

**TAR Veneto – Sezione III, Sent. n. 3589 del 18.11.2008***omissis***FATTO**

Il Direttore generale dell'ULSS n. X. , con deliberazione n. 166 dell'11 febbraio 2000, secondo le modalità previste dalla legge, ha approvato il regolamento per l'applicazione dell'art. 18 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dalla legge 17 maggio 1999, n. 144, relativamente agli incentivi e spese per lo svolgimento di prestazioni professionali per l'esecuzione o la manutenzione di opere di competenza dell'ULSS.

In pari data, con deliberazione n. 167 dell'11 febbraio 2000, ha approvato un diverso regolamento, che prevedeva la corresponsione ai dipendenti dell'ULSS di compensi pari al 50 per cento della tariffa professionale degli ingegneri ed architetti, per lo svolgimento, fuori dell'orario di lavoro, delle medesime prestazioni professionali per l'esecuzione o la manutenzione di opere di competenza dell'ULSS.

Questa delibera in un allegato sottoscritto da sette dipendenti demandava a successivi provvedimenti dello stesso Direttore generale il conferimento dei singoli incarichi, salvo attribuire direttamente quello relativo alla progettazione o direzione dei lavori interni per la ristrutturazione del laboratorio di analisi dell'ospedale di C..

Nel corso degli anni sono state erogate ingenti somme in applicazione della deliberazione da ultimo citata, facendo valere i relativi oneri non sui costi correlati alla realizzazione delle opere pubbliche, come previsto per gli incentivi di cui all'art. 18 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che riguarda spese in conto capitale, ma tra i costi del personale.

Previa comunicazione di avvio del procedimento ed esame delle osservazioni proposte dagli interessati, il Direttore generale dell'ULSS n. X., con deliberazione n. 244 del 31 luglio 2006, ha annullato in autotutela il regolamento n. 167 dell'11 febbraio 2000.

Tale deliberazione è impugnata con il ricorso in epigrafe, da una parte dei dipendenti dell'ufficio tecnico che ha beneficiato degli emolumenti, i quali, con un unico ed articolato motivo, lamentano la violazione dell'art. 58 del Dlgs. 3 febbraio 1993, n. 29, la carenza e falsa applicazione di presupposto, l'illogicità manifesta.

Si è costituita in giudizio l'Azienda sanitaria chiedendo la reiezione del ricorso perché infondato.

Successivamente, previa comunicazione di avvio del procedimento, il Direttore generale, con deliberazione n. 347 del 9 novembre 2006, ha annullato in autotutela una serie di precedenti deliberazioni adottate tra gli anni 2000 e 2006, con le quali erano stati attribuiti i singoli incarichi attinenti la progettazione, la direzione lavori e altre prestazioni, da eseguirsi fuori dell'orario di servizio e da remunerarsi con la corresponsione del 50 per cento della tariffa professionale degli ingegneri ed architetti.

Con ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto dai medesimi ricorrenti del ricorso giurisdizionale, tale provvedimento è impugnato per le seguenti censure:

- I) violazione dell'art. 58 del Dlgs. 3 febbraio 1993, n. 29, carenza e falsa applicazione di presupposto, illogicità manifesta;
- II) violazione dell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, violazione dell'art. 97 della Costituzione, manifesta illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, genericità e perplessità del dispositivo;
- III) violazione degli artt. 7 e 8 della legge 7 agosto 1990, n. 241, perché la comunicazione di avvio del procedimento dell'annullamento in via di autotutela non recava la specifica indicazione di due



delle deliberazioni poi oggetto di annullamento, la n. 146 del 22 aprile 2005, e la n. 132 del 17 maggio 2006.

Il ricorso straordinario è stato trasposto in sede giurisdizionale, e l'ULSS ha eccepito l'inammissibilità dello stesso per violazione del principio di alternatività, e ne ha chiesto altresì il rigetto perché infondato nel merito.

Alla pubblica udienza del 27 marzo 2008, essendosi riscontrato l'inserimento nel fascicolo del ricorso giurisdizionale del ricorso straordinario trasposto, con ordinanza collegiale n. 75 del 6 maggio 2008 è stata disposta l'annotazione del medesimo nell'apposito registro di cui all'art. 18, comma 4, del R.D. 17 agosto 1907, n. 642.

Alla pubblica udienza del 2 ottobre 2008, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Disposta la riunione dei ricorsi soggettivamente ed oggettivamente connessi, preliminarmente è necessario esaminare l'eccezione con la quale l'Amministrazione resistente rileva l'inammissibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato per violazione del principio di alternatività di cui agli artt. 8 e 10 del DPR 24 novembre 1971, n. 1199, in quanto con quest'ultimo ricorso sono stati impugnati atti connessi a quello oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale, che ne costituisce l'atto presupposto.

L'eccezione è infondata e deve essere respinta.

