

Cons. Stato Sez. V, Sent., 27-08-2014, n. 4361

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9506 del 2013, proposto da:

T.C., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio eletto presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

contro

M.B., rappresentato e difeso dall'avv. Gianmarco Tivolacci, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

nei confronti di

M.A., A.S.P., G.M., R.M., F.B.;

C.M., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Carrozza e Fabio Maria Fois, con domicilio eletto presso Giovanni Battista Conte in Roma, via Visconti 99;

sul ricorso numero di registro generale 9507 del 2013, proposto da:

M.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

contro

M.B., rappresentato e difeso dall'avv. Gianmarco Tivolacci, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

nei confronti di

C.M., rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Carrozza, Fabio Maria Fois, con domicilio eletto presso Giovanni Battista Conte in Roma, via Visconti 99;

Comune di Cagliari, F.B., A.S.P., R.M., T.C.;

sul ricorso numero di registro generale 9508 del 2013, proposto da:

G.M., rappresentato e difeso dagli avv.ti Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

contro

M.B., rappresentato e difeso dall'avv. Gianmarco Tavolacci, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

nei confronti di

C.M., rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Maria Fois e Paolo Carrozza, con domicilio eletto presso Giovanni Battista Conte in Roma, via Visconti 99;

Comune di Cagliari, F.B., A.S.P., R.M., T.C.;

sul ricorso numero di registro generale 9609 del 2013, proposto da:

Comune di Cagliari, rappresentato e difeso dall'avv. Genziana Farci, con domicilio eletto presso Nicola Giancaspro in Roma, via Postumia 1;

contro

M.B., rappresentato e difeso dall'avv. Gianmarco Tavolacci, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

C.M., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Carrozza e Fabio Maria Fois, con domicilio eletto presso Giovanni Battista Conte in Roma, via Visconti, 99;

F.B., M.A., A.S.P., G.M., T.C., R.M.;

per la riforma

quanto a tutti i ricorsi:

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA, SEZIONE II, n. 815/2013, resa tra le parti, concernente scorrimento della graduatoria degli idonei del concorso per la copertura di n. 1 posto di dirigente amministrativo contabile presso il Comune di Cagliari

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale del dott. M.B.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle rispettive controparti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2014 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Barberio, Tavolacci, Carozza, Fois, Vignolo e Farci;

Svolgimento del processo

1. Il dott. M.B., dirigente amministrativo presso la Asl di Cagliari, impugnava davanti al TAR Sardegna gli atti con i quali il Comune di Cagliari procedeva a scorrere la graduatoria del concorso pubblico per un posto di Dirigente amministrativo contabile a tempo indeterminato a suo tempo indetto (con determinazione dirigenziale del 5 ottobre 2009, n. 4791), fino al settimo concorrente risultato idoneo non vincitore. Il ricorrente si doleva sotto vari profili del mancato esperimento di una procedura di mobilità per la copertura di detti posti, per i quali lo stesso affermava di essere in possesso dei necessari requisiti.

2. Dopo avere respinto alcune censure del ricorso e motivi aggiunti, con sentenza non definitiva n. 330 del 17 aprile 2013, con la quale disponeva istruttoria, il TAR Sardegna accoglieva le restanti con sentenza definitiva n. 815 del 4 dicembre 2013.

In quest'ultima pronuncia il Tribunale di primo grado statuiva che detta modalità di immissione in ruolo era stata disposta in violazione dell'art. 91 t.u.e.l. (D.Lgs. n. 267 del 2000), perché diretta a coprire non già posti resisi "vacanti e disponibili" successivamente all'indizione del concorso, ai sensi del comma 5 della citata disposizione, ma in epoca precedente, visto che alla data di indizione di quest'ultimo erano già vacanti quattro posti di dirigente amministrativo contabile. Pertanto, dedotto il posto del vincitore, il TAR ha ritenuto illegittima e conseguentemente annullato l'immissione in ruolo degli ultimi tre dei sette graduati, odierni appellanti, dottori M.A., G.M. e T.C., collocatisi rispettivamente al 5, 6 e 7 posto della graduatoria di merito.

3. I predetti concorrenti ed il Comune di Cagliari hanno proposto separati appelli, ai quali resiste il dott. B..

Quest'ultimo ha proposto appello incidentale, nel quale ripropone le censure respinte dal TAR.

