

N. 05078/2015REG.PROV.COLL.

N. 00910/2015 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 910 del 2015, proposto da Elisabetta Rubino, rappresentata e difesa dall'avv. Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via Lovanio, 16 Scala B;

contro

La Regione Puglia in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Liberti e Isabella Fornelli, con domicilio eletto presso la Delegazione della Regione Puglia in Roma, Via Barberini, 36;

nei confronti di

Annalisa Camposeo;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Puglia, Baria, Sez. II n. 795/2014, resa tra le parti, concernente lo scorrimento della graduatoria di concorso per dirigenti regionali - area legislativa e amministrativa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2015 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Ignazio Lagrotta, Marcello Cecchetti su delega degli avvocati Maria Liberti e Isabella Fornelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto davanti al Tar della Puglia, sede di Bari, Elisabetta Rubino riassume la causa ai sensi dell'art.11 c.p.a., a seguito del provvedimento del Tribunale di Bari, Sezione Lavoro, del 29.04.2013 il quale, confermando l'ordinanza del Giudice del lavoro di Bari dell'11.03.2013, aveva declinato la propria giurisdizione a favore di quella amministrativa.

La ricorrente impugnava la determinazione regionale di assunzione della controinteressata Anna Lisa Camposeo a seguito di scorrimento della graduatoria per mobilità volontaria, asserendone l'illegittimità per non avere l'Amministrazione al contrario attinto dalla precedente e tuttora vigente graduatoria degli idonei al concorso pubblico per la copertura di posti dirigenziali, nella quale la ricorrente risultava essere la prima utilmente collocata.

Premetteva in fatto la Rubino di aver partecipato al concorso pubblico per esami indetto dalla Regione Puglia per la copertura di 22 posizioni lavorative di Dirigente – Area Legislativa e Amministrativa, pubblicato sul BURP del 29.03.2007, risultando, a seguito di plurimi atti di scorrimento operati dall'Amministrazione nel corso del tempo, la prima in posizione utile tra gli idonei.

Durante tale arco temporale, con deliberazione n.2448 dell'8.11.2011, la Regione Puglia aveva approvato il Documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale dirigenziale 2011-2013, ritenendo di dover procedere per la copertura del fabbisogno così risultante, all'esperimento delle procedure di mobilità ex artt. 30 e 34-bis del D. Lgs. n. 165/01, ed in subordine, in caso di assente o parziale risposta al bisogno espresso dalla Conferenza di direzione, di poter procedere allo scorrimento delle graduatorie vigenti degli idonei al concorso per dirigenti entro il limite di spesa pari a € 1.118.518,98.

La ricorrente, sul presupposto della non completa copertura dei posti dirigenziali, come previsti nel documento programmatico, all'esito delle procedure di mobilità esperite nonché delle assunzioni effettuate tramite scorrimento della graduatoria, aveva invitato la Regione a procedere ad un ulteriore scorrimento della graduatoria degli idonei al concorso pubblico per dirigenti.

L'Amministrazione, con nota del 15.10.2012, aveva comunicato di non poter accogliere la richiesta, sostenendo dapprima la prevalenza delle procedure di mobilità rispetto all'assunzione di nuovo personale anche attraverso lo strumento dello scorrimento della graduatoria; inoltre, che a seguito delle procedure così disposte, si era provveduto a ricoprire solo 7 posizioni dirigenziali e ad assumere ulteriori 11 dirigenti mediante scorrimento, entro il limite di spesa consentito; infine, data la necessaria connessione delle scelte di approvvigionamento del personale ai vincoli imposti dalla legge in materia di assunzioni, che non vi era alcun obbligo incondizionato dell'Amministrazione alla copertura dei posti tramite scorrimento.

Successivamente a tale nota, era intervenuto il provvedimento di assunzione della Regione quale Dirigente dell'Area Politiche per lo Sviluppo Economico, Lavoro e Innovazione, della dott.ssa Camposeo, collocatasi al secondo posto nella graduatoria del profilo di selezione n.12 dell'avviso di mobilità volontaria (dirigente con competenza in diritto amministrativo, scienze dell'amministrazione, scienze giuridiche).

Assumeva in diritto la dott.ssa Rubino che la relativa determinazione dirigenziale del 29.08.2012 doveva ritenersi illegittima, visto che l'Amministrazione, pur negando la pretesa della ricorrente allo scorrimento della graduatoria degli idonei del concorso pubblico, avrebbe invece attinto da quella per la mobilità volontaria ai fini dell'assunzione della controinteressata.

Si costituiva in giudizio la Regione Puglia, eccependo in via preliminare l'irricevibilità del ricorso per omessa impugnazione della delibera n.2448/11, relativa alla programmazione del fabbisogno di personale dirigenziale, nonché di quella di avvio della procedura di mobilità, e chiedendone nel merito il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

Con sentenza n. 795 pubblicata il 26 giugno 2014 il Tar, prescindendo dalle eccezioni pregiudiziali sollevate, respingeva nel merito il ricorso, affermando che l'art.30 del D. Lgs. n. 165/01 imponeva alle Amministrazioni, che dovevano coprire eventuali posti vacanti nel proprio organico, di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento di quelle concorsuali.

Quindi la Regione Puglia, a fronte del fabbisogno di personale dirigenziale rilevato con la delibera n. 2448, aveva correttamente ritenuto di dover previamente esperire le procedure di mobilità, prima di poter assumere nuovo personale anche attraverso lo scorrimento della graduatoria degli idonei del concorso pubblico in precedenza bandito per l'assunzione di unità dirigenziali; poiché gli esiti della procedura di mobilità volontaria avevano soddisfatto solo parzialmente i bisogni indicati nel Documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale, erano poi stati assunti mediante lo scorrimento della graduatoria degli idonei, ulteriori 11 dirigenti nei rigidi limiti di spesa fissati nel documento stesso, non potendo attingere oltre, atteso il vincolo di spesa.

In tale contesto andava inquadrata l'assunzione della controinteressata, visto anche il breve termine intercorso tra l'approvazione degli esiti dell'avviso pubblico di mobilità (17.04.2012) e la decisione della Conferenza di direzione di assumere anche la dott.ssa Camposeo, assegnandola all'Area Politiche per lo Sviluppo Economico, Lavoro e Innovazione (21.05.2012) e ciò vista anche la facoltà dell'Amministrazione riportata nell'avviso pubblico non impugnato, di attingere dalle graduatorie nel caso di impossibilità di instaurare il rapporto di lavoro con i candidati scelti per ciascun profilo di selezione.

Con appello in Consiglio di Stato, notificato il 4 febbraio 2015, la dott.ssa Rubino impugnava la sentenza in questione, sostenendo in primo luogo l'illegittimità dello scorrimento della graduatoria della procedura di mobilità volontaria quanto al decorso del tempo ai sensi dell'art. 30 D. Lgs. n. 165 del 2001; in secondo luogo la non attinenza dell'incarico conferito alla controinteressata rispetto alla procedura di selezione seguita; in terzo luogo il difetto di motivazione sull'utilizzo del mezzo dello scorrimento della graduatoria concorsuale; in quarto luogo la non pertinenza delle tesi della sentenza di primo grado circa la mancata indicazione dell'avviso pubblico in cui l'amministrazione si è riservata la facoltà di attingere dalle graduatorie di mobilità; in quinto luogo l'illegittimità dello scorrimento della graduatoria seguita alla procedura di mobilità volontaria, da ritenersi ormai esaurita.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

La Regione Puglia si è costituita in giudizio, eccependo l'irricevibilità e/o di inammissibilità del ricorso originario, da estendersi in via derivata all'appello, per la mancata impugnazione della deliberazione della Giunta regionale n. 2448 dell'8 novembre 2001, della determinazione del dirigente del servizio del personale e organizzazione n. 1045 del 23 novembre 2011 e delle determinazioni dirigenziali n. 652 del 29 agosto 2012 e n. 44 del 26 settembre 2012, sostenendo inoltre e comunque l'infondatezza del merito dell'appello.

All'odierna udienza del 13 ottobre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello deve ritenersi fondato e le eccezioni pregiudiziali formulate dalle difese della Regione Puglia sono da superarsi alla stregua di quanto si andrà ora ad affermare in riferimento al merito della causa, seguendo la giurisprudenza di questa Sezione.

L'oggetto della controversia risiede fondamentalmente - nella ricerca di sfrondare gli orpelli procedurali seguiti dagli uffici regionali e sostenuti poi dalle difese utilizzate in causa dall'Amministrazione - nella legittimità della riapertura della graduatoria ricavata da un procedimento di mobilità volontaria per la copertura di un posto di dirigente e ciò dopo aver proceduto alla formazione e all'utilizzo della graduatoria di mobilità ed al successivo scorrimento della tuttora vigente graduatoria del concorso pubblico per esami per la copertura di tale posizione lavorativa.

In breve e più semplicemente, la Regione, in base alla richiamata deliberazione n. 2448 dell'8 novembre 2011, ha avviato l'esperimento di procedura di mobilità ex artt. 30 e 34 bis del D. Lgs. n. 165 del 2001 e quindi ha proceduto a plurimi atti di scorrimento delle graduatorie vigenti, cui aveva rinviato nell'eventuale assenza di personale in mobilità, per l'esaurimento dei posti da coprire secondo i limiti di spesa prefissati.

Dall'esame della giurisprudenza di questo Consiglio sul tema, ed in particolare della sentenza 17 febbraio 2014 n. 177 e della giurisprudenza con essa richiamata - n. 5830/2010 - sempre di questa Sezione, si desume il principio dell'obbligo della mobilità volontaria prima dell'indizione del concorso anche per gli enti locali, chiarendo che: "il reclutamento dei dipendenti pubblici avviene attraverso un procedimento complesso nell'ambito del quale la procedura concorsuale non è affatto soppressa, ma è subordinata alla previa obbligatoria attivazione della procedura di mobilità, in attuazione dei fondamentali principi di imparzialità e buon andamento, predicati dall'articolo 97 della Costituzione" (sentenza n.5830/2010).

Nella fattispecie controversa, però, l'amministrazione regionale si trovava davanti ad una procedura di mobilità già esperita e con le relative assunzioni già deliberate, dunque il problema risiedeva e risiede nella potestà dell'amministrazione di continuare i procedimenti di assunzione per i posti che le possibilità di bilancio offrivano di ricoprire, utilizzando nuovamente la procedura di mobilità al tempo attivata ed esaurita e quindi successivamente e nuovamente sostituita dallo scorrimento delle graduatorie.

Occorre allora cercare di offrire alla questione un inquadramento sistematico alla luce delle norme vigenti al momento originario della controversia in esame, in modo tale da fornire una soluzione in armonia con l'ordinamento e riprendere quindi quella giurisprudenza che ha indagato i rapporti tra i diversi mezzi di assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione.

La giurisprudenza di questo Consiglio con alcune importanti pronunce ha chiarito il rapporto esistente tra le differenti modalità di assunzione alle dipendenze della p.a., prevedendo tra le stesse una

graduazione elastica, ossia ricavando la presenza nell'ordinamento di una disciplina di preferenza delle modalità di assunzione per l'accesso all'impiego alle dipendenze della p.a.; l'Adunanza plenaria 28 luglio 2011 n. 14 ha analizzato i rapporti esistenti tra l'indizione di un concorso e lo scorrimento della graduatoria di un concorso, già espletato, concludendo che: "Posto che in tema di copertura di posti nel pubblico impiego la decisione di "scorrimento" della graduatoria non può essere collocata su un piano diverso e contrapposto rispetto alla determinazione di indizione di un nuovo concorso, tenendo presente che entrambi gli atti si pongono in rapporto di diretta derivazione dai principi dell'art. 97 Cost., e quindi devono essere sottoposti alla medesima disciplina anche in relazione all'ampiezza dell'obbligo di motivazione, va precisato che si è oramai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace, in quanto quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta oggi la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico".

Venendo ad affrontare direttamente il tema della causa, non vi è alcun dubbio che la Regione non possa obliterare l'uso della mobilità volontaria, né possa disciplinarne autonomamente gli effetti. Rimane da appurare se l'amministrazione regionale resta effettivamente titolare di un potere di organizzazione discrezionale nel determinare la quantità dei posti riservati alla mobilità volontaria rispetto a quelli riservati al pubblico concorso (Sez. V, n. 177/2014 cit.), sempre tramite un atto fornito di congrua motivazione, affinché si dimostrino chiaramente quali sono le ragioni per le quali si preferisce uno dei tipi di reclutamento del personale.

La deliberazione di Giunta n. 2448 del 2011 è nella specie l'atto con il quale la Regione ha esercitato le sue scelte, dando priorità nel "piano assunzionale" all'esperimento delle procedure di mobilità ex art. 30 e 34 bis stabilite dal D. Lgs. 165 del 2001 e prevedendo lo scorrimento eventuale delle graduatorie concorsuali vigenti in caso di assenza o parziale risposta alle predette procedure.

Fin qui le determinazioni della P.A. appaiono del tutto rispettose delle più complesse previsioni legislative, soggette a continue modificazioni sin dalla primitiva emanazione del D. Lgs. 165/2001.

Infatti la lettura del dato testuale dell'art. 30 ed il confronto con quello dell'art. 34 bis in parola conduce all'interpretazione secondo cui le amministrazioni pubbliche "sono tenute" ad utilizzare la procedura della mobilità d'ufficio prima di avviare le altre procedure di assunzione di personale e le eventuali assunzioni effettuate in violazione di tale previsione "sono nulle di diritto". L'art. 30 D. Lgs. 165/2001 dispone poi che: "Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione del contratto di lavoro..." e che "sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale".

Quindi, mentre nel primo caso la nullità scatta in caso di violazione della disciplina, nel secondo è l'elusione del principio del previo esperimento di mobilità, che determina la patologia dell'atto, dal che si evince come in capo all'amministrazione regionale residui un potere discrezionale, che deve essere orientato al rispetto del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale.

Ma le previsioni di cui all'art. 34 bis citato nello strutturare il procedimento di mobilità, non permettono la formazione di sorta di graduatorie sul modello di quelle concorsuali, per cui esse non possono essere considerate efficaci negli anni seguenti al pari di queste ultime, ma si esauriscono al momento delle specifiche assunzioni cui sono finalizzate: infatti, come si è visto, la regola generale delle assunzioni rimane sempre quella di tipo concorsuale dello scorrimento delle graduatorie che

viene derogata solo nella fase preliminare mediante le procedure di mobilità tanto è che il comma 4 dell'art. 34 bis stabilisce che “Le amministrazioni, decorsi due mesi dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1 da parte del Dipartimento della funzione pubblica (...) ossia dal bando per la mobilità, possono procedere all'avvio della procedura concorsuale per le posizioni per le quali non sia intervenuta l'assegnazione di personale ai sensi del comma 2, vale a dire il provvedimento di assegnazione che definisce la mobilità medesima.

E la stessa Regione Puglia, dal canto suo, ha previsto sulla scia di tali previsioni il previo esperimento delle procedure di mobilità e quindi l'attuazione della regola generale, che può essere nei fatti residuale, dello scorrimento delle graduatorie concorsuali.

Da tutta questa ricostruzione discende la correttezza delle tesi dell'appellante, secondo cui non poteva ammettersi un'improvvisa e contraddittoria obliterazione dello scorrimento delle graduatorie in luogo di una reviviscenza dei risultati delle procedure di mobilità non prevista dal legislatore, ma nemmeno dai provvedimenti della Regione medesima, per cui non è ravvisabile l'inammissibilità eccepita dalle difese regionali.

Quanto alle ulteriori ragioni di ricevibilità/ammissibilità – come espresso dalle difese regionali- del ricorso di primo grado si deve rilevare che le determinazioni dirigenziali nn. 652 e 44, rispettivamente del 29 agosto e del 26 settembre 2012 non sono state portate a conoscenza della dott.ssa Rubino al pari del provvedimento principalmente impugnato, dunque non si ravvisano ragioni per escludere la tempestività o l'ammissibilità del ricorso proposto al Tar.

Per completezza, appaiono irrilevanti le ulteriori eccezioni di inammissibilità concernenti il diritto alla nomina, la differente Area di collocazione della controinteressata all'interno della struttura amministrativa e l'impossibilità ad essere assunta, causa i limiti di spesa: è evidente che se la Camposeo è stata assunta, vi era comunque disponibilità finanziaria per un'assunzione, le Aree erano sostanzialmente equipollenti, dato che la Camposeo era stata collocata nell'Area delle Politiche di Sviluppo Economico laddove aveva partecipato alla procedura di mobilità per l'Area Legislativa ed Amministrativa. Quanto alla questione del diritto alla nomina come tema non rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo, non è aspetto dirimente della controversia, incentrata invece su un metodo di assunzione piuttosto che un altro.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere accolto ed in riforma della sentenza impugnata, va quindi accolto il ricorso di primo grado.

La farraginosità e le continue modificazioni della normativa e delle procedure che hanno portato ad una controversia di ardua risoluzione giustificano la compensazione tra le parti delle spese di causa per ambedue 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 e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/11/2015

IL SEGRETARIO

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