Il principio di alternatività, costituendo eccezione al principio generale del diritto di azione che si sostanzia nell'imprescindibile esigenza della effettiva salvaguardia, ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, dei fondamentali diritti di difesa e di tutela dei diritti e degli interessi che si ritengano lesi, non è suscettibile di interpretazione estensiva, e può operare soltanto in presenza di ricorsi proposti avverso il medesimo atto (cfr. Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 15 marzo 1989, n. 5) o, eventualmente, di ricorsi contenenti identiche domande, sia pure in relazione ad atti distinti, ma tuttavia consequenziali, oggetto di gravame per l'illegittimità derivata dalla dedotta invalidità dell'atto presupposto (cfr. Consiglio Stato, Sez. III, par. 4 dicembre 2001, n. 1968; Consiglio di Stato Sez. I, par. 1 marzo 2000, n. 2454; Consiglio di Stato, Sez. II, par. 14 dicembre 1994, n. 1409; Tar Umbria, sent. 28 dicembre 1998, n. 1175).

Nel caso all'esame è impugnata in sede giurisdizionale la deliberazione 31 luglio 2006, n. 244, di annullamento in autotutela della deliberazione n. 167 dell'11.2.2000 avente ad oggetto il regolamento concernente le prestazioni professionali connesse all'esecuzione o alla manutenzione di opere pubbliche di competenza dell'ULSS; con il ricorso straordinario trasposto viene impugnata la deliberazione n. 347 del 9 novembre 2006, con la quale sono stati annullati in autotutela i singoli incarichi conferiti.

Secondo i principi dapprima elaborati dalla giurisprudenza ed oggi codificati nell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'annullamento in autotutela implica l'esercizio di valutazioni circa la sussistenza di ragioni di pubblico interesse e di un termine ragionevole entro cui disporre l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, nonché la ponderazione degli opposti interessi dei destinatari e di eventuali controinteressati.

Da ciò consegue che, allorché si provveda con più provvedimenti all'annullamento in autotutela di atti distinti, le relative valutazioni poste a fondamento di ciascuno di essi comportano che restino, benché connessi, provvedimenti tra di loro autonomi.



Nel caso di specie gli atti impugnati con il ricorso straordinario sono sì connessi con l'atto impugnato in sede giurisdizionale, ma non sono legati a questo da un rapporto di presupposizione e consequenzialità immediata, diretta e necessaria, né sono censurati per illegittimità derivata, ma per vizi in parte propri e in parte comuni ma comunque autosufficienti, rispetto a quelli proposti avverso la deliberazione 31 luglio 2006, n. 244.

Resta pertanto ferma l'autonomia dei giudizi e l'eccezione deve essere respinta.

2. Nel merito i ricorsi sono infondati e devono essere respinti.

Secondo la tesi dei ricorrenti, le Amministrazioni avrebbero la possibilità di conferire ordinariamente e senza limiti ai propri dipendenti incarichi retribuiti sulla base della tariffa professionale per lo svolgimento di prestazioni che si sarebbero potute effettuare nell'ambito dell'ordinaria attività di ufficio, ma da rendere fuori dell'orario di lavoro, in quanto il comma 2 dell'art. 58 del Dlgs. 3 febbraio 1993, n. 29, trasfuso successivamente nell'art. 53 del Dlgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui "le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati", consentirebbe il conferimento dei predetti incarichi, oltre che nei casi previsti dalla legge o da altre fonti normative, anche in tutti i casi in cui, pur non essendovi alcuna previsione normativa e al di fuori degli incentivi di cui all'art. 18 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, vi sia comunque un'espressa autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza subordinata a un giudizio di convenienza economica.

Ciò è quanto sarebbe avvenuto nel caso di specie e i provvedimenti impugnati sarebbero pertanto illegittimi per violazione dell'art. 58 del Dlgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

Questo ordine di idee non può essere condiviso.

All'accoglimento della tesi dei ricorrenti osta da un lato l'art. 60 del DPR 10 gennaio 1957, n. 3, richiamato dall'art. 58 citato, in materia di disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, il quale prevede l'esplicito divieto per i pubblici dipendenti di esercitare libere professioni. Gli stessi ricorrenti reiteratamente affermano di aver svolto le predette attività fuori dell'orario dell'ufficio, in aggiunta agli incarichi interni conferiti sulla base dell'art. 17, comma 1, lett. a), b) e c), e dell'art. 18 della legge 11 febbraio 1994 n. 109; nel caso all'esame risultano pertanto conferiti ai ricorrenti, in violazione della norma citata, dei veri e propri incarichi professionali remunerati sulla base della relativa tariffa, che, essendo stati svolti in modo sistematico e continuativo al di fuori dell'orario di lavoro, conservano tale natura anche se il committente è la stessa amministrazione di appartenenza, che in sostanza ha confuso i due regimi, giungendo ad affidare con la libertà di scelta che le è propria nell'ambito delle decisioni interne alla gestione della propria struttura, veri e propri contratti di rilevanza esterna.

