

PUBBLICO IMPIEGO: Assunzioni – Scorrimento graduatoria concorsuale – Indizione nuovo concorso – Favor per lo scorrimento – Presupposto – Concorso pubblico aperto.

Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2022, n. 4278

- in *Guida al Diritto*, 25, 2022, pag. 102 e ss., con commento di Davide Ponte, *Una linea di rigore e più chiarezza per un ampio spettro di fattispecie*.

“[...] in presenza di una graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti mediante l'indizione di un nuovo concorso, deve, a pena di illegittimità, indicare, con apposita motivazione, le ragioni per le quali ha ritenuto di non utilizzare la graduatoria (Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14). Le disposizioni di cui agli artt. 1, comma 147, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, e 91, comma 4, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 267 (t.u.e.l.) stabiliscono poi i limiti, anzitutto temporali, di efficacia e dunque di utilizzabilità delle graduatorie concorsuali.

Il favor per lo scorrimento della graduatoria, modalità prioritaria di reclutamento del personale, presuppone però che la graduatoria sia quella adottata all'esito di concorso pubblico aperto (quale paradigmaticamente enucleato dall'art. 1, comma 1, lett. a, del d.P.R. n. 487 del 1994) meccanismo di selezione dei più capaci, nel rispetto dei canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Menduni Francesco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2022 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli per delega di Triggiani, e Misasi per delega di Belsito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Il Comune di Trani ha interposto appello nei confronti della sentenza 29 aprile 2021, n. 758 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sez. I, che ha accolto il ricorso del geometra Menduni Francesco avverso la determinazione dirigenziale in data 13 ottobre 2020, di approvazione del bando di concorso per sei posti del profilo professionale di “istruttore tecnico”- cat. C1, nonché la delibera di G.C. n. 50 del 27 febbraio 2020, nella parte in cui dava atto che non sarebbero state utilizzate graduatorie idonee per lo scorrimento.

Con delibera di Giunta n. 180 del 17 ottobre 2018 il Comune di Trani ha approvato la programmazione triennale delle assunzioni a tempo determinato per il triennio 2016-2018 e per l'anno 2017, prevedendo la copertura, prioritariamente mediante attingimento di idonei in graduatorie di concorsi a tempo indeterminato approvate da altre amministrazioni, di due categorie C1, profilo professionale istruttore tecnico/geometra. Con determinazione n. 435 in data 27 agosto 2018 il Comune ha reso pubblica l'intenzione di reclutare le predette due unità mediante scorrimento di graduatorie già in essere, stabilendo modalità e termini per la presentazione delle manifestazioni di interesse, specificando altresì che si riservava la facoltà di non procedere al reclutamento dei candidati in posizione utile.

Con determinazione n. 567 del 27 novembre 2018 è stato approvato l'elenco dei candidati ammessi al colloquio, comprendente il geom. Menduni, che aveva partecipato al concorso indetto in data 2 novembre 2010 dal Comune di Minervino Murge per la copertura di un posto a tempo pieno ed indeterminato di geometra, Cat. C, posizione economica C1, ed era risultato collocato al primo posto degli idonei non vincitori; quindi, con determinazione n. 709 del 31 dicembre 2018, il Comune di Trani ha approvato gli atti della procedura, con assunzione in ruolo dei primi due graduati; Menduni è risultato terzo *ex aequo* con altri due candidati.

2. - Con il ricorso in primo grado il sig. Menduni, successivamente all'approvazione del piano triennale del fabbisogno del personale per il triennio 2020-2022, ha impugnato gli atti di indizione, da parte del Comune di Trani, del concorso pubblico a sei posti di istruttore tecnico, posizione economica C1, e in particolare il bando del 27 febbraio 2020, deducendone l'illegittimità per non avere l'amministrazione prima attinto dagli idonei della graduatoria formata all'esito della manifestazione di interesse del 2018, mediante scorrimento della stessa.

3. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso, nell'assunto che la graduatoria in cui il Menduni è compreso è stata approvata con determinazione dirigenziale n. 709 del 31 dicembre 2018, con la conseguenza che trovano applicazione l'art. 1, comma 147, della legge n. 160 del 2019, nonché l'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000, disponenti, rispettivamente, che le graduatorie approvate negli anni 2018 e 2019 sono utilizzabili entro tre anni dalla loro approvazione e che rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso stesso; ha altresì precisato che l'art. 9 dell'avviso di manifestazione di interesse non assume carattere ostativo. Ha dunque disposto l'annullamento degli atti di gara in parte qua, e «cioè con riferimento alla mancata considerazione della graduatoria in cui risulta positivamente collocato tra gli idonei il geom. Menduni; quale obbligo conformativo, derivante dalla presente sentenza, l'amministrazione comunale dovrà

riesaminare il procedimento che ha condotto all'indizione de bando annullato ai fini della rimodulazione dei posti da mettere a concorso».

4.- Con il ricorso in appello il Comune di Trani ha dedotto l'erroneità della sentenza in quanto non avrebbe tenuto conto del fatto che l'amministrazione non si è mai autovincolata allo scorrimento della graduatoria del 2018, che comunque detta graduatoria era insuscettibile di scorrimento alla data di indizione del concorso impugnato in ragione dell'intervenuta scadenza della graduatoria (di provenienza del geom. Menduni) del Comune di Minervino Murge; in ogni caso la manifestazione di interesse del 2018 era stata indetta ai soli fini della copertura di due posti di istruttore tecnico C1, puntualmente avvenuta, e aveva dunque esaurito i propri effetti; ha inoltre dedotto l'irricevibilità del ricorso di primo grado con riguardo all'impugnazione della deliberazione di Giunta comunale n. 50 in data 27 febbraio 2020, cui si deve la decisione di avviare il reclutamento su base concorsuale, per l'intero contingente di posti previsti dagli atti di programmazione settoriale, contestando altresì l'equiparabilità dell'elenco degli idonei approvato all'esito della selezione per la manifestazione di interesse del 2018 ad una graduatoria adottata come atto terminale di un concorso pubblico.

5. - Si è costituito in resistenza il geom. Menduni Francesco chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

6. - All'udienza pubblica del 12 aprile 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Deve essere preliminarmente disattesa la, peraltro generica, istanza di parte appellata di stralcio della documentazione asseritamente prodotta dal Comune appellante in violazione di quanto disposto dall'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm.; risulta infatti prodotta agli atti del giudizio di appello, per quanto si evince dal fascicolo telematico, solamente la sentenza appellata e la determina dirigenziale di conferimento dell'incarico al professionista per proporre l'appello.

2. - E' invece fondata l'eccezione di inammissibilità della "memoria di merito" del geom. Menduni, in quanto depositata telematicamente alle ore 17:10 dell'11 marzo 2022, ultimo giorno utile ai sensi dell'art. 73 Cod. proc. amm. Infatti il deposito doveva essere effettuato entro le ore 12:00 dell'ultimo giorno utile, come previsto dall'art. 4, comma 4, delle disposizioni di attuazione del Cod. proc. amm. (in termini Cons. Stato, IV, 4 marzo 2021, n. 1841); ne consegue l'inutilizzabilità in giudizio della memoria stessa.

3. - Con il primo motivo di appello il Comune di Trani censura la sentenza in quanto avrebbe omissso di rilevare l'irricevibilità/inammissibilità del ricorso di primo grado (proposto in sede straordinaria in data 4 marzo 2021) in relazione alla impugnazione della deliberazione di Giunta comunale n. 50 in data 27 febbraio 2020 (pubblicata all'albo pretorio dal 13 marzo al 28 marzo 2020), recante la decisione di avviare il reclutamento su base concorsuale.

Il motivo, per come prospettato, è infondato, in quanto l'atto lesivo, da cui origina l'attualità dell'interesse al ricorso, è il bando di concorso, risalente al 9 novembre 2020, e non già la deliberazione comunale che ha disposto di avviare il reclutamento su base concorsuale, costituente atto presupposto, se del caso da gravare unitamente all'atto consequenziale ed applicativo (in termini Cons. Stato, V, 19 aprile 2018, n. 2387).

