

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

LE APERTURE E I LIMITI IMPOSTI ALL'ISTITUTO DELLO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE

1. IL FAVOR PER L'ISTITUTO DELLO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE PREESISTENTI

Ci si chiede se, in virtù del principio di equivalenza, sia possibile attingere da una graduatoria formata a seguito di un concorso indetto per un determinato profilo appartenente ad una specifica categoria ed area per coprire un profilo professionale appartenente alla stessa categoria ed area da destinare ad una differente struttura dell'ateneo (Didattica, Ricerca, Amministrazione, ecc).¹

È interessante soffermarsi, seppur brevemente, sulle alterne vicende normative che hanno avuto ad oggetto la questione dello scorrimento delle graduatorie dei concorsi pubblici.

Una novità di non poco conto aveva infatti apportato la legge 30 dicembre 2018 n. 145 che, all'art. 1, ai commi 360 e seguenti (concernenti le modalità delle procedure concorsuali per il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni) aveva superato di fatto alcune previsioni del precedente decreto legge 101 del 2013 convertito nella legge 30 ottobre 2013 n. 125 (che vedeva con favore lo scorrimento delle graduatorie) ed aveva disposto l'utilizzo delle graduatorie concorsuali *"solo per la copertura dei posti messi a concorso"*².

La successiva Legge 27 dicembre 2019 n. 160 ha disposto, al comma 148 dell'art. 1, l'abrogazione dei commi da 361 a 362-ter e il comma 365 dell'art.1 della L.30 dicembre 2018, n.145. In particolare, fra le disposizioni abrogate di peculiare rilievo è l'inciso sopra riferito, in cui veniva disposto che le graduatorie dovevano essere *"utilizzate esclusivamente per la copertura dei posti messi a concorso nonché di quelli che si rendono disponibili, entro i limiti di*

¹ Hanno collaborato alla stesura del documento la dott.ssa Claudia Caprodossi e la dott.ssa Alessandra Ciccarelli Università di Camerino.

² Si tratta, nello specifico dell'art. 1, comma 361 secondo cui "Fermo quanto previsto dall'articolo 35, comma 5-ter, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del medesimo decreto legislativo sono utilizzate esclusivamente per la copertura dei posti messi a concorso nonché di quelli che si rendono disponibili, entro i limiti di efficacia temporale delle graduatorie medesime, fermo restando il numero dei posti banditi e nel rispetto dell'ordine di merito, in conseguenza della mancata costituzione o dell'avvenuta estinzione del rapporto di lavoro con i candidati dichiarati vincitori. Le graduatorie possono essere utilizzate anche per effettuare, entro i limiti percentuali stabiliti dalle disposizioni vigenti e comunque in via prioritaria rispetto alle convenzioni previste dall'articolo 11 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le assunzioni obbligatorie di cui agli articoli 3 e 18 della medesima legge n. 68 del 1999, nonché quelle dei soggetti titolari del diritto al collocamento obbligatorio di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 23 novembre 1998, n. 407, sebbene collocati oltre il limite dei posti ad essi riservati nel concorso". Le disposizioni contenute in tali commi riguardavano tutte le pubbliche amministrazioni (di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, e successive modificazioni).

efficacia temporale delle graduatorie medesime, fermo restando il numero dei posti banditi e nel rispetto dell'ordine di merito, in conseguenza della mancata costituzione o dell'avvenuta estinzione del rapporto di lavoro con i candidati dichiarati vincitori”.

Allo stato attuale, pertanto, visto che la sopra citata legge di bilancio 2020 ha previsto la rimozione dall'ordinamento giuridico di tali disposizioni, esiste la possibilità di utilizzare le graduatorie esistenti non solo per coprire i soli posti messi a concorso ma anche per effettuare gli eventuali scorrimenti.

In ragione di ciò, viene riconfermato il principio, ribadito di recente dal Consiglio di Stato secondo cui *“lo scorrimento delle graduatorie preesistenti ed efficaci rappresenta la regola generale per la copertura dei posti vacanti in organico, mentre l'indizione di un nuovo concorso costituisce viceversa l'eccezione e richiede un'apposita motivazione che dia conto dell'incisione della posizione giuridica dei concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico”*³.

