

**TAR Campania - Sezione V - sentenza n. 1352 dell'8 marzo 2019**

**DANNO PER RITARDATA CONCLUSIONE DEL CONCORSO INTERNO PER LA PROGRESSIONE DEI DIPENDENTI**

*La risarcibilità del danno da ritardo, in presenza dei dovuti presupposti, è suscettibile di ristoro patrimoniale secondo lo schema della responsabilità c.d. aquiliana. Inoltre, agli elementi strutturali connotanti la tipologia di risarcimento, la richiesta di accertamento del danno da ritardo ovvero del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento favorevole, se da un lato, deve essere ricondotta al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, dall'altro, in ossequio al principio di atipicità dell'illecito civile, costituisce una fattispecie sui generis, del tutto specifica e peculiare che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c., per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità ivi prevista, con la prima conseguenza che non è possibile presumersi danno risarcibile da ritardo iuris tantum, necessitando la prova degli elementi costitutivi.*

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta) ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2783 del 2013, proposto da:

Gaetano Della Rosa, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Centola, Gianluca Lemmo, Angelo Centola, con domicilio eletto presso lo studio Roberto Centola in Napoli, Centro Direzionale Is. B/8;

*contro*

Asl Na 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa Intorcchia, Francesco Lembo, con domicilio eletto presso lo studio Annalisa Intorcchia in Napoli, via Comunale del Principe 13/A;

*per*

il risarcimento dei danni derivanti dal ritardato espletamento e dalla ritardata conclusione del concorso interno per la progressione dei dipendenti mediante riconoscimento della categoria superiore C e danni da perdita di chance per non aver potuto partecipare alla selezione interna per la categoria D.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Na 1;

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 22 gennaio 2019 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con atto notificato in data 14 giugno 2013 e depositato il successivo 15 giugno Della Rosa Gaetano, in servizio presso la ASL NA 1/ PSI Loreto Crispi, con la qualifica di infermiere generico esperto, categoria C dal 1 agosto 2007 (qualifica acquisita a seguito di un concorso bandito dalla Asl Na 1 ai sensi degli artt. 15, 16, 17 CCNL 1998/2001), ha richiesto il risarcimento dei danni derivanti dal ritardato espletamento e dalla ritardata conclusione del concorso interno per la progressione di carriera mediante riconoscimento della categoria superiore C e i danni da perdita di chance per non aver potuto partecipare alla selezione interna per la categoria D.

2. A sostegno della proposta domanda risarcitoria deduce in punto di fatto:

a) che il ritardo dell'Azienda nella indizione della selezione interna ai fini detta progressione (interna) dei dipendenti mediante il riconoscimento della categoria superiore gli aveva impedito di ottenere il passaggio alla categoria superiore sino al 2007;

b) che la ASL in tale periodo aveva comunque sempre chiamato anche dall'esterno personale per sopperire alle esigenze organizzative e di personale;

c) che tutte le procedure concorsuali, una volta bandite, dovrebbero concludersi in un tempo congruo e per evitare danni all'ASL e per evitare pregiudizi di partecipazione;

d) che, essendo in possesso dei prescritti requisiti, partecipava alla selezione per il riconoscimento, sia pure con cinque anni di ritardo, della categoria C;

e) che la ASL NA/1 completava l'iter del procedimento di selezione interna solo a seguito di un ulteriore sollecito dell'istante in data 19.01.2007;

f) che la ASL dovendo coprire i posti di categoria D) Fisioterapisti, aveva proceduto alla chiamata diretta del predetto personale attingendo all'esterno mediante Mobilità Nazionale e Regionale;

g) che in conseguenza di ciò e soprattutto del ritardo nel completamento della selezione, era stato penalizzato due dal momento che aveva ottenuto la categoria C) con almeno 7 anni di ritardo, pur avendo maturato il diritto alla acquisizione da tempo e non aveva potuto essere chiamato come categoria D) (Fisioterapista) pur essendo in possesso di tali requisiti per il passaggio alla superiore categoria D);

h) che non aveva potuto neanche maturare gli scatti di anzianità quanto meno dal 2001;

i) che tali danni potevano essere quantificati in Euro 24.698,82 corrispondenti alle maggiori somme che avrebbe avuto diritto a percepire quale differenza tra quanto dovuto e quanto ottenuto giusta conteggi allegati;

l) che inoltre, in conseguenza della mancata progressione di carriera nonché per la perdita di chance per non aver potuto partecipare alla precedente selezione bandita per la categoria D) gli spettavano anche E 24.698,82 ovvero la somma maggiore o minore ritenuta di giustizia;