Invero la deliberazione di Giunta comunale n. 50 del 27 febbraio 2020 ha disposto solamente di dare corso alle ordinarie procedure concorsuali, previo esperimento della mobilità, nella considerazione che lo *«innalzamento di organico consente di gestire con maggiore ponderazione il fabbisogno di personale ed in particolare pone l'ente nelle condizioni di poter sostenere i tempi e gli impatti organizzativi di procedure concorsuali necessarie a costituire un bacino di inserimento di professionalità e competenze adeguatamente verificate»*, allo scopo incaricando il dirigente responsabile del Servizio personale agli adempimenti conseguenti; è dunque evidente che si tratta di un provvedimento non lesivo della posizione soggettiva dell'odierno appellato. Solamente il bando di concorso ha determinato una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva del geom. Menduni, collocato quale idoneo nella graduatoria di cui postulava la necessità del prioritario scorrimento.

4. - Con il secondo motivo (*sub* 2.1 e 2.2) l'appellante critica l'erronea applicazione, da parte del primo giudice, della giurisprudenza relativa allo scorrimento delle graduatorie di concorso, vertendosi nel caso di specie al cospetto di un elenco di idonei approvato all'esito della selezione per la manifestazione di interesse del 2018, che non equivale ad una graduatoria approvata all'esito di un concorso pubblico; si trattava, in sostanza, di una semplice valutazione di candidature proposte dai candidati risultati idonei in altri concorsi pubblici svolti da differenti amministrazioni. Seguendo l'impostazione di primo grado, si avrebbe che la graduatoria redatta all'esito di una mera selezione per manifestazione di interesse rappresenti una sorta di nuova graduatoria, potenzialmente ultrattiva rispetto alle graduatorie concorsuali da cui sono stati selezionati i candidati.

Il motivo è fondato.

La giurisprudenza ha chiarito, in sintesi, che in presenza di una graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti mediante l'indizione di un nuovo concorso, deve, a pena di illegittimità, indicare, con apposita motivazione, le ragioni per le quali ha ritenuto di non utilizzare la graduatoria (Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14). Le disposizioni di cui agli artt. 1, comma 147, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, e 91, comma 4, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 267 (t.u.e.l.) stabiliscono poi i limiti, anzitutto temporali, di efficacia e dunque di utilizzabilità delle graduatorie concorsuali.

Il *favor* per lo scorrimento della graduatoria, modalità prioritaria di reclutamento del personale, presuppone però che la graduatoria sia quella adottata all'esito di concorso pubblico aperto (quale paradigmaticamente enucleato dall'art. 1, comma 1, lett. a, del d.P.R. n. 487 del 1994) meccanismo di selezione dei più capaci, nel rispetto dei canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento.

Nella fattispecie controversa difetta il presupposto stesso del concorso pubblico, in quanto la graduatoria di cui l'appellato ha chiesto lo scorrimento è stata adottata all'esito dello "avviso di manifestazione di interesse per idonei in graduatorie di concorsi pubblici espletati da altri enti per la copertura di n. 2 posti di istruttore tecnico/geometra-Cat. CI", emanato dal Comune di Trani in data 27 agosto 2018, che non è un concorso, ma semplicemente un avviso di utilizzazione di personale collocato nelle graduatorie di altre amministrazioni della Regione Puglia.

E' pur vero che l'avviso in questione sottopone gli interessati ad una prova orale e si conclude con la formazione di una graduatoria di merito, ma tale profilo esprime una procedimentalizzazione dello scorrimento della graduatoria che, al di là di qualche locuzione ultronea contenuta nell'avviso stesso, non vale a trasformarlo in un concorso, tanto è vero che la clausola finale contenuta nel corpo dell'art. 9 specifica che «*il presente avviso non costituisce alcun titolo e diritto per coloro i quali hanno manifestato interesse all'assunzione, non vincola l'Amministrazione Comunale a procedere all'assunzione, potendo non darvi seguito in conseguenza di limiti imposti da disposizioni legislative, di mutate esigenze organizzative e/o comunque qualora nuove circostanze lo consigliassero*».