Tale principio era stato evidenziato in precedenza a chiare lettere dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la nota sentenza n. 14 del 28 luglio 2011 secondo la quale in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'amministrazione, qualora stabilisca di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche nel caso di indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti⁴. L'Amministrazione deve pertanto dimostrare puntualmente e con motivazione congrua, l'esistenza di ragioni a sostegno della scelta di attivare un nuovo concorso oppure attingere ad altre graduatorie esistenti⁵.

³ Consiglio di Stato, 23 giugno 2020, n. 4013.

⁴ Il comma 8 dell'art. 3 della legge n. 56/2019 (c.d. “Decreto Concretezza”) prevede che, al fine di ridurre i tempi di accesso al pubblico impiego, nel triennio 2019-2021 i concorsi pubblici banditi dalle Amministrazioni pubbliche, nonché le relative assunzioni, potranno essere effettuati in deroga all'obbligo di svolgimento delle procedure di mobilità volontaria di cui all'articolo 30 del D.Lgs. 165/2001. Ciò determina un'importante attenuazione della portata del principio del previo esperimento delle procedure di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale.

⁵ Si noti bene che in tema di reclutamento del personale pubblico sono enucleabili due successive fasi: quella relativa all'an della copertura del posto che ha un contenuto largamente discrezionale e quella relativa al quomodo. Secondo il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 14/2011 “Ferma restando, quindi, la discrezionalità in ordine alla decisione sul “se” della copertura del posto vacante, l'amministrazione, una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento, dando conto, in ogni caso, della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso. d) Nel motivare l'opzione preferita, l'amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso.”

2. LA SOPPRESSIONE DEL DIVIETO GENERALE DI PROCEDERE ALLO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE PER LA COPERTURA DI POSTI DI NUOVA ISTITUZIONE

Accertato il *favor* per lo scorrimento delle graduatorie rispetto all'indizione di un nuovo concorso è necessario analizzare altre due questioni dalle quali le singole amministrazioni non possono prescindere nella fase del *quomodo* per la copertura dei posti disponibili.

La norma contenuta nell'art. 91, comma del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 che, con riferimento agli enti locali, esclude lo scorrimento delle graduatorie concorsuali per la copertura di posti di nuova istituzione o trasformazione, è stata elevata a principio generale dell'ordinamento dalla giurisprudenza amministrativa e contabile che ha più volte rilevato *che "La regola (del divieto di procedere allo scorrimento delle graduatorie per la copertura di posti istituiti o trasformazione dopo l'indizione del concorso posta dall'art. 91 in commento) sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche" (Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria n. 14/2011). Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e contabile risulta preminente l'esigenza di evitare che "le pubbliche amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica, al fine di assumere uno dei candidati inseriti in una determinata graduatoria, i cui nomi siano già conosciuti"*⁶.

Recentemente, tuttavia, l'art. 17, comma 1-bis, del D. L. n. 162/2019, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 8/2020 (c.d. Milleproroghe) ha previsto che *"Per l'attuazione del piano triennale dei fabbisogni di personale di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, gli enti locali possono procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti previsti nel medesimo piano, anche in deroga a quanto stabilito dal comma 4 dell'articolo 91 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267"*.

La magistratura contabile⁷ in particolare, ha espresso le sue perplessità nei confronti di tale nuova disposizione che *"consentendo agli Enti locali di disapplicare la disposizione dell'art. 91, comma 4, del TUEL, apre le porte alla possibilità di utilizzare le graduatorie anche per la copertura dei "posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso"; possibilità che urta con quella ratio tesa a scongiurare il pericolo di scorrimenti (e, di riflesso, di assunzioni) "ad personam", la cui caratura non è sfuggita alla giurisprudenza contabile (tra le tante,*

⁶ Cons. Stato Sez. III 1 agosto 2014 n. 4119. In senso conforme, Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5089/2018 nonché Cassazione Civile, Sezione lavoro, n. 2316/2020.

⁷ Cfr., per tutti, Corte dei conti, Sezione controllo per la Regione Sardegna, 4 agosto 2020, Deliberazione n. 85/2020/PAR.

deliberazione n. 28/2018/PAR Sezione regionale di controllo Umbria e deliberazione n. 72/2019/PAR Sezione regionale di controllo 16 Puglia)".

Sulla base dei dubbi espressi dalla Corte dei conti, viene raccomandato un più pregnante obbligo motivazionale *"che dovrà sorreggere le determinazioni inerenti il reclutamento del personale affinché possano resistere al vaglio di legittimità e legalità da parte della Magistratura competente"*.

In ogni caso, la scelta di provvedere alla copertura dei posti vacanti in organico attraverso la chiamata degli idonei inseriti in graduatorie concorsuali vigenti non è più sicuramente preclusa allorché si tratti di posti istituiti in organico successivamente all'indizione del concorso da cui è scaturita la graduatoria.

3. IL PRINCIPIO DELLA EQUIVALENZA

Rimane da chiarire la questione relativa al principio dell'equivalenza vale a dire la corrispondenza del profilo professionale per il quale si procede all'assunzione a quello a cui si riferisce la graduatoria dalla quale attingere.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 25 maggio 2017 n. 3329 ha ribadito⁸ che *"la preferenza espressa in termini generali dall'ordinamento per lo scorrimento della graduatoria non è assoluta, ma, al contrario, incontra dei limiti: in particolare, l'Amministrazione legittimamente indice un nuovo concorso, anziché attingere al bacino degli idonei in precedenti selezioni, ove nelle more sia funditus mutato il contenuto professionale delle mansioni proprie del profilo lavorativo alla cui provvista si mira"*.

La Corte di Cassazione, in linea con la giurisprudenza del massimo consesso amministrativo, ha recentemente sostenuto che *"l'indizione del concorso è necessaria qualora si debbano reperire professionalità che abbiano connotati di diversità rispetto a quelle selezionate con la precedente procedura, oppure nell'ipotesi in cui medio tempore intervengano modifiche relative ai requisiti richiesti per l'accesso alla procedura o per l'esercizio dell'attività o, infine, se, attraverso la nuova procedura, si persegua anche l'obiettivo della stabilizzazione del personale precario"*⁹.

Sempre la Corte di Cassazione, già in precedenza¹⁰, aveva affermato che *"Nel pubblico impiego privatizzato, l'utilizzo dello scorrimento della graduatoria, nel rispetto dei principi fissati dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, presuppone l'esistenza di posti vacanti disponibili in riferimento alla*

⁸ Già più volte si era espresso in tal senso. Cfr., ex multis, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; Sez. III, 13 dicembre 2016, n. 5231; Sez. III, 21 marzo 2016, n. 1120; Sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5792; Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4584; Sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4330; Sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1796

⁹ Corte di Cassazione, 31 gennaio 2020 n. 2316.

¹⁰ Cassazione civile - Sezione lavoro, Ordinanza n. 7054/2018

specifica posizione lavorativa alla quale si riferisce la procedura concorsuale già espletata, nonché ai requisiti attitudinali e professionali che la stessa richiede”.

La questione è dunque quella di discernere i casi in cui sia legittimo procedere allo scorrimento di graduatorie preesistenti rispettando il principio di equivalenza onde evitare pericoli di impugnazione di provvedimenti di assunzione.

A tal proposito il Consiglio di Stato¹¹ nel 2015, ha affermato che in presenza di posti appartenenti alla medesima categoria contrattuale, assume rilevanza il contenuto specifico del profilo professionale per il quale è indetto il concorso. La coincidenza dei requisiti di accesso può bastare a garantire un’idoneità di fondo a ricoprire le mansioni di base di quella categoria, ma permane la necessità di dimostrare e di selezionare quanti si dimostrano i migliori per ricoprire ogni insieme di mansioni indicate negli atti della procedura. Tra gli aspetti da considerare per stabilire se possa essere indetta una nuova procedura, va verificato se si è in presenza di una modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, specialmente riguardo alle prove di esame e ai requisiti di partecipazione.

È ovvio che la scelta ricadrà sull’indizione di un nuovo concorso laddove ricorra una differenza formale oppure sostanziale tra le posizioni da ricoprire. In tali casi deve essere esclusa la possibilità di scorrimento della graduatoria qualora vi sia una incontrovertibile distinzione tra categorie per differenti requisiti per l’accesso, differenti responsabilità e differente retribuzione (ad esempio tra categorie C, D, EP) tale da escludere di poter sindacare la scelta dell’Ente di volersi avvalere di personale di una categoria piuttosto che dell’altra.

In altri casi l’obbligo di scorrimento della graduatoria non recede ma è solo ridimensionato e attenuato in presenza di particolari ragioni di opportunità che militino per una scelta organizzativa diversa dallo scorrimento, come l’esigenza di stabilizzare personale precario¹².

Non sembra però azzardato procedere allo scorrimento della graduatoria di una determinata categoria per destinare il personale alle varie strutture dell’Ateneo (sempre nel rispetto della stessa categoria ed area) anche sulla base di quanto chiaramente disposto dall’art. 78 del CCNL, laddove ogni categoria “è connotata da una gamma di attività lavorative, descritte, secondo il diverso grado di autonomia e di responsabilità, attraverso apposite declaratorie, articolate nelle aree riportate nell’allegato A.” Prosegue la disposizione statuendo al comma 3 che “Ai sensi dell’art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, all’interno di ciascuna categoria e area tutte le mansioni sono esigibili in quanto professionalmente equivalenti”.

¹¹ Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2015, n.1796

¹² Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2012, n.4770.

In definitiva, non esistono specifiche attività che il singolo dipendente possa o non possa svolgere ma esiste un complesso di attività tutte professionalmente equivalenti e dunque esigibili che rispondano al grado di autonomia e di responsabilità propri della categoria di appartenenza¹³, fatto salvo il caso in cui sia richiesto lo svolgimento di una specifica attività per la quale sia necessario un particolare titolo di accesso.

Il requisito del titolo di accesso rileva in particolare in una recente pronuncia in cui il TAR Lazio¹⁴ dichiara *contraddittorio e illogico* che l'Amministrazione – facendo appello alla presunta “assenza di equivalenza” tra le competenze specifiche delle due figure – abbia deciso di attingere da altre graduatorie di idonei aventi a riferimento, ai fini "amministrativi", il solo titolo di accesso della laurea in giurisprudenza mentre, al contrario, non abbia attinto da una graduatoria propria in cui compariva lo stesso titolo tra quelli di accesso del concorso¹⁵. Secondo il T.A.R. quindi *“se è vero che l'utilizzo di graduatorie ancora in vigore per la copertura di nuovi posti è subordinato ad una valutazione discrezionale dell'Amministrazione sulla congruenza tra i profili professionali, tale valutazione deve essere comunque logica, non contraddittoria, coerente e ragionevole”*¹⁶.

¹³ La giurisprudenza ha più volte ribadito che elemento necessario ai fini dello scorrimento della graduatoria di altri enti è che vi sia omogeneità tra il posto richiesto e quello in graduatoria con riguardo a profilo, categoria professionale e regime giuridico. *Cfr.*, a tal proposito, Tar Veneto 9 marzo 2011 n. 864.

¹⁴ TAR Lazio, 23 giugno 2020 n.6932.

¹⁵ La contraddittorietà si evidenzia poi come ancor più manifesta, laddove l'Amministrazione ha ritenuto di attingere dalla graduatoria del concorso pubblico per titoli ed esami bandito dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Brescia per l'assunzione di un'unità di personale di "Area C", posizione economica "C1", a tempo pieno e indeterminato, relativamente al profilo professionale di "coordinatore di segreteria", di cui agli ultimi motivi aggiunti, concorso a cui per accedere non era neanche necessaria la laurea in giurisprudenza.

¹⁶ È dunque illegittima la scelta del Ministero della Giustizia di preferire altre e diverse graduatorie rispetto a quella di cui esso stesso era titolare, anche in quanto la motivazione addotta per giustificare la preferenza è priva di qualsivoglia ragionevolezza, nella misura in cui – onde giustificare la scelta compiuta – l'Amministrazione, ha fatto appello alla presunta “assenza di equivalenza” tra le competenze specifiche di un funzionario “giuridico – pedagogico” (che opera in un settore “trattamentale”) e quelle più “prettamente amministrative e gestionali” dei funzionari giudiziari, per poi di fatto contraddirsi, nel momento in cui ha attinto da graduatorie il cui titolo d'accesso (laurea ad esempio in settori tecnici o scientifici) non è di certo riconducibile a “funzionalità propriamente amministrative”.