3. A sostegno della proposta domanda risarcitoria ha inoltre dedotto, in merito alla ritardata definizione della procedura concorsuale, la violazione dell'art. 2 L. 241/90, deducendo che la procedura concorsuale per il passaggio alla categoria C avrebbe dovuto concludersi nel termine di trenta giorni e che la mancata osservanza del termine di conclusione del procedimento, ai sensi dell'art. 2-bis L. 241/90, comporterebbe la responsabilità della P.A. per i danni derivanti dall'osservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Assume pertanto che il decorso del lungo lasso di tempo tra l'indizione del concorso e l'effettivo espletamento aveva quindi, prodotto in aggiunta al danno per perdita di chance che innanzi si evidenziava, anche un danno ingiusto autonomamente risarcibile.

4. Si è costituita la ASL resistente, concludendo in via preliminare per il difetto di giurisdizione dell'adito G.A. e nel merito per il rigetto del ricorso sulla base del rilievo che nei confronti della P.A. di bandire, concludere e/o revocare una selezione con provvedimento motivato a seconda delle concrete ed attuali esigenze gestionali e di fabbisogno organico, il ricorrente non vanterebbe alcuna vera e propria posizione giuridicamente rilevante che possa concretizzarsi, in un vero e proprio diritto o anche solo in un legittimo interesse.

Assume inoltre già in data 31.01.2006, il ricorrente, allora inquadrato nella categoria BS, aveva invitato, senza averne titolo, la medesima ASL a provvedere a porre in essere tutti gli atti utili a consentirgli l'accesso alla categoria D.

Tale istanza non venne accolta, non essendo ammesso in caso di procedura concorsuale interna alcun salto di categoria, prevedendo la normativa la corretta progressione verticale.

Assume infine che non sarebbe fondata la domanda risarcitoria relativa alla lamentata perdita di chance per non aver potuto partecipare alla precedente selezione bandita per la categoria D, in mancanza di qualsivoglia supporto probatorio in ordine alla possibilità di conseguimento del risultato aspirato.

5. Con memoria depositata in data 19 dicembre 2018 il ricorrente ha in primo luogo controdedotto all'eccezione di difetto di giurisdizione, affermando di avere presentato ricorso per la questione de qua innanzi al Tribunale ordinario in funzione di Giudice del Lavoro che con la sentenza la Sentenza del Tribunale di Napoli Sez. Lavoro n. 25332 del 16/10-6/11/12, emessa tra le stesse parti, aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo.

6. Nel merito ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

7. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica per lo smaltimento dell'arretrato del 22 gennaio 2019.

8. In via preliminare va affrontata la questione di giurisdizione, sollevata dalla resistente amministrazione.

9. Vi è in primo luogo da evidenziare che il ricorrente ha proposto il presente ricorso innanzi a questo G.A. dopo che sulla medesima vicenda si era pronunciato il Tribunale di Napoli Sez. Lavoro con sentenza n. 25332 del 16/10-6/11/12, con cui si era dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo.

Ed invero la sentenza de qua è motivato alla stregua dei seguenti rilievi: "Costituisce orientamento consolidato nella giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte (Cass. Sez. U. n. 15235 del 30.06.2009) - che si è adeguata sul punto ai numerosi e noti interventi della Corte costituzionale la lettura estensiva della previsione contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, secondo la quale "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", nel senso che per "assunzione" deve intendersi anche il conferimento a personale, già dipendente pubblico di qualifica o inquadramento in area superiore che sia tale da comportare

una novazione del precedente rapporto di lavoro. Il principio trova applicazione pacifica alla fattispecie di concorso interno (riservato ai dipendenti) per il conferimento di qualifica dirigenziale (vedi Cass. S.U. 29 novembre 2006, n. 25277; 20 aprile 2006, n. 9164).

2.3. La stessa giurisprudenza sopra menzionata non dubita della valenza anche sostanziale della previsione di giurisdizione amministrativa (generale di legittimità e non esclusiva), in linea con il dettato costituzionale (art. 103 Cost.), cosicché il procedimento concorsuale resta ascritto alla categoria dei procedimenti amministrativi autoritativi, che si concludono con il provvedimento di approvazione della graduatoria (vedi Cass. Su. 24 maggio 2006, n. 12221, 19 febbraio 2007, n. 3717; 12 novembre 2007, n. 23439; 18 giugno 2008, n. 16527).

Ne discende che, in materia di concorsi "pubblici", rapporti giuridici e diritti soggettivi devoluti alla cognizione del giudice ordinario si configurano solo a seguito dell'emanazione del provvedimento di approvazione della graduatoria, che ne rappresenta il fatto costitutivo (vedi Cass. S.U. 23 aprile 2008, n. 10459).

2.4. Nel caso di specie, non è consentito dubitare che sia stato domandato il risarcimento dei danni cagionati dall'esercizio del potere pubblico, imputando all'amministrazione il ritardo illegittimo e colpevole nell'espletamento del concorso ("pubblico" nel senso sopra precisato) e nell'emanazione dell'atto terminale dell'approvazione della graduatoria. Orbene, l'uso illegittimo del potere si riverbera sul piano del contratto, non consentendone la stipulazione e cagionando ritardi nell'assunzione, ovvero altri pregiudizi. La competenza giurisdizionale a conoscere di queste pretese risarcitorie, e la sua estensione, dipende dall'interpretazione della norma di cui alla L. n. 1034 del 1971, art. 7, comma 3, (comma sostituito dall'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, a sua volta successivamente modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7). "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

Al riguardo, dopo alcune incertezze, i più recenti arresti delle Sezioni unite della Corte, disattendendo sia la tesi (c.d. privatistica) - secondo la quale l'interessato potrebbe anche adire il giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno, indipendentemente dall'impugnazione dell'atto - sia quella, intermedia, della competenza del giudice ordinario sulla pretesa risarcitoria in caso di intervenuto annullamento dell'atto, affermano la competenza in tutti i casi del giudice amministrativo sulle domande di risarcimento del danno derivante dall'esercizio di attività autoritative, con la precisazione (a temperamento della tesi c.d. "amministrativa") che la tutela risarcitoria non può essere condizionata all'impugnazione dell'atto (vedi Cass. S.U. 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660; 23 dicembre 2008, n. 30254). Da questo orientamento deriva la competenza giurisdizionale amministrativa in tema di risarcimento del danno derivato al lavoratore dall'esercizio di attività autoritative, dovendosi confermare la statuizione sul punto della sentenza impugnata con le integrazioni della motivazione sopra precisate. La relativa controversia va quindi instaurata dinanzi al Tribunale amministrativo regionale competente per territorio, con gli effetti di traslatio iudicii precisati da Cass. S.U. 22 febbraio 2007, n. 4109, e nel rispetto del principio generale, affermato da C. cost. 12 marzo 2007 n. 77, secondo cui gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservano, a seguito

di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Va peraltro rilevato che la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste anche sotto altra prospettiva giacché già le Sezioni Unite con la pronuncia del 15.10.2003 n. 15403 ritenevano che le procedure selettive, comunque denominate, riservate ai dipendenti dell'amministrazione e finalizzate a categoria o fascia funzionale superiore integravano ipotesi di procedura concorsuale finalizzata a nuove assunzioni con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, comportando la progressione verticale l'instaurazione di un nuovo rapporto (così Cass. Sez. U. del 12.11.2007 n. 23439)»

9.1. Alla stregua di tali condivisibili rilievi deve ritenersi sussistente la giurisdizione amministrativa, in quanto il ricorrente ha azionato la pretesa risarcitoria ex art. 30 comma 2 c.p.a. secondo cui “Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegitimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria...” in relazione a materia rientrante nella giurisdizione generale di legittimità dell'adito G.A., ovvero quella delle procedure concorsuali ex art. 63 comma 4 d.lgs. 165/2001 secondo cui “Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi”.

Infatti, come hanno avuto modo di precisare le S.U. in ripetute pronunce “Nel quadro complessivo della riforma cosiddetta di privatizzazione del lavoro pubblico, il comma 4 dell'articolo 63 del d.lgs. 165 del 2001, nel lasciare ferma la giurisdizione del giudice amministrativo sulle «controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto a una fascia o area funzionale superiore, posto che tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata, ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso, con la conseguenza che, anche se si tratti di concorsi per soli interni, le relative controversie sono conosciute dal giudice amministrativo e non da quello ordinario. Pertanto, in tema di selezioni preordinate al conferimento di superiori inquadramenti ai lavoratori pubblici, l'area della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative è di carattere residuale, circoscritta agli inquadramenti che non comportano variazioni di area o di categoria, poiché concernenti semplici passaggi di livello nell'ambito della medesima area funzionale” (ex multis Cass. civ. Sez. Unite, 18.10.2005, n. 20107).

Nell'ipotesi di specie pertanto non vi è dubbio che la pretesa risarcitoria del ricorrente attenga a materia devoluta alla giurisdizione generale di legittimità dell'adito G.A., lamentando lo stesso la lesione della propria posizione lavorativa relativa al passaggio ad aree funzionali superiori ovvero l'area C e l'area D, rispetto alla precedente categoria BS.

10. Nel merito le avanzate pretese risarcitorie sono infondate.

11. Ed invero il ricorrente lamenta i danni connessi:

- a) alla ritardata indizione della procedura concorsuale per il passaggio alla categoria C (infermiere generico esperto categoria C, categoria in effetti successivamente acquisita dal ricorrente a decorrere dall'1.08.2007 per effetto del superamento del concorso bandito con deliberazione del 13.12.2005 n. 1090);
- b) alla ritardata conclusione di tale procedura rispetto all'indizione, assumendo, quale termine di conclusione della procedura, quello generale di trenta giorni di cui all'art. 2 L. 241/90;
- c) alla perdita di chance connessa all'impossibilità di partecipare ai concorsi per l'acquisizione della categoria D.

11.1. Al riguardo occorre evidenziare che secondo la costante giurisprudenza in materia “La risarcibilità del danno da ritardo, in presenza dei dovuti presupposti, è suscettibile di ristoro patrimoniale secondo lo schema della responsabilità c.d. aquiliana. Inoltre, agli elementi strutturali connotanti la tipologia di risarcimento, la richiesta di accertamento del danno da ritardo ovvero del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento favorevole, se da un lato, deve essere ricondotta al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, dall'altro, in ossequio al principio di atipicità dell'illecito civile, costituisce una fattispecie sui generis, del tutto specifica e peculiare che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c., per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità ivi prevista, con la prima conseguenza che non è possibile presumersi danno risarcibile da ritardo iuris tantum, necessitando la prova degli elementi costitutivi. Del pari, secondo lo schema paradigmatico di cui all'art. 2043 c.c., occorre verificare la sussistenza dei presupposti di carattere oggettivo (ingiustizia del danno, nesso causale, prova del pregiudizio subito), nonché di quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), dovendosi con riferimento a questi ultimi profili di configurazione dell'illecito civile in capo alla P.A., dare contezza degli elementi univoci indicativi della sussistenza della colpa (C. di S., 29.05.2008, n. 2564), atteso che il risarcimento del danno ingiusto presuppone in ogni caso la comprovata sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito (C. di S., sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739) ossia: a) il nesso causale tra condotta dell'Amministrazione (eventualmente collegata all'emanazione o alla non emanazione di un atto amministrativo) e danno; b) la ragionevole quantificabilità del danno; c) l'enucleazione di un elemento di colpa riferito al funzionamento complessivo dell'apparato pubblico e ricorrente quando l'errore commesso non sia scusabile” (cfr. in tal senso TAR Napoli, (Campania) sez. III, 2.02.2018, n. 728).

Pertanto la prospettazione di parte ricorrente, già astrattamente ed in base ai principi elaborati della giurisprudenza sul c.d. danno da ritardo, non è condivisibile.

Con la recente sentenza n. 1239 del 25.03.2016, il Consiglio di Stato, sezione V, ha ribadito i principi consolidati nella giurisprudenza amministrativa in relazione alla riconducibilità delle fattispecie del danno da ritardo a quella di cui all'art. 2043 c.c., con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato, circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito richiesti dall'art. 2043 cod. civ..

In particolare, quanto alla prova dell'elemento soggettivo, la giurisprudenza sostiene che essa non possa derivare dal mero superamento del termine di conclusione del procedimento (C. di S., sez. IV, 12.11.2015, n. 5143), dovendosi dimostrare che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento negligente o ad una intenzionale volontà di

nuocere, in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa ovvero ad un colpevole atteggiamento dilatorio addebitabile a negligente comportamento dell'apparato amministrativo (Cfr. TAR Campania, sez. III, 3 luglio 2015, n. 3580; C. di S., sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4452).

Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale pertanto la sussistenza del danno da ritardo non può presumersi iuris tantum, in relazione al mero "superamento" del termine fissato per l'adozione del provvedimento amministrativo favorevole. Il danneggiato deve infatti provarne, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. i presupposti sia di carattere oggettivo (sussistenza del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di carattere soggettivo (dolo e colpa del danneggiante).

In sostanza la prova dell'elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria deve considerarsi raggiunta unicamente a fronte di una palese ed oggettiva inosservanza dei termini procedurali, non giustificata da parte dell'Amministrazione, né in sede procedimentale, né in sede giudiziale, con riferimento a difficoltà oggettive di tipo tecnico o organizzativo rispetto al concreto affare trattato.

In particolare, ai fini dell'affermazione di una responsabilità della P.A. causativa di un danno da ritardo, da considerare ingiusto, la valutazione dell'elemento della colpa non può essere attinta dal solo dato oggettivo della procrastinazione dell'adozione del provvedimento finale, necessitando anche la dimostrazione che la P.A. abbia agito con dolo o colpa grave, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente o ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost. (C. di S., sez. V, 27.04.2006, n. 2359; C. di S., sez. IV, 11.10.2006, n. 6059).

11.2. Peraltro nell'ipotesi di specie, oltre alla circostanza che parte ricorrente nulla ha dedotto né comprovato in ordine alla sussistenza dell'elemento della colpa, non adempiendo pertanto al suo onere di allegazione, prima ancora che probatorio (laddove "Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet") ciò che sembra difettare, con rilievo di carattere assorbente rispetto a qualsiasi ulteriore indagine, finalizzata all'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità dell'amministrazione resistente, ex art. 2043 c.c., è il danno ingiusto, legato da un nesso eziologico con il comportamento illegittimo della resistente P.A..

12. Ed invero, quanto alla prima pretesa risarcitoria, relativa alla ritardata indizione della procedura per passaggio di area, ai sensi dell'art. 15 CCNL richiamato da parte ricorrente, deve evidenziarsi che il cennato art. 15 individua solo i presupposti per detto passaggio, senza porre un obbligo in tal senso, non vantando il lavoratore alcuna posizione giuridica soggettiva qualificata in ordine all'indizione di procedure interne per la progressione di carriera e non potendo lo stesso interferire con le scelte organizzative e finanziarie dell'amministrazione.

12.1. L'art. 15 infatti si limita a prevedere che "La progressione interna dei dipendenti dell'azienda o ente nel sistema classificatorio, nel rispetto dell'art. 14, viene effettuata, nei limiti dei posti disponibili nella dotazione organica di ciascuna categoria e dei relativi profili, mediante:

- a) passaggi da una categoria all'altra immediatamente superiore;
- b) passaggi all'interno delle categorie B e D;

c) passaggi nell'ambito della stessa categoria tra profili diversi dello stesso livello.

2. Le aziende e gli enti possono bandire i concorsi pubblici o avviare gli iscritti nelle liste di collocamento anche per i posti di cui al comma 1, punti b) e c) solo se le selezioni interne hanno esito negativo o se mancano del tutto all'interno le professionalità da selezionare”.

Al riguardo si osserva che, oltre alla sussistenza della copertura finanziaria per il passaggio di categoria, da ritenersi sempre necessaria a fronte dell'indizione di una procedura concorsuale, presupposto per l'indizione della procedura per passaggio di categoria, ai sensi del citato art. 15, è la sussistenza di posti disponibili nella dotazione organica, profilo rispetto al quale parte ricorrente nulla ha dedotto né comprovato.

Ed invero le deduzioni di parte ricorrente e la stessa documentazione prodotta attengono non alla necessità della copertura dei posti per la categoria C, infermiere generico, cui il ricorrente poteva accedere – come poi in effetti avvenuto a seguito dell'indizione e della conclusione della procedura concorsuale – ma alla categoria D per il profilo professionale di fisioterapista, categoria alla quale il ricorrente non poteva immediatamente accedere dalla categoria BS, stante il divieto di procedure concorsuali interne che comportino il “doppio salto”, come confermato dalla Corte Costituzionale, in quanto incidenti negativamente sul buon andamento dell'amministrazione (Corte costituzionale sent. n. 314 del 1994, n. 1 del 1999, nn. 194 e 373 del 2002).

Pertanto il ricorrente non poteva vantare alcuna posizione giuridica soggettiva qualificata rispetto all'indizione del concorso per passaggio di categoria e rispetto “all'assunzione” in senso novativo del rapporto, nella superiore categoria C.

12.2. Ed invero una posizione giuridica differenziata, sub specie di diritto all'acquisizione della superiore qualifica, è stata individuata dalla giurisprudenza giuslavoristica solo all'esito del superamento della procedura concorsuale, indetta dalla P.A. nell'esercizio della sua piena discrezionalità e al ricorrere di determinati presupposti (ex multis Cassazione civile sez. lav., 19.06.2009, n. 14478 secondo cui “In tema di lavoro pubblico privatizzato, ove la p.a. abbia manifestato la volontà di provvedere alla copertura di posti di una determinata qualifica attraverso il sistema del concorso interno ed abbia, a questo fine, pubblicato un bando che contenga tutti gli elementi essenziali (numero dei posti disponibili, qualifica, modalità del concorso, criteri di valutazione dei titoli, ecc.), prevedendo, altresì, il riconoscimento del diritto del vincitore del concorso di ricoprire la posizione di lavoro disponibile e la data a decorrere dalla quale è destinata ad operare giuridicamente l'attribuzione della nuova posizione, sono rinvenibili in un siffatto comportamento gli estremi dell'offerta al pubblico, che impegna il datore di lavoro pubblico non solo al rispetto della norma con la quale esso stesso ha delimitato la propria discrezionalità, ma anche ad adempiere l'obbligazione secondo correttezza e buona fede. Il superamento del concorso, indipendentemente dalla successiva nomina, consolida nel patrimonio dell'interessato l'acquisizione di una situazione giuridica individuale, non disconoscibile alla stregua della natura del bando, né espropriabile (in virtù dell'art. 2077 comma 2 c.c.) per effetto di diversa successiva disposizione generale volta, come nella specie, a posticipare la decorrenza giuridica ed economica dell'inquadramento”).

13. Parimenti da disattendere, per insussistenza del danno ingiusto, è la pretesa risarcitoria relativa alla ritardata conclusione della procedura concorsuale, avviata con la deliberazione

13.12.2005 n. 1090, la cui graduatoria è stata approvata con deliberazione n. 630 del 19 giugno 2007, non potendosi assolutamente ancorare il termine di conclusione della procedura concorsuale de qua a quello generale di trenta giorni previsto in via suppletiva dall'art. 2 L. 241/90.

Ed invero al riguardo occorre far riferimento all'art. 17 del CCNL, vigente *ratione temporis*, il quale si limita a prevedere che

“1. I passaggi dei dipendenti da una categoria all'altra immediatamente superiore avvengono previo superamento di una selezione interna aperta alla partecipazione dei dipendenti in possesso dei requisiti culturali e professionali previsti per l'accesso al profilo cui si riferisce la selezione.

2. La selezione di cui al comma 1 è basata su:

a) verifica della professionalità richiesta dal profilo superiore attraverso la valutazione in apposita prova teorico pratica e/o colloquio volti ad accertare il possesso delle capacità professionali acquisite anche attraverso percorsi formativi;

b) valutazione comparata dei curricula, ove comunque prendere in considerazione:

- titoli di studio, diplomi di specializzazione o perfezionamento, certificato di abilitazioni a funzioni direttive, diploma di scuola diretta ai fini speciali nell'assistenza infermieristica etc., purché non siano utilizzati come requisito di ammissione;

- corsi di formazione, anche esterni all'azienda, qualificati quanto alla durata e alla previsione di esame finale;

- qualificati corsi di aggiornamento professionale;

- pubblicazioni e titoli vari tra i quali relazioni finali di ricerche o studi affidati dall'azienda o ente;

3. Gli elementi di valutazione del comma 2 sono tra loro diversamente combinati e ponderati in relazione alle peculiarità professionali che caratterizzano le categorie ed i profili cui si riferiscono le selezioni.

4. Le procedure relative alle modalità di svolgimento delle selezioni del comma 1 sono preventivamente individuate dalle aziende o enti con atti regolamentari improntati a principi di imparzialità, trasparenza, tempestività, economicità e celerità di espletamento ai sensi di quanto previsto dall'art. 36, comma 3 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29. Le parti, al fine di fornire alle aziende ed enti linee guida uniformi sulle procedure, rinviano all'allegato 2 al presente contratto”.

A sua volta il richiamato ALLEGATO 2 - ELEMENTI E CONTENUTI CHE DEVONO INFORMARE I CRITERI DA DEFINIRE CON IL REGOLAMENTO AZIENDALE DI CUI ALL'ART. 16, COMMA 4 stabilisce che

“1. Le aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale, con propri atti regolamentari, individuano le modalità di svolgimento delle selezioni di cui agli artt.16 e 17. Gli elementi di valutazione in base ai quali effettuare le selezioni sono indicati nel comma 2 del citato art. 16. Le aziende e gli enti possono integrare tali criteri ed elementi di valutazione e combinarli e ponderarli tra di loro in relazione alle peculiarità professionali che caratterizzano le categorie o profili cui si riferiscono le selezioni, in base a specifica previsione regolamentare.

2. I regolamenti di cui sopra dovranno prevedere in particolare:

- le procedure per garantire la massima diffusione ai bandi di selezione;

- le modalità per la presentazione delle domande di partecipazione e della eventuale documentazione necessaria;
- la composizione delle commissioni in numero non inferiore a tre membri scelti tra soggetti esperti;
- le modalità di verifica dei requisiti di professionalità richiesti dalla categoria o profilo, stabilendo le ipotesi in cui, nei passaggi indicati dall'art. 15, va svolta l'apposita prova teorico-pratica e/o il colloquio ovvero altri strumenti di verifica nonché le modalità del loro espletamento;
- la fissazione di criteri standard per la valutazione dei titoli di studio, dei corsi di formazione e di aggiornamento, delle pubblicazioni. I criteri devono consentire una valutazione globale che tenga comunque conto in modo adeguatamente motivato dei singoli elementi sopra descritti;
- le modalità di valutazione dei percorsi formativi;
- la eventuale previsione di utilizzo a scorrimento dei risultati delle selezioni, con indicazione della durata della loro validità, in analogia a quanto previsto per l'accesso dall'esterno".

3. Nella predisposizione del regolamento le aziende ed enti terranno, altresì, conto dei principi generali di cui al provvedimento dell'art. 14".

13.1. In considerazione di tali rilievi era pertanto onere di parte ricorrente allegare e comprovare quanto meno il superamento del termine di conclusione della procedura concorsuale per il passaggio di categoria, quale eventualmente fissata con atto regolamentare della ASL, ovvero quale fissato in maniera specifica con riferimento alla procedura de qua, in ottemperanza a quanto al riguardo previsto dall'art. 9 "Adempimenti preliminari" comma 1 DPR 27 marzo 2001 n. 220 (Regolamento recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale) secondo cui "Prima dell'inizio delle prove concorsuali, la commissione, in relazione al numero dei candidati, stabilisce il termine del procedimento concorsuale, rendendolo pubblico".

13.2. Per contro parte ricorrente nulla ha dedotto o comprovato in relazione allo specifico termine di conclusione della procedura concorsuale de qua, richiamandosi genericamente al termine di trenta giorni di cui all'art. 2 L. 241/90, che non può trovare applicazione rispetto alle procedure concorsuali nel pubblico impiego.

A ciò si aggiunge che, come evincibile dalla deliberazione del direttore generale n. 630 del 19 giugno 2007, relativa all'approvazione della graduatoria per la procedura de qua, con deliberazione 18.05.2006 n. 484 si era proceduto alla riapertura dei termini – con conseguente slittamento della conclusione della procedura concorsuale - e rispetto a detta riapertura parte ricorrente nulla ha dedotto.

Da ciò l'infondatezza della pretesa in relazione a tale posta risarcitoria, in mancanza di prova in ordine all'illegittimità inosservanza del termine per la conclusione della procedura de qua, alla quale solamente potrebbe riconnettersi "un danno ingiusto".

13.3. Ciò senza mancare di evidenziare che, una volta comprovata l'ingiustizia del danno, era onere di parte ricorrente allegare e comprovare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'amministrazione in ordine al superamento di tale termine, nel senso peraltro precisato dalla giurisprudenza innanzi richiamata, laddove nessuno argomento di prova è stato al riguardo offerto da parte ricorrente, che nulla ha dedotto o comprovato neanche in ordine al numero dei

partecipanti alla procedura de qua, né in ordine all'illegittimità della delibera di riapertura dei termini, nel senso dianzi precisato.

13.4. Nel senso della infondatezza della pretesa risarcitoria, in difetto di prova degli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana, ex art. 2043 c.c. - cui si deve ritenere faccia riferimento l'art. 2-bis comma 1 L. 241/90, come ritenuto dalla giurisprudenza innanzi evidenziata - depone peraltro anche la circostanza che in relazione alle procedure concorsuali non è ammesso neanche l'indennizzo dovuto al mero superamento del termine di conclusione del procedimento, quale previsto dall'art. 2-bis comma 1-bis L. 241/90, successivamente aggiunto dall'art. 28, comma 9, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, che infatti al riguardo dispone "Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento".

14. In considerazione della infondatezze delle pretese risarcitorie relative alla tardiva indicazione della procedura concorsuale per il passaggio alla categoria C, nonché alla tardiva conclusione di tale procedura una volta avviata, va pertanto rigettata anche la pretesa risarcitoria per perdita di chance relativa all'impossibilità di partecipare alle procedure concorsuali per l'accesso alla superiore categoria D, profilo professionale di fisioterapista, che non può che connotarsi come danno consequenziale rispetto al ritardata "assunzione", nel senso novativo del rapporto, nella categoria C, stante l'impossibilità, dianzi precisata, di accedere a procedure concorsuali per "doppio salto".

15. Le domande risarcitorie avanzate da parte ricorrente vanno pertanto in toto rigettate.

16. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla risulgenza della causa e alla materia trattata per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pierluigi Russo,	Presidente FF
Diana Caminiti,	Consigliere, Estensore
Gabriella Caprini,	Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Diana Caminiti	Pierluigi Russo