In resistenza a quest'ultima impugnazione si è costituita la controinteressata d.ssa C.M., giunta 4 nella graduatoria del concorso e beneficiaria dei contestati scorrimenti.

Motivi della decisione

1. Preliminarmente essere confermata la riunione degli appelli ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm., già disposta dalla Sezione con l'ordinanza cautelare n. 266 del 22 gennaio 2014.

2. Nel merito, le parti appellanti principali sostengono che lo scorrimento della graduatoria concorsuale in contestazione fino al settimo concorrente idoneo è stato effettuato nel rispetto dei presupposti richiesti dall'art. 91, comma 5, D.Lgs. n. 267 del 2000, e cioè a fronte di scoperture nel ruolo di dirigente amministrativo contabile venutesi a creare successivamente all'indizione del concorso, in seguito a collocamenti a riposo di altrettanti titolari di tale posizione funzionale.

Così precisato, il Collegio reputa l'assunto in fatto corroborato dalle incontestate risultanze documentali, consistenti in particolare nelle determinazioni di scorrimento impugnate dal dott. B. con ricorso e successivi motivi aggiunti. In detti provvedimenti si dà infatti atto del collocamento in

quiescenza di dirigenti del suddetto profilo professionale e si assume tale presupposto a ragione fondata la decisione di attingere dalla graduatoria concorsuale vigente.

3. Il TAR ha tuttavia osservato in contrario, innanzitutto, che "non è oggettivamente possibile distinguere, ai fini dello scorrimento della graduatoria, tra l'una e l'altra tipologia di posti", vale a dire tra posti vacanti prima o dopo l'indizione del concorso; ed inoltre che "la ratio dell'art. 91, comma 4, è quella di evitare che l'amministrazione indichi concorsi per un numero di posti inferiore alle proprie reali necessità, in tal modo disincentivando la partecipazione al concorso, per poi successivamente ampliare i posti messi a concorso mediante scorrimento della graduatoria".

4. Nessuna di queste argomentazioni è corretta.

In particolare è errata la seconda asserzione, la quale ha costituito la premessa logico-giuridica del travisamento fattuale che inficia la seconda e, quindi, della decisione finale.

Deve infatti essere smentita l'equazione del TAR tra posti vacanti e disponibili in organico al momento dell'indizione del concorso e posti da coprire attraverso quest'ultimo.

Nella sua perentorietà l'assunto non tiene conto ampia discrezionalità che l'amministrazione incontestabilmente possiede nel decidere se coprire i vuoti di organico (in questo senso, da ultimo, si è espressa questa Sezione nella sentenza 17 gennaio 2014, n. 177, punto 7.1 della motivazione). Si tratta infatti di un attributo attinente alla potestà di auto-organizzazione dell'ente pubblico, la quale costituisce la risultante di complessi apprezzamenti di carattere funzionale e, soprattutto nell'attuale quadro congiunturale di finanza pubblica, inerenti la programmazione economica, come puntualmente evidenziato dal Comune di Cagliari. A quest'ultimo riguardo, è ampiamente nota la tendenziale decrescita delle risorse finanziarie a disposizione del settore pubblico in generale e degli enti locali in particolare, nonché dei vincoli al turnover di personale imposti a questi ultimi dal patto di stabilità interno. Del pari è pacifica l'esistenza di un indirizzo di politica governativa, risalente alla legge finanziaria per il 1998 (n. 449/1997, art. 39), volto ad indurre le pubbliche amministrazioni verso una riduzione strutturale della spesa per il personale al fine di prevedere un impegno tutto particolare nella migliore allocazione e gestione delle risorse umane e che ora è sancito dall'art. 91, comma 1, t.u.e.l., a mente del quale "Gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi di funzionalità e di ottimizzazione delle risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio", e che obiettivo prioritario della programmazione triennale del fabbisogno di personale è quello della "riduzione programmata delle spese del personale".

5. Del resto, come notato da questa Sezione nella sentenza 31 luglio 2012, n. 4329, anche lo scorrimento è oggetto di un potere dell'amministrazione discrezionale nell'an. Si riporta al riguardo il seguente passaggio "fermo il potere dell'amministrazione di procedere o non procedere alla copertura dei posti, implicito nella locuzione "per l'eventuale copertura", l'unico limite allo scorrimento della graduatoria è che non si tratti di posti di nuova istituzione o trasformazione".

Pertanto, a fronte di una data scoperta di organico è ben possibile che l'ente lasci vacanti alcuni posti, per impedimenti finanziari o normativi, nel perseguimento di obiettivi programmatici di riduzione delle dotazioni organiche e dei costi per il personale.

Questa è l'ipotesi avvenuta nel caso di specie, avendo il Comune odierno appellante proceduto ad una riduzione dei posti da dirigente amministrativo - contabile nella propria pianta organica, da n. 15 a n. 13 (in virtù della delibera di giunta del Comune di Cagliari n. 203 del 4 agosto 2010, di approvazione della programmazione del fabbisogno di personale per il triennio 2011-2013), come

peraltro rilevato dallo stesso TAR e che dei due posti residuanti, uno veniva coperto con il vincitore del concorso.

Come visto sopra, inoltre, del pari incontestata è la circostanza in fatto per cui le vacanze a fronte del quale il Comune di Cagliari ha disposto lo scorrimento della graduatoria sono successive all'epoca di indizione del concorso: quest'ultimo è stato infatti bandito nell'ottobre del 2009, mentre i collocamenti in quiescenza di personale dirigenziale poi coperti dall'amministrazione mediante scorrimento si collocano tutti a partire dal novembre successivo.

6. Il TAR ha peraltro affermato che della riduzione di posti attuati in sede di programmazione non si dovrebbe tenere conto, giacché il citato art. 91, comma 4, t.u.e.l. vieta lo scorrimento "per i posti istituiti o trasformati".

In ciò tuttavia il giudice di primo grado è incorso in un travisamento della finalità di tale previsione normativa.

Con essa il legislatore ha infatti inteso impedire che successivamente all'espletamento di concorsi pubblici gli enti locali diano vita a posizioni funzionali ad hoc, da ricoprire attingendo alla graduatoria finale. Il divieto colpisce le modifiche alle dotazioni organiche o altre di carattere organizzativo in aumento, le quali, proprio perché effettuate a fronte di una graduatoria concorsuale "aperta", nell'ambito della quale sono noti i nominativi degli idonei all'assunzione, possono prestarsi a deprecabili favoritismi anziché essere ispirate da effettive esigenze funzionali. Non sono per contro vietate le riduzioni alle dotazioni organiche, anzi le stesse - come visto sopra - sono incoraggiate dal legislatore.

Per il resto, come parimenti già osservato dal TAR nella sentenza non definitiva n. 330 del 17 aprile 2013, resa nel presente giudizio (richiamando il citato precedente di questa Sezione di cui alla sentenza 31 luglio 2012, n. 4329), l'ordinamento esprime un deciso favore per lo scorrimento della graduatoria, quale modalità di reclutamento rispetto al quale la mobilità è recessiva.

La finalità della complessiva disciplina in esame, infatti, è quella, necessitata dalla congiuntura economica e di finanza pubblica sopra descritta, di contenere la spesa per strutture amministrative e di razionalizzare l'uso delle risorse umane ed economiche. Per questo il legislatore richiede che i posti resisi (fisiologicamente) vacanti in seguito all'espletamento di un concorso siano prioritariamente coperti attingendo da questa. Per le stesse ragioni, come già affermato nella più volte citata pronuncia n. 4329/2012, "l'unico limite allo scorrimento della graduatoria è che non si tratti di posti di nuova istituzione o trasformazione".

7. Passando alla successiva tappa del ragionamento del giudice di primo grado, non è condivisibile l'assunto secondo cui non è possibile distinguere tra posti resisi vacanti precedentemente o successivamente all'indizione del concorso.

Il momento in cui si forma la vacanza e la disponibilità del posto costituisce un fatto chiaramente accertabile, come nel caso oggetto del presente giudizio.

Emerge tuttavia dal complessivo ragionamento del giudice di primo grado che questi ha inteso riferirsi alla necessità di imputare le assunzioni effettuate mediante scorrimento della graduatoria alle scoperture già esistenti al suddetto momento.

Ma di una simile necessità non vi è traccia nell'ordinamento degli enti locali (e degli enti pubblici in generale), essendo anzi smentita da quanto detto finora.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, bene ha fatto il Comune di Cagliari ad attingere alla graduatoria concorsuale ancora aperta, visto che i posti con essa coperti si sono resi disponibili dopo conclusione della procedura, a causa di pensionamenti avvenuti - come sopra detto - in epoca successiva.

8. A questo punto deve essere esaminato l'appello incidentale, nel quale il dott. B. ripropone innanzitutto i motivi di impugnazione disatteso dal TAR con la sentenza non definitiva n. 330 del 17 aprile 2013 sopra citata.

Questi si impernano sull'assunto del carattere necessariamente prioritario della procedura di mobilità ex art. 30 del t.u. pubblico impiego di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001 rispetto allo scorrimento di graduatorie di concorsi aventi validità.

Tali censure sono state correttamente disattese dal TAR, in applicazione dei principi enunciati dalla sopra citata sentenza di questa Sezione, n. 4329 del 31 luglio 2012, ai quali va data continuità in questa sede, giacché nessuno degli argomenti addotti dall'appellante incidentale nel presente giudizio è idoneo ad infirmarne il fondamento logico-giuridico.

Non condivisibile è in primo luogo l'assunto del dott. B. secondo cui dal comma 2-bis dell'art. 30 poc'anzi citato discenderebbe la prevalenza dell'istituto della mobilità rispetto ad ogni segmento della procedura concorsuale, ivi compreso lo scorrimento.

Un simile argomentare non trova conferma con la formulazione letterale della norma, la quale impone di ricorrere alla mobilità "prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali".

Lo stesso, inoltre, dal punto di vista teleologico, eccede le finalità di contenimento della spesa perseguite dalla previsione in commento - su cui insiste in particolare lo stesso appellante incidentale - e che emerge appunto dal fatto che la priorità dell'istituto invocato da quest'ultimo è disposta unicamente prima che le procedure concorsuali siano indette. E' evidente infatti che lo scorrimento di graduatorie aperte è idoneo a realizzare i medesimi obiettivi di risparmio in misura quanto meno non inferiore alla mobilità, rispetto alla quale richiede, invece, una inferiore tempistica per addivenire all'assunzione.

Tutto ciò, del resto, è stato già affermato da questa Sezione nella più volte citata sentenza 31 luglio 2012, n. 4329, più volte ricordata, laddove si è posto in rilievo che l'assunto ora propugnato dal dott. B. "si risolverebbe in una duplicazione di applicazione dell'istituto della mobilità, atteso che l'obbligo di legge, ovvero la preferenza per la mobilità già soddisfatto prima della decisione dell'amministrazione di bandire il concorso, dovrebbe applicarsi anche successivamente, per lo meno in luogo dell'utilizzo della graduatoria, il che non appare conforme alla legge che ha introdotto l'obbligo della mobilità esterna"; ed inoltre, per quanto concerne le rispettive caratteristiche delle due forme di reclutamento in questione: "lo scorrimento delle graduatorie trova causa proprio nell'obiettivo di ridurre la spesa pubblica, evitando l'indizione di nuovi concorsi per il reclutamento del personale e contestualmente attua i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, tenuto conto del costo e dei tempi per l'esperimento di procedure concorsuali, compresa la procedura di mobilità".

Va sul punto ricordata anche la successiva pronuncia di questa Sezione del 17 gennaio 2014, n. 178, in cui si è affermato che tra l'utilizzo dello scorrimento della graduatoria e quello della mobilità volontaria il legislatore ha dato comunque preferenza al primo metodo di reclutamento, per la maggiore celerità con cui lo stesso consente di addivenire all'assunzione.

9. Passando alle altre argomentazioni addotte dal dott. B., deve certamente convenirsi con lo stesso laddove evidenzia che nella sentenza n. 14 del 28 luglio 2011, citata dal giudice di primo grado, l'Adunanza plenaria si è limitata ad affermare che il favor riconosciuto dall'ordinamento allo scorrimento delle graduatorie aperte è solo "tendenziale" e comunque limitatamente ai rapporti con nuovi concorsi. E' del pari vero che, come ulteriormente sottolineato dall'appellante incidentale, la Sez. I di questo Consiglio di Stato ha negato che lo scorrimento sia prevalente rispetto alla mobilità (parere n. 5217 del 7 dicembre 2012, affare n. 8932/2012).

Ma da ciò non è corretto pervenire all'affermazione inversa e cioè che quest'ultima prevalga sul primo, ed anzi è contraddetto da quanto statuito nella sentenza del 17 gennaio 2014, n. 178 di questa Sezione poc'anzi citata.

Alla stregua delle considerazioni finora svolte, il dott. B. non può fondatamente invocare le disposizioni regolamentari sull'accesso agli impieghi del Comune di Cagliari che attribuiscono una preferenza per la mobilità rispetto ai concorsi (art. 3, lett. a), perché questa è valevole, in conformità con la norma primaria di cui al citato art. 30, comma 2-bis, D.Lgs. n. 165 del 2001, nei rapporti tra la medesima forma di reclutamento e l'esperimento di nuove procedure concorsuali.

10. In ragione di quanto detto finora, deve del pari essere respinta la censura di difetto di motivazione delle determinazioni di scorrimento della graduatoria, che il TAR ha già correttamente respinto, in base alla ricordata pronuncia di questa Sezione n. 4239/2012.

Diversamente da quanto sostiene il dott. B., infatti, nessun obbligo di motivazione è ravvisabile nei confronti della decisione dell'amministrazione di ricorrere allo scorrimento della graduatoria anziché alla mobilità, una volta chiarito che la prevalenza di quest'ultima è configurabile a mente del più volte ricordato art. 30, comma 2-bis, D.Lgs. n. 165 del 2001 solo per le nuove procedure concorsuali.

11. Con il presente appello incidentale viene inoltre impugnata anche la sentenza n. 815 del 4 dicembre 2013, con cui il giudizio di primo grado è stato definito, nella parte in cui il TAR ha accertato che al momento dello scorrimento della graduatoria i posti vacanti erano 4, vale a dire quelle riferibili al profilo di dirigente amministrativo - contabile, anziché - secondo il dott. B. - tutti i posti di rango dirigenziale nell'organico del Comune, stante l'unicità della categoria, dal medesimo appellante quantificati in nove posti, con conseguente illegittimità di tutti e sette gli scorrimenti disposti dall'amministrazione.

Il motivo è infondato anche in ragione di quanto già affermato in sede di esame degli appelli principali, e cioè che per le amministrazioni la copertura delle vacanze venutesi a creare nell'organico, tanto mediante attingimento a graduatorie di concorsi già espletati, quanto attraverso procedure di mobilità, non costituisce un obbligo per le amministrazioni, ma un'esigenza connessa al buon andamento degli uffici e dei servizi, in relazione alla quale le stesse sono titolari di ampi poteri di apprezzamento discrezionale, i quali devono essere ponderati con i vincoli normativi e di finanza pubblica posti dalla normativa primaria e dalla programmazione interna.

Il quale potere discrezionale, se come visto finora condurre anche ad una riduzione della percentuale di copertura dei posti in organico, può del pari estrinsecarsi attraverso il reclutamento di personale mediante graduatorie concorsuali relative ad uno specifico profilo professionale per coprire posizioni funzionali relativi ad altri profili, nell'ambito di un giudizio di compatibilità tra i relativi requisiti culturali ed attitudinali che l'amministrazione è certamente deputata a svolgere.

12. Pertanto, l'appello incidentale deve essere respinto.

In conclusione, in accoglimento degli appelli principali, la sentenza definitiva di primo grado deve essere riformata, dovendosi respingere in toto l'impugnativa del dott. B., articolata in ricorso e successivi motivi aggiunti.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, che fa capo a quest'ultimo, potendo essere tuttavia compensate, nei limiti della metà, in considerazione della particolarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principali riuniti ed incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie gli appelli principali;
- respinge l'appello incidentale;
- per l'effetto, in riforma della sentenza definitiva di primo grado, respinge integralmente il ricorso ed i motivi aggiunti del dott. M.B.;
- condanna quest'ultimo a rifondere le spese del doppio grado di giudizio nei limiti della metà, che liquida in Euro 5.000,00 per ciascuna parte resistente, compensando la restante metà.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere