

Consiglio di Stato

Sezione V

Sentenza 27 marzo - 31 luglio 2012, n. 4329

N. 04329/2012 REG.PROV.COLL.

N. 09892/2011 REG.RIC.

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 9892 del 2011, proposto da:

contro

Comune di Fiumicino, rappresentato e difeso dall'avv. Comune di Fiumicino - Direzione Generale;

nei confronti di

[VARI];

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 06366/2011, resa tra le parti, concernente BANDO DI MOBILITÀ ESTERNA EX ART. 30 D.LGS 165/01 PER LA FORMAZIONE DI UNA GRADUATORIA PER L'EVENTUALE COPERTURA A TEMPO INDETERMINATO TRAMITE SELEZIONE PUBBLICA PER TITOLI E COLLOQUIO DI

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1.- Il Comune di Fiumicino, in data 28 febbraio 2011, indiceva “bando per mobilità esterna ex art. 30 del d. lgv. n. 165 del 2001 per la formazione di una graduatoria per la eventuale copertura a tempo indeterminato, tramite selezione pubblica per titoli (curriculum) e colloquio, di posti di istruttore di vigilanza – categoria C – posizione economica C1”.

2.- Con ricorso al TAR Lazio, M. R. e tutti gli altri indicati in epigrafe, impugnavano la determinazione dirigenziale di indizione del suddetto bando di mobilità esterna.

Essi ricorrenti, collocati tra gli idonei nella graduatoria relativa alla procedura concorsuale “selezione pubblica per esami e titoli (prove scritte articolate in quiz e prova orale) per la copertura con contratto di lavoro a tempo indeterminato, pieno o parziale di n. 10 posti di istruttore di vigilanza – categoria C – posizione economica C1”, approvata nel mese di dicembre 2008 e ancora

valida perché di durata triennale, assumevano che l'indizione del bando di mobilità era immediatamente lesiva della loro posizione giuridica, di pieno diritto o di interesse legittimo ad essere assunti sui posti oggetto del bando di mobilità.

3.- Il TAR Lazio, respinta l'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune di Fiumicino, e prescindendo dall'esame delle altre eccezioni in rito, respingeva il ricorso sull'assunto che il comma 2 bis dell'art. 30 del d. lgv. 30 marzo 2001, n. 165 ("Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse") a seguito delle modifiche intervenute con il d. l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito dalla legge 31 marzo 2005, n. 43 e con la legge 28 novembre 2005, n. 246, imporrebbe alle pubbliche amministrazioni, compresi gli enti locali, che devono coprire eventuali posti vacanti del proprio organico, di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento delle procedure concorsuali, e che tale disposizioni varrebbe anche con riferimento all'utilizzazione delle graduatorie ancora valide.

4.- I ricorrenti, con l'atto in esame, hanno impugnato la suddetta sentenza, di cui chiedono l'annullamento o la riforma per error in iudicando alla stregua dei seguenti motivi:

1) ingiustizia; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 91 T.U. Enti Locali (d. lgv. n. 267 del 2000); violazione e falsa applicazione dell'art. 30, comma 1 e 2 bis del d. lgv. n. 165 del 2001, come modificato dal d. lgv. n. 150 del 2009; falsa applicazione dell'art. 2 della delibera G.M. n. 152 del 9 novembre 2010; eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà;

2) ingiustizia; violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 97 della Costituzione; dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990; violazione dei principi di economicità ed efficienza; violazione e malgoverno dei principi vigenti in materia di eccesso di potere; contraddittorietà e manifesta irragionevolezza;

3) ingiustizia; violazione e malgoverno dei principi vigenti in materia di eccesso di potere reso palese dall'illogicità manifesta e dalla contraddittorietà dell'operato del Comune.

Si è costituito in giudizio il Comune di Fiumicino che ha riproposto l'eccezione di difetto di giurisdizione, l'eccezione di improcedibilità per acquiescenza; di inammissibilità per omessa notifica del ricorso alla contro interessata Q. M. G., che ha presentato domanda di partecipazione al bando di mobilità e nel merito ha dedotto l'infondatezza dei motivi di appello, chiedendone il rigetto, con conferma della sentenza di primo grado.

Le parti hanno depositato memorie difensive e alla pubblica udienza del 27 marzo 2012, il giudizio è stato assunto in decisione.

5.- L'eccezione di difetto di giurisdizione, riproposta dal Comune di Fiumicino con memoria di costituzione, è inammissibile, perché il relativo capo della sentenza del TAR, che sul punto ha statuito, non è stato impugnato dal Comune con appello incidentale.

A norma dell'art. 161 c.p.c., le nullità anche insanabili, tra le quali rientra il difetto di giurisdizione, possono essere fatte valere solo con i mezzi di impugnazione e secondo le regole proprie di questi, secondo una disciplina applicabile pure al giudizio amministrativo, con la conseguenza di impedirne la rilevabilità negli altri gradi di giurisdizione, ove la mancata impugnazione nei modi e termini suddetti, abbia formato sulla questione della giurisdizione giudicato implicito (cfr. Cass. civ. sez. unite, 25 giugno 2009, n. 14889; 25 maggio 2009, n. 11986; 9 ottobre 2008, n. 24883).

6.- Va respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello per acquiescenza all'atto di riapertura dei termini del bando impugnato.

L'assunto è infondato in fatto, atteso che i ricorrenti hanno impugnato con ricorso notificato nei termini la determinazione dirigenziale di riapertura dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione alla selezione pubblica per la formazione della graduatoria per la copertura dei posti di cui trattasi, a mezzo mobilità esterna ex art. 30 del d. lgv. n. 165 del 2001.

In ogni caso, l'atto di riapertura dei termini non è idoneo ad elidere l'interesse azionato avverso il bando di mobilità il cui accoglimento, stante il rapporto di presupposizione, comporterebbe l'invalidità con effetto caducante sugli atti conseguenti, quale è quello di riapertura dei termini.

7.- Va respinta l'eccezione di inammissibilità per omessa notifica del ricorso alla controinteressata Q. M. G., che ha presentato domanda di partecipazione al bando di mobilità, atteso che l'impugnazione del bando di concorso, in quanto atto avente una pluralità indifferenziata di destinatari non richiede la notifica ad eventuali controinteressati.

8.- Nel merito l'appello è fondato e va accolto.

8.1- E' principio generale che le graduatorie dei vincitori dei concorsi per l'assunzione dei dipendenti pubblici, rimangono efficaci per un termine indicato dal bando, ed eventualmente prorogato dalla legge, per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito che successivamente dovessero rendersi disponibili (cfr., da ultimo, Cons. Stato, adunanza plenaria, 28 luglio 2011, n. 14).

In tal senso dispone l'art. 15, comma 7, del d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi), secondo cui "le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della sopracitata pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili".

Per gli enti locali, di analogo contenuto, è la disposizione dell'art. 91, comma 4, del d. lgv. n. 267 del 2000 ("Le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo").

Ne consegue che, 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.

Nel caso di cui trattasi, il bando di concorso prevedeva espressamente all'art. 9, comma 2, la possibilità di coprire ulteriori posti vacanti disponibili successivamente attraverso l'utilizzo degli idonei utilmente collocati nella graduatoria.

La graduatoria, con iniziale scadenza al 30 dicembre 2011, è stata prorogata al 31 dicembre 2012, con il decreto legge c.d. mille proroghe del Governo Monti (art. 1, comma 4 del d. l. 29 dicembre 2011, n. 216), sicché era vigente alla data di indizione della selezione per mobilità.

8.2- Assume, invero, il TAR che la prevalenza di assunzione mediante scorrimento di graduatoria di concorso vigente è incompatibile con la disposizione di cui al comma 2 bis dell'art. 30 del d. lgv. 30 marzo 2001, n. 165, inserito a seguito delle modifiche intervenute con il d.l. 31 gennaio 2005, n. 7 convertito dalla l. 31 marzo 2005, n. 43 e con la l. 28 novembre 2005, n. 246.

L'assunto del TAR non è condivisibile.

Il citato comma 2 bis, dell'art. 30 del d. lgv. n. 165 del 2001 ("Le amministrazioni prima di procedere all'espletamento delle procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza") prevede la prevalenza della mobilità esterna solamente rispetto a nuove procedure concorsuali.

L'interpretazione estensiva della norma, qual è quella del TAR, che fa prevalere la mobilità sullo scorrimento delle graduatorie, non trova giustificazione, quindi, né nella lettera della norma, né nella ratio ad essa sottesa, volta al contenimento della spesa pubblica ed alla razionalizzazione delle risorse umane ed economiche.

Invero, 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.

Seguendo l'interpretazione del TAR, l'amministrazione comunale, invece di attingere, senza costi, dalla graduatoria ancora efficace, dovrebbe gravare il bilancio dei costi di una nuova selezione (l'art. 3, della determinazione dirigenziale impugnata prevede l'istituzione di una commissione esaminatrice costituita in conformità del Regolamento comunale di accesso all'impiego che deve esaminare i curricula e le domande di partecipazione alla selezione).

Tale interpretazione non è convincente né a livello di microeconomia, né di macroeconomia e di finanza pubblica globale (valutazioni adombrate nella sentenza).

La mobilità esterna, come detto, non comporta alcun risparmio di spesa, attesa la maggior spesa per la nuova procedura, mentre sotto gli altri aspetti (migliore razionalità dell'organizzazione pubblica e della funzionalità dei suoi uffici), le due procedure di assunzione si equivalgono, attesa la garanzia di professionalità o già formate in ambito amministrativo per il personale in mobilità o accertata a mezzo regolare concorso per gli idonei.

Inoltre, l'interpretazione seguita dal TAR, 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.

In conclusione deve ritenersi che la modalità di assunzione per scorrimento della graduatoria di concorso già espletato è estranea alla fattispecie delineata dal comma 2 bis dell'art. 30

8.3- Sotto altro profilo, come evidenziato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 14 del 2011, l'opzione di riconnettere una discrezionalità limitata all'amministrazione circa le modalità di assunzione, accordando tendenziale preferenza allo scorrimento, è maggiormente rispettosa dei principi di trasparenza ed imparzialità, trattandosi di assunzione che avviene allorché sono noti i soggetti in graduatoria e tale circostanza potrebbe indebitamente interferire sulla decisione di utilizzare o meno la graduatoria, sicché può ben ritenersi che sul piano dell'ordinamento positivo, si è realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria che costituisce ormai modalità di reclutamento prioritaria.

8.4- Quanto esposto sulla priorità della modalità di assunzione per scorrimento della graduatoria, comporta quale corollario la necessità della motivazione, ove l'amministrazione decida di non utilizzare il metodo dello scorrimento o altro metodo di assunzione (cfr., Cons. Stato, ad. plen. n. 14 del 2011; sez. V, n. 1395 del 2011; sez. III, n. 6507 del 2011).

Nel caso in esame manca qualunque motivazione nella determina di indizione della selezione per mobilità esterna impugnata, né può ritenersi la motivazione implicita nel richiamo dell'art. 30 del d. lgv. 30 marzo 2001, n. 165, atteso che, come già detto, tale norma non si riferisce alle procedure di scorrimento di graduatoria.

Per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere accolto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla la determinazione dirigenziale di indizione del bando di mobilità esterna impugnata dinanzi al Tar.

Condanna il Comune di Fiumicino al pagamento in favore degli appellanti di euro ...oltre accessori di legge per spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2012

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 31/07/2012