formali che sostanziali, stante la collocazione del profilo della ricorrente in un settore afferente alla sfera urbanistica, e quello richiesto del Comune di Sillano Giuncugnano, in un settore afferente alla sfera amministrativa (e non urbanistica);

PRECISATO infine, che il principio di equivalenza delle mansioni, citato dalla candidata nella propria domanda di partecipazione, opera all'interno del profilo professionale, ossia vale a dire che all'interno di un determinato profilo, tutte le mansioni indicate nella declaratoria di cui all'all. A del ccnl 31.03.1999 sono esigibili e pretendibili dall'amministrazione datrice di lavoro, ma non significa che un istruttore amministrativo possa svolgere le attività di un agente di polizia municipale, piuttosto che di un geometra, di un ragioniere ecc., allorchè ciò è possibile, o con un mutamento del profilo professionale in capo al dipendente (ad esempio da istruttore amministrativo a agente di p.m.), ovvero ritenendo il nuovo profilo (nel caso di specie quello di coordinatore per l'espletamento di attività tecnica) equivalente con quello in essere all'interno dell'amministrazione; situazione questa, come ampiamente argomentato, non percorribile stante la palese divergenza di competenze ascrivibili ai due profili, oggettivamente non omogeni e non assimilabili;

DATO ATTO che il concetto di equivalenza indicato dal legislatore all'art. 52 D.Lgs. 165/2001, e come esso operi in concreto, è stato ben delineato dalla Corte di Cassazione – Sezione Lavoro, con sentenza 26 gennaio 2017 n. 2011, della quale si riportano integralmente i passaggi più significativi:

*“La riconduzione della disciplina del lavoro pubblico alle regole privatistiche del contratto e dell'autonomia privata individuale e collettiva, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario, non ha eliminato la perdurante particolarità del datore di lavoro pubblico che, pur munito nella gestione degli strumenti tipici del rapporto di lavoro privato, per ciò che riguarda l'organizzazione del lavoro resta pur sempre condizionato da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria generale. In questa ottica il d.lgs. n. 165 del 2001 ha disciplinato interamente la materia delle mansioni all'art. 52, e, al comma 1, ha sancito il diritto del dipendente ad essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi (testo anteriore alla sostituzione operata dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 62, comma 1). **La lettera del citato art. 52, comma 1, specifica un concetto di equivalenza “formale”, ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi, e non sindacabile da parte del giudice. Ne segue che, condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità specifica che il lavoratore possa avere acquisito in una precedente fase del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.***

3.2. A partire dalla sentenza resa dalle Sezioni Unite n. 8740/08, è principio costante nella giurisprudenza di questa Corte che, in materia di pubblico impiego contrattualizzato, non si applica l'art. 2103 c.c., essendo la materia disciplinata compiutamente dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52 (come già detto, nel testo anteriore alla novella recata dal D.Lgs. n. 150 del 2009, art. 62, comma 1, inapplicabile ratione temporis al caso in esame) – che assegna

rilievo, per le esigenze di duttilità del servizio e di buon andamento della P.A., solo al criterio dell'equivalenza formale con riferimento alla classificazione prevista in astratto dai contratti collettivi, indipendentemente dalla professionalità in concreto acquisita, senza che possa quindi aversi riguardo alla citata norma codicistica ed alla relativa elaborazione dottrina e giurisprudenziale che ne mette in rilievo la tutela del c.d. bagaglio professionale del lavoratore, e senza che il giudice possa sindacare in concreto la natura equivalente della mansione (Cass. n. 17396/11; Cass. n. 18283/10; Cass. sez.un. n. 8740/08; v. più recentemente, Cass. n. 7106 del 2014 e n. 12109 e n. 17214 del 2016). Dunque, non è ravvisabile alcuna violazione dell'art. 52 d.lgs. n. 165/01 qualora le nuove mansioni rientrino nella medesima area professionale prevista dal contratto collettivo, senza che il giudice possa sindacare in concreto la natura equivalente delle medesime mansioni. Restano, dunque, insindacabili tanto l'operazione di riconduzione in una determinata categoria di determinati profili professionali, essendo tale operazione di esclusiva competenza dalle parti sociali, quanto l'operazione di verifica dell'equivalenza sostanziale tra le mansioni proprie del profilo professionale di provenienza e quelle proprie del profilo attribuito, ove entrambi siano riconducibili nella medesima declaratoria.

3.3. Condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita, evidentemente ritenendosi che il riferimento all'aspetto, necessariamente soggettivo, del concetto di professionalità acquisita, mal si concili con le esigenze di certezza, di corrispondenza tra mansioni e posto in organico, alla stregua dello schematismo che ancora connota e caratterizza il rapporto di lavoro pubblico (cfr. Cass. n. 11835 del 2009).

3.4. Tale nozione di equivalenza in senso formale, mutuata dalle diverse norme contrattuali del pubblico impiego, comporta che tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili e l'assegnazione di mansioni equivalenti costituisce atto di esercizio del potere determinativo dell'oggetto del contratto di lavoro.

3.5. Resta comunque salva l'ipotesi che la destinazione ad altre mansioni comporti il sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa. Trattasi di questione che, tuttavia – giova rimarcare – esula dall'ambito delle problematiche sull'equivalenza delle mansioni, configurandosi nella diversa ipotesi della sottrazione pressoché integrale delle funzioni da svolgere, vietata anche nell'ambito del pubblico impiego (Cass. n. 11835 del 2009, n. 11405 del 2010, nonché Cass. n. 687 del 2014)."

APPURATO pertanto che:

- la previsione dell'equivalenza tra profili professionali è, come ben puntualizzato dalla Corte di Cassazione, demandata alla contrattazione collettiva;
- il CCNL 31.03.1999 indica nella declaratoria di cui all'allegato A del predetto contratto, solo a titolo esemplificativo alcuni profili, laddove è previsto: "Appartengono, ad esempio, alla categoria i seguenti profili: esperto di attività socioculturali, agente di polizia municipale e locale, educatore asili nido e figure assimilate, geometra, ragioniere, maestra di scuola materna, istruttore amministrativo, assistente amministrativo del registro delle imprese";
- dalla predetta formulazione utilizzata dalle parti sociali nel CCNL 31.03.1999, emerge chiaramente la distinzione tra il profilo di istruttore amministrativo dagli altri profili, ed in particolare da quella del "geometra" (al quale sembrerebbe più riconducibile nel caso di specie, ed in questo caso sì equivalente, il profilo della candidata di "coordinatore per l'espletamento dell'attività tecnica" espletato nel settore urbanistica del proprio ente di appartenenza);
- il predetto ccnl, all'art. 3 demanda ai singoli enti l'identificazione dei profili in relazione alla propria struttura organizzativa;
- non è rinvenibile nella struttura organizzativa del Comune di Sillano Giuncugnano il profilo della ricorrente;
- il profilo di coordinatore per l'espletamento di attività in materia tecnica previsto dal Comune di Lucca è ritenuto semmai equivalente a quello dell'istruttore tecnico o di geometra, ma non a quello di istruttore amministrativo, per il quale è stata espletata la procedura di mobilità volontaria ai sensi dell'art. 30 D.Lgs. 165/2001;

- non sussistono pertanto le condizioni minimali per poter ritenere equivalenti i profili di *coordinatore per l'espletamento di attività in materia tecnica* e quello di *istruttore amministrativo*;

VERIFICATO inoltre, ed in aggiunta ai motivi sopra illustrati, che il bando di mobilità di cui trattasi, al paragrafo rubricato "Requisiti di ammissione" individua tra i presupposti per poter partecipare alla procedura "***una esperienza maturata di almeno 1 anno nel profilo professionale richiesto***";

DATO ATTO che dall'esame del curriculum della candidata detto requisito non risulta soddisfatto, non risultando dal predetto c.v. un'esperienza professionale di almeno dodici mesi nel profilo di istruttore amministrativo;

Per tutto quanto sopra illustrato,

VISTI i vigenti CCNL enti locali;

VISTO il D.Lgs. 267/2000;

VISTO il D.Lgs. 165/2001;

DETERMINA

Per tutto quanto espresso in premessa, che qui integralmente si richiama ed approva, di:

PRENDERE ATTO del possibile profilo di contraddittorietà contenuto nel bando pubblico di mobilità nella parte in cui si fa riferimento al *nulla osta preventivo dell'amministrazione di appartenenza ovvero all'istanza di trasferimento*, come meglio precisato in premessa, e di annullare conseguentemente la determinazione n. 271 del 07.09.2018 con effetti ex tunc;

DARE ATTO che l'attività di riesame espletata, in accoglimento dell'istanza della ricorrente, ha evidenziato che la domanda di partecipazione della stessa, prot. 4529/2018, cat. 3 cl. 1, è pur sempre inammissibile, per le motivazioni analiticamente riportate in premessa e di seguito sintetizzate:

- a) per carenza del requisito del profilo professionale richiesto;
- b) per oggettiva impossibilità di operare un'equivalenza tra il profilo di coordinatore tecnico con quello di istruttore amministrativo, stante l'evidente divergenza di competenze professionali ascrivibili ai due profili, non equiparabili;
- c) per difetto del requisito di esperienza di almeno un anno nel profilo richiesto di istruttore amministrativo;

DARE ATTO di aver svolto un riesame non solo formale, ma anche sostanziale, della domanda di partecipazione alla selezione per mobilità per istruttore amministrativo indetta dal Comune di Sillano Giuncugnano;

DARE PERTANTO ATTO, che, anche a seguito del nuovo riesame svolto, la domanda di OMISSIS non risulta ammissibile, e pertanto che la procedura di mobilità indetta con determinazione n. 232/2018 ha esito negativo;

TRASMETTERE il presente provvedimento alla ricorrente, e di disporre la pubblicazione del presente atto all'albo on line e nell'apposita sezione del sito istituzionale denominata "Amministrazione Trasparente" secondo le disposizioni di legge vigenti.

IL RESPONSABILE DEL SERVIZIO
COLTELLI MILENA