D'altro lato deve rammentarsi che vige nell'ordinamento il principio di onnicomprensività del trattamento economico, per cui non è possibile remunerare il dipendente con compensi ulteriori per lo svolgimento di compiti rientranti nelle mansioni dell'ufficio ricoperto ed è pertanto vietato agli enti di corrispondere compensi aggiuntivi per attività d'istituto (ex plurimis cfr. Corte dei Conti, Sez. Sicilia, 26 marzo 2007, n. 801; Consiglio Stato, Sez. V, 2 Ottobre 2002, n. 5163; Consiglio di Stato, Sez. V, 29 settembre 1999, n. 1200; Consiglio Stato, Sez. V, 2 novembre 1998, n. 1571; id. 9 settembre 1999, n. 1027; Consiglio di Stato, VI, 5 marzo 1997, n. 363; id. Sez. VI, 5 maggio 1995, n. 419; Cons. Stato, V Sez., 25 ottobre 1989 n. 678).

Peraltro, le norme di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 62 del R.D. 23 ottobre 1925, n. 2537, che tale facoltà prevedevano in favore dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato, sono state



espressamente abrogate dall'art. 18 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo modificato dall'art. 13 della legge 17 maggio 1999, n. 144.

Può pertanto concludersi che, trattandosi nel caso all'esame di compensi percepiti in violazione del regime dell'onnicomprendività del trattamento retributivo per attività riconducibili a mansioni e compiti propri dell'ufficio ricoperto, rientranti nei normali compiti di servizio, la censura di violazione dell'art. 58 del Dlgs. 3 febbraio 1993, n. 29 deve essere respinta.

3. Parimenti infondate sono anche le censure con le quali i ricorrenti lamentano il difetto di motivazione e la violazione dell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Infatti i provvedimenti impugnati espressamente si soffermano a rendere esplicito di ritenere l'interesse pubblico volto a ridurre un ingente danno sofferto dalle finanze pubbliche e derivante dalla indebita corresponsione di emolumenti, attuale, concreto e prevalente rispetto all'interesse dei dipendenti al mantenimento dei provvedimenti illegittimi, anche perché risulta che le attività professionali sono sempre state svolte su base volontaria e non in esecuzione di ordini, tali da ingenerare di per sé una condizione di legittimo affidamento, impartiti dai superiori.

Peraltro l'affermazione dei ricorrenti secondo cui il conferimento degli incarichi ai dipendenti in regime libero professionale avrebbe comportato un risparmio di spesa, non risulta in concreto dimostrata, in quanto non viene considerato che il conferimento degli incarichi secondo le modalità prescritte dall'art. 17, comma 1, lett. a), b) e c), e dall'art. 18 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, avrebbe invece comportato un risparmio di spesa.

Inoltre, sulla legittimità degli atti impugnati, contrariamente a quanto dedotto dai ricorrenti, non possono incidere le diverse questioni inerenti all'eventuale riconoscimento da parte dell'Amministrazione di somme in loro favore a titolo di esercizio di fatto di prestazioni lavorative (art. 2126 c.c.) o di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.) per gli incarichi già svolti e che sotto il profilo professionale restano attribuiti alla responsabilità di chi li ha eseguiti, in quanto tali valutazioni attengono a pretese di carattere civilistico che logicamente e cronologicamente seguono e non precedono, condizionandolo, l'annullamento in autotutela degli atti sulla base dei quali gli incarichi sono stati illegittimamente conferiti, e per questo stesso motivo risulta privo di fondamento anche il richiamo a questi profili per invocare, in luogo del disposto annullamento ex tunc (che si fonda su un giudizio di illegittimità degli atti oggetto di riesame), un'abrogazione con efficacia ex nunc degli atti impugnati (che si fonda invece su una valutazione di inopportunità).

4. Con un'ultima censura i ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 7 e 8 della legge 7 agosto 1990, n. 241, perché la comunicazione di avvio del procedimento volto all'annullamento in via di autotutela dei singoli incarichi del 31 agosto 2006 non recava la specifica indicazione di due delle deliberazioni poi oggetto di annullamento, la n. 146 del 22 aprile 2005, e la n. 132 del 17 maggio 2006.

La doglianza deve essere respinta in quanto l'onere di partecipazione procedimentale incombente sull'Amministrazione nel caso di specie deve intendersi sufficientemente assolto con l'indicazione, nella prima comunicazione di avvio del procedimento volta all'annullamento della deliberazione n. 167 dell'11 febbraio 2000, che si sarebbe dato avvio al procedimento di annullamento anche "di ogni atto conseguente" (cfr. doc. 5 depositato in giudizio dall'Amministrazione nel ricorso giurisdizionale) ferma, in ogni caso, l'operatività della "norma di sanatoria" di cui all'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto l'Amministrazione ha dato ampia dimostrazione che, anche laddove la partecipazione procedimentale fosse stata assolta in modo specifico con riferimento agli incarichi conferiti con le deliberazioni n. 146 del 22 aprile 2005 e n. 132 del 17 maggio 2006, il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.



In definitiva pertanto i ricorsi devono essere respinti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, terza Sezione, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, in epigrafe indicati, li respinge.

Condanna i ricorrenti alla rifusione delle spese di lite in favore dell'Amministrazione resistente, liquidandole, per entrambi i giudizi, in complessivi €5.000,00 per spese, diritti ed onorari, oltre i.v.a. e c.p.a..

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

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 2 ottobre 2008.

Il Presidente f. f. l'Estensore

Sentenza depositata in segreteria il 18 novembre 2008.