



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 137 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Mario Bandel, rappresentato e difeso dall'avv. Gianmarco Tavolacci, presso il cui
studio in Cagliari, via Carbonia n. 22, è elettivamente domiciliato;

contro

Comune di Cagliari, rappresentato e difeso dall'avv. Carla Curreli, dell'ufficio legale
dell'ente presso la cui sede in Cagliari, via Roma n. 145, è elettivamente
domiciliato;

nei confronti di

Francesca Brundu, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Barberio e Stefano
Porcu, presso il cui studio in Cagliari, via Garibaldi n. 105, è elettivamente
domiciliata;

Alessandra Serenella Piras, Manuela Atzeni e Gianbattista Marotto rappresentati e
difesi dagli avv.ti Massimo Massa e Marcello Vignolo, presso il cui studio in

Cagliari, piazza del Carmine n. 22, sono elettivamente domiciliati; Roberto Montixi, Claudia Madeddu e Teresa Carboni, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

col ricorso introduttivo:

della determinazione del Direttore Generale del Comune di Cagliari 2010/12135 del 17/11/2010 con la quale si è dato corso alla copertura di 4 posti di Dirigente Amministrativo Contabile a tempo indeterminato mediante scorrimento della graduatoria degli idonei di un concorso per la copertura di n. 1 posto di Dirigente Amministrativo Contabile, precedentemente espletato;

della Determinazione del Dirigente dello Sviluppo Organizzativo e Gestione del Personale del Comune di Cagliari 2010/14387 del 31/12/2010, con la quale si è dato corso alla copertura di ulteriori 2 posti;

della Deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Cagliari n. 203 del 4/8/2010, avente ad oggetto "rideterminazione provvisoria della dotazione organica nelle more della definizione delle procedura di revisione della macrostruttura, della mappatura dei processi e della revisione dei profili professionali - aggiornamento fabbisogno di personale per il triennio 2010/2012";

del regolamento per l'accesso agli impieghi del Comune di Cagliari approvato con deliberazione della Giunta Municipale n. 939 del 20/12/2001 e ss. mod.;

con i motivi aggiunti depositati in data 23/12/2011:

della Determinazione del Dirigente dello Sviluppo Organizzativo e Gestione del Personale del Comune di Cagliari 10363/2011 del 24/10/2011, con la quale si è dato corso alla copertura di 1 posto di Dirigente Amministrativo Contabile, a tempo indeterminato mediante scorrimento della graduatoria degli idonei;

della Deliberazione della Giunta del Comune di Cagliari n. 105/2011 del 20/4/2011 avente ad oggetto "Approvazione piano fabbisogno di personale per il triennio 2011/2013".

Visti ricorso, motivi aggiunti e relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari e dei controinteressati Brundu, Piras, Atzeni e Marotto.

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti.

Visti tutti gli atti della causa.

Nominato relatore per l'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2013 il Consigliere Alessandro Maggio e uditi i difensori delle parti come da separato verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Dovendo ricoprire due posti di dirigente amministrativo contabile, categoria unica dirigenziale, a tempo indeterminato, il Comune di Cagliari ha avviato una procedura di mobilità ai sensi dell'art. 30, comma 2 bis, del D. Lgs. 30/3/2001 n. 165.

Avendo coperto con la detta procedura di mobilità, un solo posto, l'ente ha, provveduto a bandire apposito concorso pubblico per colmare il restante vuoto d'organico.

A conclusione delle operazioni concorsuali il Direttore generale del Servizio Sviluppo Organizzativo e Gestione del Personale – Unità Operativa Concorsi e Assunzioni dell'Assessorato al Personale e agli Affari Legali, ha adottato la determinazione 10/8/2010 n. 8520 con la quale, approvata la graduatoria definitiva del concorso, ha nominato il vincitore.

Con successiva determinazione 17/11/2010 n. 2010/12135, il medesimo organo, considerato che nella graduatoria del concorso, oltre il vincitore, figuravano anche sette idonei, ha deciso di assumere i primi quattro.

Altri due idonei sono stati poi assunti con determinazione dello stesso Direttore 31/12/2010 n. 2010/14387.

Essendo in possesso di tutti i requisiti richiesti per proporre domanda di mobilità il dr. Mario Bandel ha ritenuto le suddette determinazioni di scorrimento della graduatoria illegittime, per cui le ha impugnate chiedendone l'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere.

Nelle more del giudizio il menzionato Direttore ha adottato la determinazione 24/10/2011 n. 10636/2011, con la quale ha nominato un ulteriore idoneo.

Con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 23/12/2011, il ricorrente ha quindi esteso l'impugnazione a quest'ultima determinazione, denunciando i medesimi vizi già dedotti col ricorso introduttivo del giudizio.

Si sono costituiti in giudizio sia l'amministrazione intimata, che i controinteressati Francesca Brundu, Alessandra Serenella Piras, Manuela Atzeni e Gianbattista Marotto, che, con separate memorie, si sono opposti all'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 27/3/2013, la causa, su richiesta delle parti, è stata posta in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale va affrontata la questione di giurisdizione sollevata da taluni controinteressati.

Il Collegio ritiene che il giudizio sia stato correttamente radicato di fronte al giudice amministrativo.

Al riguardo è sufficiente fare riferimento ai principi recentemente espressi dal Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 23/1/2012 n. 269): "...come di recente ha statuito la Corte di Cassazione, in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, è devoluta alla giurisdizione del Giudice Amministrativo la cognizione della domanda con la quale l'interessato, dichiarato idoneo in un precedente concorso, contesta la scelta dell'Amministrazione di indire un nuovo concorso per interni, già dipendenti dell'Amministrazione stessa, invece di utilizzare la graduatoria del

precedente concorso per assumere nuovi dipendenti, dovendosi ritenere che la circostanza che il precedente bando contempli la perdurante efficacia della graduatoria approvata in esito al concorso comporti, rispetto alle valutazioni discrezionali dell'ente sulle determinazioni della pianta organica e sulle modalità per la copertura dei posti, l'insorgere in capo al candidato idoneo di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo (Cass., Sez. Un., 13 giugno 2011, n. 12895).

Infatti, è pur vero che la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del G.O., facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione.

Tuttavia, ove la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'Amministrazione di merito, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.P.R. n. 165 del 2001 (Cassazione civile, sez. un., 16 novembre 2009, n. 24185).

Lo stesso principio è applicabile con riferimento alle procedure di mobilità volontaria, come quella in oggetto, riservate ai dipendenti pubblici e comportanti una mera variazione di un rapporto di lavoro pubblico già in essere, mantenendone inalterati gli elementi originari e costitutivi (la qualifica, il profilo e le mansioni).

In sé, il diritto fatto valere dal ricorrente per lo scorrimento della graduatoria di cui alle procedure di mobilità rientra nell'ambito della giurisdizione del Giudice Ordinario in funzione di giudice del lavoro, ai sensi dell'articolo 63, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001.

Tuttavia, nel caso in esame, il riconoscimento del suddetto diritto è consequenziale alla negazione degli effetti dei provvedimenti di indizione dei nuovi concorsi, provvedimenti in questa sede impugnati, e, pertanto, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'Amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo la cui tutela spetta al Giudice Amministrativo.

Parallelamente, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sua sentenza 28 luglio 2011, n. 14, ha implicitamente ribadito tale assunto, affermando che la determinazione relativa all'andamento della copertura del posto vacante ha contenuto ampiamente discrezionale, in quanto riconducibile al novero delle scelte organizzative di pertinenza del soggetto pubblico e che la decisione riguardante il quomodo della provvista del posto (scorrimento o indizione di un nuovo concorso), invece, resta soggetta ad un più stringente dovere di motivazione e vede circoscritti gli spazi discrezionali riservati all'apprezzamento dell'Amministrazione: tuttavia, pur sempre di provvedimento amministrativo attinente alla fase concorsuale si tratta, con la conseguenza che la relativa cognizione spetta al Giudice Amministrativo.

Infatti, per verificare la sussistenza del diritto alla costituzione del rapporto di lavoro è necessario che l'Amministrazione abbia deciso di assegnare i posti mediante utilizzazione della vecchia graduatoria, perchè qualora abbia invece optato per la copertura degli stessi mediante nuovo concorso, la domanda dell'idoneo di essere assunto comporta necessariamente la previa verifica della conformità a legge della relativa delibera, in quanto l'esistenza del diritto da lui invocato potrebbe essere affermata solo dopo aver negato la legittimità della decisione di pubblicare il nuovo bando.

Di conseguenza, mirando l'appellante, in definitiva, ad ottenere tutela contro l'esercizio (in tesi scorretto) di un potere cui corrisponde una situazione d'interesse

legittimo, la predetta controversia deve essere conosciuta dal Giudice Amministrativo (C. Cass. 2010/05, 1690/06, 1652/08 e 3055/09).

Peraltro, anche nell'ipotesi inversa, questo Consiglio ha affermato, a ulteriore conferma di quanto argomentato, che nell'ipotesi di scelta dell'Amministrazione di procedere a una procedura di mobilità di personale per coprire un determinato posto, nasce in capo a un soggetto, dichiarato idoneo in una determinata procedura concorsuale, un interesse legittimo al corretto uso dell'azione amministrativa, tutelabile dinanzi al G.A. e non un diritto soggettivo tutelabile davanti al G.O. (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332)".

I principi espressi nella trascritta sentenza si attagliano alla presente fattispecie, dove il ricorrente contesta il potere esercitato dall'amministrazione nell'individuare le modalità attraverso cui procedere alla copertura dei posti vacanti in organico.

Può, dunque, passarsi all'esame delle questioni sostanziali poste col ricorso, prescindendo dalle eccezioni di rito prospettate dalle controparti, atteso che le stesse, ove accolte, pregiudicherebbero unicamente l'esame del primo motivo di gravame, il quale, però, essendo da respingere, può essere affrontato nel merito.

Col motivo in questione il ricorrente deduce che prima di procedere allo scorrimento della graduatoria il resistente comune avrebbe dovuto avviare la procedura di mobilità ai sensi dell'art. 30, comma 2 bis, del D. Lgs 30/3/2001 n. 165.

Sostiene, ancora, che gli atti con i quali si è dato corso allo scorrimento della graduatoria si porrebbero in contrasto con il disposto della deliberazione della Giunta Municipale 4/8/2010 n. 203, la quale, nell'aggiornare il fabbisogno di personale per il triennio 2010/2012, prevede che le assunzioni avvengano mediante "concorsi e mobilità.

Laddove poi la citata delibera dovesse essere interpretata nel senso di non imporre il preventivo avvio delle procedure di mobilità, la stessa sarebbe illegittima per violazione dell'art. 30, comma 2 bis, del D. Lgs. n. 165/2001.

Altrettanto dicasi in relazione al regolamento per l'accesso agli impieghi del Comune di Cagliari.

Le determinazioni impugnate sarebbero in ogni caso viziose in quanto prive di motivazione in ordine alle ragioni che hanno suggerito di procedere mediante scorrimento a scapito della mobilità.

Il motivo è infondato.

Con una recente sentenza, che il Collegio condivide, il Consiglio di Stato ha preso posizione sulla questione concernente la necessità di attivare le procedure di mobilità anche laddove la pubblica amministrazione intenda coprire i vuoti di organico mediante scorrimento di graduatorie ancora valide (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31/7/2012 n. 4329).

Non resta che richiamarne le motivazioni:

<<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 >>.

A quanto sopra occorre aggiungere che l'opzione per lo scorrimento della graduatoria non si pone in contrasto con la menzionata delibera di Giunta n. 203 del 2010, laddove prevede che le assunzioni avvengano mediante "concorsi e mobilità", ma ne costituisce, anzi, applicazione, atteso che l'assunzione di nuovo personale qui contestata è avvenuta utilizzando una graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace.

Né, avendo l'amministrazione optato per la modalità di assunzione, come precisato dal giudice d'appello, "preferenziale", la scelta doveva essere sorretta da particolare motivazione.

Col secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione della norme di cui agli artt. 91, comma 4, del D. Lgs. 18/8/2000 n. 267 e 53 del regolamento per l'accesso agli impieghi del Comune di Cagliari, le quali consentono lo scorrimento delle graduatorie solo per la copertura di posti resisi vacanti successivamente all'indizione e all'espletamento del concorso di cui costituiscono atto conclusivo.

Con le impugnate determinazioni sarebbero stati, infatti, coperti vuoti di organico già sussistenti al momento di indizione del concorso a cui si riferisce la graduatoria nella specie utilizzata.

Con riguardo alla censura in esame il Collegio ritiene di non poter decidere allo stato degli atti.

Occorre, pertanto, ordinare alla resistente amministrazione comunale di depositare in giudizio i seguenti atti:

- a) pianta organica del ruolo dirigenziale, vigente alla data di indizione del concorso a cui si riferisce la graduatoria utilizzata con i provvedimenti impugnati, in cui siano specificati i posti relativi a ciascun profilo professionale;
- b) prospetto da cui risulti, per il profilo di dirigente amministrativo contabile, quanti posti erano coperti da personale assunto a tempo indeterminato alla data di indizione del medesimo concorso.

Per siffatti incumbenti si ritiene congruo assegnare il termine di giorni 30 (trenta).

Per l'ulteriore trattazione della causa può essere fissata la pubblica udienza del 13/11/2013.

Resta nel frattempo sospesa ogni decisione sul secondo motivo di gravame e sulle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ordina all'amministrazione resistente di depositare nella Segreteria della Sezione, nel termine di giorni 30 (trenta) dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, o dalla sua notificazione a cura della parte più diligente, gli atti di cui in motivazione.

Fissa per l'ulteriore trattazione la pubblica udienza del 13/11/2013

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Antonio Plaisant, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/04/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)