La circostanza che l'avviso di manifestazione di interesse non schiuda la strada ad un concorso per l'assunzione a posti di pubblico impiego porta come corollario che la graduatoria approvata con determinazione dirigenziale n. 709 in data 31 dicembre 2018 del Comune di Trani non possa configurarsi come "nuova graduatoria", da cui decorrono i termini di efficacia legalmente posti per la copertura di posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili; la contraria prospettazione, seguita dalla sentenza appellata, si tradurrebbe invero nella "gemmazione di graduatorie" da un solo concorso pubblico, con un meccanismo di replicazione pregiudizievole non soltanto (o, al limite, non tanto) della selezione "per merito", ma soprattutto discriminatorio sotto il profilo dell'accessibilità ai posti di pubblico impiego, ristretta in modo esponenziale a coloro che sono risultati idonei ad un concorso. Del resto, per lo stesso ordine di ragioni, si ritiene non operante, di regola, l'istituto dello scorrimento alle graduatorie formate a seguito di concorsi riservati agli interni, in quanto, avendosi la creazione di un vero e proprio nuovo rapporto di impiego a seguito del passaggio ad una qualifica superiore, si determinerebbe una deroga al principio espresso dall'art. 97 Cost., che deve essere adeguatamente giustificata; in altre parole, la

straordinarietà di tale sistema di reclutamento implica che possa essere consentito negli stretti limiti in cui è previsto e non può esserne disposto a posteriori il suo ulteriore utilizzo, per la copertura di altri posti, alla stregua di qualsiasi graduatoria di un concorso pubblico, ove perduri la sua efficacia.

5. - L'accoglimento della scrutinata doglianza consente di prescindere dalla disamina dei motivi svolti ai punti *sub* 2.3, 2.4, 2.5, con i quali il Comune appellante deduce come in ogni caso avrebbe dovuto essere valutata dal primo giudice l'inefficacia della graduatoria (di provenienza dell'appellato geom. Menduni) del Comune di Minervino Murge, risalente al 2010, e che avrebbe perso efficacia nel settembre 2019, con conseguente insussistenza di un obbligo del Comune di Trani di valutare la posizione del candidato al momento dell'indizione del concorso pubblico di cui alla determinazione dirigenziale n. 1220 del 13 ottobre 2020; inoltre la graduatoria di Minervino risultava inefficace (in quanto annullata dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Bari, con sentenza 7 giugno 2018, n. 836) alla data di scadenza della domanda di ammissione alla selezione per manifestazione di interesse del Comune di Trani (26 settembre 2018), peraltro concepita ai soli fini della copertura di due posti di funzionario tecnico C1, contemplati dal piano dei fabbisogni 2016/2018 (contenuto nella delibera di Giunta comunale n. 180 del 2018).

Basti rilevare che oggetto di censura in questa sede è l'avvio, da parte del Comune di Trani, del concorso pubblico per l'assunzione di sei posti di istruttore tecnico, senza avere prima attinto dalla graduatoria formatasi sulla manifestazione di interesse del 2018, di cui non può postularsi, per quanto *supra* detto, la ultrattività, con la conseguenza che non assume rilevanza il profilo dell'inefficacia della graduatoria del Comune di Minervino Murge, dovendosi in ogni caso al riguardo considerare che la stessa, a seguito dell'annullamento giurisdizionale, è stata rinnovata con la determina dirigenziale n. 16 del 20 agosto 2019, che non ha peraltro modificato la posizione in graduatoria del geom. Menduni.

Resta da aggiungere, per l'importanza che l'argomento assume ai fini della decisione, che la scelta, da parte della Città di Trani, di procedere con concorso pubblico alla copertura di sei posti di istruttore tecnico è stata adeguatamente motivata, come è dato evincere dalla deliberazione di Giunta comunale n. 50 in data 27 febbraio 2020, nella quale si chiarisce, in modo rimasto contenutisticamente incontestato, che il ricorso allo scorrimento si era reso necessario per fronteggiare i "vistosi vuoti d'organico", e che tale situazione di criticità risulta allo stato superata con l'incremento del personale di ruolo da centoquaranta unità nel 2018 ad oltre centosessanta nel 2020; tale condizione ha consentito all'amministrazione di dare seguito alla procedura concorsuale, tanto più che le procedure di scorrimento di graduatorie vigenti evidenziano la difficoltà di individuare altre amministrazioni disponibili a concederne l'utilizzo.

6. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità della controversia, anche nella prospettiva della corretta ricostruzione della situazione di fatto, integra le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le 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 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO