

Consiglio di Stato

Adunanza Plenaria

Sentenza 28 luglio 2011, n. 14

*N. 00014/2011 REG. PROV. COLL.
N. 00031/2011 REG. RIC. A.P.*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 31 dell'Adunanza Plenaria del 2011, proposto da: *****, rappresentati e difesi dall'Avv. Adriano Tolomeo, con domicilio eletto presso F. Massa, in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

contro

Università del Salento, Università degli Studi di Lecce, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Anna Soderò;

e con l'intervento di

ad opponendum: *****, rappresentati e difesi dall'avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Ombrone, 12 Pal. B; *****, rappresentati e difesi dall'avv. Pantaleo Ernesto Bacile, con domicilio eletto presso Barbara Cataldi in Roma, corso Rinascimento, 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione Staccata di Lecce, Sezione I, n. 2574/2009.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2011 il Cons. Marco Lipari e uditi per le parti gli avvocati Tolomeo, dello Stato Basilica, Isabella Loiodice per delega di Aldo Loiodice, e Bacile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Gli attuali appellanti, ricorrenti in primo grado, hanno partecipato al concorso pubblico, per titoli ed esami, diretto alla copertura di un posto di categoria C, presso la Direzione amministrativa dell'Università degli Studi di Lecce, poi trasformata in "Università del Salento", bandito con decreto dirigenziale n. 84 del 31 dicembre 2002.

La graduatoria del concorso è stata approvata con decreto del 28 dicembre 2005 e pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 24 del 23 marzo 2006.

I ricorrenti sono risultati idonei, ma non vincitori, in quanto collocati, rispettivamente, ai numeri 31, 32, 35, 36, 37 e 39 della graduatoria.

2. Con decreto del Rettore n. 2464 del 14 novembre 2006, l'Università ha proceduto allo "scorrimento" della graduatoria, assumendo 24 unità di personale, fino al 26° posto dell'elenco degli idonei.

L'amministrazione universitaria, poi, ha ripetutamente utilizzato la graduatoria, per individuare i soggetti ai quali conferire diversi incarichi di collaborazione continuativa e coordinata.

3. In seguito, l'Università del Salento, nell'ambito della programmazione triennale delle assunzioni, ha stabilito di avviare due nuove procedure concorsuali per il reclutamento di personale di categoria C, a tempo determinato e a tempo indeterminato.

In particolare, con decreto del 14 ottobre 2008, n. 398, il direttore amministrativo dell'Università ha indetto una selezione pubblica per titoli ed esami, volta all'assunzione a tempo determinato di 14 unità di personale tecnico amministrativo di categoria C dell'area amministrativa, di cui 8 posti riservati in favore del personale precario, per le esigenze temporanee ed eccezionali dell'amministrazione.

Quindi, con decreto n. 449 del 30 ottobre 2008, n. 449, l'Università ha bandito una "selezione pubblica, per titoli ed esami, volta all'assunzione a tempo indeterminato di 3 unità di personale tecnico amministrativo di categoria C dell'Area amministrativa, per le esigenze funzionali delle Segreterie della Facoltà di Ingegneria Industriale e dei Corsi di Laurea Magistrale ed Interfacoltà (sede di Brindisi) e della Facoltà di Scienze Matematiche, Fisiche e Naturali dell'Università del Salento", evidenziando, espressamente, "in relazione alla specifica professionalità richiesta, l'inesistenza di graduatorie utili di selezioni già espletate".

4. Gli appellanti, nella loro qualità di candidati idonei, ma non vincitori, della selezione bandita nel 2002, hanno contestato tutte le determinazioni adottate dall'amministrazione riguardanti l'indizione delle nuove procedure concorsuali, deducendo che l'Università, per la copertura dei posti vacanti, avrebbe dovuto prioritariamente utilizzare le preesistenti graduatorie, in doverosa applicazione dell'articolo 35, comma 5 – ter, del Testo unico del pubblico impiego di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dalla legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008).

Hanno prospettato, poi, i vizi di eccesso di potere e di difetto di motivazione, asserendo che gli atti impugnati non avevano dato conto né delle ragioni giustificatrici della preferenza accordata al reclutamento mediante due nuovi concorsi, né del sacrificio imposto alle loro aspettative legittime.

5. Il TAR ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, svolgendo un'ampia motivazione, incentrata sui seguenti punti:

I) Il legislatore ordinario ha una elevatissima discrezionalità nella individuazione dei contesti in cui la regola del concorso “può cedere il posto a diversa procedura di reclutamento del personale”.

II) Ciò può avvenire “quando particolarissime esigenze di politica sociale e di raffreddamento di tensioni provocatasi all’interno di determinate categorie impongano di abbandonare il criterio principale, in favore di una procedura più snella e forse meno garantita, ma pur sempre conforme a Costituzione.” La procedura di stabilizzazione del personale precario, contemplata dalle leggi n. 296/2006 e n. 244/2007, “si muove in questa ottica”.

III) Occorre comunque verificare il “ragionevole temperamento degli interessi di cui appaiono portatori i dipendenti che hanno una aspettativa giuridicamente rilevante alla stabilizzazione, e coloro che hanno un interesse di segno opposto a far rispettare altre regole che pure caratterizzano la materia”. Detta “ponderazione comparativa di interessi in gioco deve essere effettuata dalla pubblica amministrazione, perché, un volta consumatasi la discrezionalità del legislatore, rimane pur sempre un ambito in cui la riserva di amministrazione deve poter operare.”

IV) In concreto, va considerato che “al momento della indizione delle procedure di reclutamento impugnate, la validità della graduatoria (circoscritta in 24 mesi) era spirata, con considerevole affievolimento della posizione soggettiva dei ricorrenti a prevalere sia rispetto al personale da stabilizzare, sia in rapporto a coloro ai quali è stata riservata una quota dei posti messi a concorso”.

V) Pertanto, “non è irragionevole e non merita accoglimento la censura di eccesso di potere la scelta dell’amministrazione universitaria la quale, invece di utilizzare lo scorrimento di una graduatoria divenuta inefficace per decorso del tempo, decida di soddisfare il fabbisogno di personale riservando una parte di posti da coprire a personale precario da stabilizzare, e una parte degli stessi posti indicendo apposita procedura concorsuale, dando contestualmente atto della insussistenza di graduatorie valide da utilizzare con scorrimento”.

6. Con l’appello, i ricorrenti hanno riproposto e sviluppato le censure articolate in primo grado, criticando la decisione di rigetto.

L’amministrazione ha resistito al gravame, prospettando numerose eccezioni preliminari.

In questo grado di giudizio, con due separati atti, sono intervenuti, ad opponendum, alcuni dei soggetti vincitori o risultati idonei nelle due contestate procedure concorsuali.

7. Con ordinanza n. 6145 del 14 dicembre 2009, la Sesta Sezione ha sospeso l’efficacia della sentenza, ritenendo che “il ricorso in appello evidenzia profili di fondatezza nella parte in cui censura la interpretazione dell’articolo 3, comma 87, della legge n. 244/2007 (implicitamente) operata dal Tar e prima ancora dall’Università appellata, secondo cui tale disposizione (che reca un nuovo termine di durata delle graduatorie concorsuali) si applicherebbe soltanto alle graduatorie approvate successivamente all’entrata in vigore della legge e non invece (come sembra più corretto ritenere) a tutte le graduatorie ancora vigenti all’atto della sua entrata in vigore.”

8. Con l’ordinanza n. 1839/2011, la Sesta Sezione ha deferito l’esame del ricorso all’Adunanza Plenaria, prospettando le seguenti questioni interpretative:

a) la validità e l’efficacia della graduatoria concorsuale in cui figurano gli attuali appellanti, alle date (14 e 30 ottobre 2008), nelle quali l’Università del Salento ha bandito le due nuove procedure concorsuali per la copertura di posti della medesima categoria professionale oggetto della selezione cui hanno partecipato i ricorrenti;

b) la “applicabilità o meno, *ratione temporis*, delle previsioni della richiamata legge n. 244/07, dato che, secondo l’assunto difensivo della Università, tale disposizione si applicherebbe soltanto alle graduatorie approvate a decorrere dal 1 gennaio 2008 e cioè dopo la sua entrata in vigore”;

c) la posizione degli idonei in graduatoria rispetto alla determinazione della amministrazione di far luogo a nuove assunzioni di personale nell’ambito della stessa categoria professionale, con specifico riguardo alla sussistenza e all’ampiezza dell’obbligo di motivazione della decisione con cui l’amministrazione stabilisce di indire un nuovo concorso, pur in presenza di graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci.

9. L’Adunanza Plenaria deve esaminare prioritariamente le eccezioni preliminari sollevate dall’amministrazione resistente e dagli interventori in opposizione.

Anzitutto, si eccepisce l’inammissibilità e l’improcedibilità dell’appello, in base all’assunto secondo cui i ricorrenti, anche in caso di accoglimento della domanda di annullamento dei contestati bandi di concorso, non si troverebbero in posizione utile per conseguire l’assunzione a tempo indeterminato, tramite la procedura di scorrimento della graduatoria approvata il 28 dicembre 2005.

Al riguardo, l’amministrazione appellata sottolinea che i ricorrenti sono collocati soltanto tra il 31° e il 39° posto della graduatoria, mentre le tre posizioni utili per l’eventuale scorrimento partono già dal 26°.

10. L’eccezione è priva di pregio.

È vero che gli appellanti non figurano, attualmente, come i soggetti i quali potrebbero essere assunti immediatamente, a tempo indeterminato, attraverso la procedura di scorrimento. Ma resta comunque intatto il loro interesse all’accertamento dell’obbligo dell’amministrazione di utilizzare la precedente graduatoria, tenendo conto della possibilità, non irragionevole, di rinunce da parte dei concorrenti idonei collocati in migliore posizione nella classifica.

Né può negarsi rilievo all’ulteriore interesse dei ricorrenti al conferimento di nuovi incarichi di collaborazione temporanea, tenendo conto della circostanza che l’amministrazione, secondo una propria autonoma valutazione, ha più volte proceduto mediante l’utilizzazione della graduatoria, indipendentemente dalla verifica della sua effettiva vigenza.

In ogni caso, poi, assume rilievo determinante la circostanza che gli appellanti si trovano in posizione certamente utile per aspirare alla immediata assunzione a tempo determinato, in relazione alla procedura concorsuale per 14 posti, bandita con decreto dirigenziale del 14 ottobre 2008, n. 398.

11. Non è condivisibile, poi, l’ulteriore eccezione prospettata dall’amministrazione, la quale osserva che, nelle more del giudizio, è ormai trascorso un triennio dalla pubblicazione della graduatoria. Pertanto, a suo dire, anche accogliendo la tesi difensiva dei ricorrenti, in caso di annullamento delle procedure concorsuali impugnate in primo grado, gli appellanti non potrebbero ottenere l’assunzione in servizio, perché la graduatoria ha definitivamente perduto la propria efficacia, quanto meno dal 23 marzo 2009.

È sufficiente osservare che l’eventuale annullamento delle procedure concorsuali impugnate in primo grado avrebbe portata pienamente retroattiva, determinando l’obbligo dell’amministrazione di rideterminarsi, ora per allora, sulle corrette modalità di reclutamento del personale.

12. Né è esatta la tesi affermata dall'Università appellata, secondo la quale, in caso di annullamento, l'amministrazione potrebbe limitarsi a reiterare la decisione di indizione dei concorsi, solo arricchendola di un più ampio corredo motivazionale.

Infatti, la domanda proposta dagli appellanti mira, in via principale, ad accertare la fondatezza della pretesa allo scorrimento della graduatoria e l'illegittimità degli atti di indizione del concorso e, solo in via subordinata, intende stigmatizzare l'inadeguatezza dell'istruttoria e della valutazione comparativa degli interessi coinvolti nella presente vicenda.

Ne consegue che sussiste, tuttora, l'interesse alla decisione di merito sulle censure formulate dagli appellanti.

13. Ciò chiarito, il collegio ritiene opportuno esaminare, congiuntamente, le due prime questioni prospettate dall'ordinanza di deferimento all'Adunanza Plenaria, concernenti la perdurante vigenza della graduatoria approvata nel dicembre 2005 e l'ambito temporale di operatività della disciplina che ha fissato in tre anni, decorrenti dalla pubblicazione, il periodo di efficacia delle graduatorie concorsuali.

L'amministrazione sostiene, gradatamente, due distinti argomenti, corrispondenti alle questioni deferite dalla Sesta Sezione:

a) in linea di diritto, la disciplina concernente l'efficacia triennale delle graduatorie concorsuali, decorrente dalla loro pubblicazione, contenuta nell'articolo 35, comma 5 – ter, del Testo unico del pubblico impiego, introdotta dalla legge n. 244/2007, si applica, solo per il futuro, alle procedure concorsuali bandite, o quanto meno concluse, dopo la sua entrata in vigore (1 gennaio 2008); pertanto, non potrebbe operare nella presente vicenda;

b) in ogni caso, la nuova disciplina legislativa potrebbe riguardare solo le graduatorie ancora efficaci al momento della sua entrata in vigore; in punto di fatto, la vigenza della graduatoria approvata nel dicembre 2005 deve ritenersi già scaduta in data 28 dicembre 2007, in applicazione della normativa regolamentare adottata dall'Università del Salento; né essa potrebbe rivivere in dipendenza di una disciplina entrata in vigore in epoca successiva (1 gennaio 2008).

14. Il collegio ritiene che la tesi esposta alla lettera a) sia priva di pregio, mentre risulta pienamente condivisibile l'argomento espresso alla lettera b).

L'articolo 3, comma 87, della legge 24 dicembre 2007 n. 244, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)", ha aggiunto, all'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il comma 5 – ter, in forza del quale *"Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali"*.

La nuova disciplina è entrata in vigore il 1 gennaio 2008, ossia in epoca sicuramente successiva tanto all'avvio quanto alla conclusione del procedimento concorsuale in cui gli attuali appellanti sono stati collocati nella graduatoria degli idonei, posto che gli atti della procedura concorsuale sono stati approvati con decreto del 28 dicembre 2005, pubblicato il 23 marzo 2006.

A dire dell'amministrazione appellata e degli interventori ad opponendum, la nuova disciplina sarebbe applicabile solo alle procedure concorsuali bandite, o quanto meno concluse, dopo la data di entrata in vigore della legge n. 244/2007 (1 gennaio 2008).

15. La tesi difensiva in esame non merita condivisione.

La formulazione letterale della disposizione è incentrata sulla determinazione dell'ambito temporale di durata di un effetto giuridico, costituito dalla "vigenza" delle graduatorie di concorso.

Il presupposto applicativo della norma, quindi, è rappresentato dalla esistenza di una graduatoria, cui collegare la conseguenza giuridica della efficacia triennale.

La formula letterale "rimangono vigenti" lascia chiaramente intendere che l'effetto giuridico è direttamente collegato al presupposto fattuale della formazione di una graduatoria, mentre non rileva la circostanza che essa sia stata realizzata nell'ambito di procedimenti iniziati, o anche semplicemente conclusi, prima della sua entrata in vigore.

Va considerato, poi, che sul piano delle finalità perseguite, la disciplina in esame è coerente con l'univoca tendenza legislativa degli ultimi anni, che ha più volte introdotto disposizioni esplicitamente dirette a stabilire la proroga dell'efficacia delle graduatorie concorsuali preesistenti.

16. L'intervento normativo del 2007 abbandona la struttura formale della disciplina di mera proroga, a carattere contingente, e si caratterizza per alcuni elementi di novità:

- è definitivamente confermato che la vigenza delle graduatorie, ora determinata in tre anni, decorrenti dalla pubblicazione, è un istituto ordinario ("a regime") delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (D.P.R. n. 487/1994);

- l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto generale dello "scorrimento" è riferito, indistintamente, a tutte le amministrazioni, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo.

Fermi restando questi importanti profili innovativi, tuttavia, la disciplina, per la sua ratio e per la sua formulazione letterale, va estesa anche alle procedure concorsuali svolte in epoca precedente alla sua entrata in vigore.

17. Peraltro, l'ambito temporale di operatività della nuova disciplina deve essere riferito alle sole graduatorie che risultino valide ed efficaci, a partire dal momento di entrata in vigore della legge n. 244/2007.

Non vi sono ragioni sistematiche o lessicali tali da far ritenere, invece, che la disposizione possa realizzare la piena reviviscenza di graduatorie che hanno definitivamente perso la loro efficacia.

Nel caso di specie, al momento di entrata in vigore della nuova disciplina, l'efficacia della graduatoria, approvata nel dicembre 2005, era già venuta meno, in applicazione delle specifiche previsioni contenute nel regolamento dell'Università, approvato con deliberazione del Consiglio di amministrazione del 30 ottobre 2001 e poi modificato con decreto rettorale n. 2658 del 31 dicembre 2003 ("*Regolamento recante disposizioni sui procedimenti di selezione per l'accesso all'impiego a tempo indeterminato nell'Università degli Studi di Lecce nelle categorie del personale tecnico e amministrativo e sui procedimenti per la progressione verticale nel sistema di classificazione*").

Secondo l'articolo 7, "*l'Amministrazione si riserva la possibilità, nel rispetto dell'equilibrio finanziario del bilancio e dei principi di una corretta ed efficiente gestione delle risorse economiche ed umane, di utilizzare le graduatorie di merito per un periodo non superiore a 24 mesi dalla data*

di approvazione delle stesse, al fine di costituire ulteriori rapporti di lavoro a tempo indeterminato.”

La graduatoria del concorso è stata approvata con decreto del direttore amministrativo n. 681 del 30 dicembre 2005. Pertanto, la sua vigenza è scaduta il 30 dicembre 2007, in epoca anteriore, sia pure soltanto per due giorni, all'entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008 (1 gennaio 2008).

18. Contrariamente a quanto ritenuto dagli appellanti, la disciplina regolamentare dell'Università non è stata intaccata dalle altre disposizioni legislative, succedutesi nel tempo, che hanno previsto la proroga dell'efficacia delle graduatorie concorsuali.

Infatti, le norme invocate dagli appellanti escludono dal proprio raggio di applicazione le Università.

Né potrebbe avere rilievo la previsione contenuta nell'articolo 5 della legge 14/2009, che ha prorogato al 31 dicembre 2009 la validità di tutte le graduatorie approvate successivamente al 31 dicembre 1999, poiché la norma è applicabile solo alle graduatorie ancora efficaci al momento della entrata in vigore della nuova disciplina.

19. Va superata l'obiezione degli appellanti, secondo i quali l'aspetto della vicenda concernente l'intervenuta scadenza della graduatoria non potrebbe essere esaminato in questa fase di appello. Infatti:

a) la sentenza impugnata ha compiuto un esplicito riferimento alla durata biennale della graduatoria, ancorché non abbia analiticamente enunciato che il termine decorre dall'atto di approvazione, anziché da quello di pubblicazione;

b) non rileva la circostanza che l'amministrazione universitaria, in primo grado, abbia incentrato le proprie difese principali su due argomenti diversi, diretti a sostenere la prevalenza delle procedure di stabilizzazione rispetto allo scorrimento della graduatoria, nonché sulla inapplicabilità della nuova disciplina alle procedure di gara bandite prima della sua entrata in vigore;

c) la questione riguardante l'intervenuta cessazione di efficacia della graduatoria deve essere qualificata come mera difesa e non già come domanda o eccezione in senso stretto e, pertanto, potrebbe essere comunque ritualmente prospettata per la prima volta in grado di appello, tenendo conto che il suo esame non comporta l'acquisizione di ulteriori elementi istruttori e probatori.

20. Va escluso, quindi, che sul punto relativo alla determinazione del periodo di vigenza della graduatoria, secondo la disciplina regolamentare dell'Ateneo, si sia formato un "giudicato interno", favorevole alla tesi degli appellanti.

D'altro canto, in questo grado di giudizio, deve essere garantito il diritto di difesa degli interventori ad opponendum, i quali hanno particolarmente insistito sulla scadenza della graduatoria. Né la loro posizione potrebbe essere pregiudicata da una sentenza pronunciata all'esito di un procedimento di primo grado, al quale sono rimasti estranei.

21. Ne deriva che la sentenza impugnata ha correttamente respinto il ricorso, perché, al momento di indizione dei concorsi impugnati, l'amministrazione non poteva più attingere a graduatorie efficaci.

22. Le esposte considerazioni sono pienamente idonee a determinare la definitiva soluzione del presente giudizio, con il conseguente rigetto dell'appello.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria ritiene necessario svolgere l'esame della terza e più complessa questione prospettata dall'ordinanza di rinvio, al fine di enunciare i pertinenti principi di diritto, nell'interesse della legge, ai sensi dell'articolo 99, comma 5, del codice del processo amministrativo.

Si tratta, all'evidenza, di una problematica di particolare importanza, che ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali.

23. Sul piano letterale, l'articolo 99, comma 5, prevede che l'Adunanza Plenaria possa esprimere il principio di diritto nell'interesse della legge *“anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio”*.

La disposizione manifesta, in senso più ampio, l'intento del legislatore di consentire l'esercizio del potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria anche nei casi in cui l'esito della controversia prescinda, in concreto, dalla soluzione delle questioni di diritto deferitele.

Detta facoltà sussiste, quindi, sia nelle ipotesi in cui la pronuncia assume contenuto meramente processuale, sia nelle eventualità in cui la decisione incide sul merito della controversia, ma si incentra su un tema logicamente pregiudiziale rispetto a quello oggetto del deferimento.

24. La questione proposta consiste nello stabilire quale sia il rapporto tra due diverse modalità di reclutamento del personale pubblico:

- a) la utilizzazione dei candidati idonei, collocati in graduatorie concorsuali ancora efficaci, attraverso il meccanismo dello “scorrimento”;
- b) la indizione di un nuovo concorso.

In particolare, occorre determinare se, in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, la decisione con cui l'amministrazione avvia una nuova procedura selettiva debba essere sorretta da una puntuale e approfondita motivazione, volta a illustrare le ragioni della scelta e a giustificare il sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti idonei.

25. L'ordinanza di rinvio compie un'analitica ricognizione delle opinioni espresse dalla giurisprudenza, evidenziando l'esistenza di due principali orientamenti interpretativi contrapposti, ai quali si affiancano, comunque, ulteriori indirizzi ermeneutici.

- a) Una prima tesi, definita “tradizionale”, sostiene che l'indizione di un nuovo concorso, anche in presenza di graduatorie valide ed efficaci, costituisca sempre la regola, ritenuta di diretta derivazione costituzionale, e, pertanto, non debba essere corredata da alcuna specifica motivazione.
- b) Secondo una variante “estrema” della prima impostazione, la determinazione riguardante l'indizione di un nuovo concorso non solo non richiederebbe alcuna motivazione, ma costituirebbe una tipica scelta di “merito amministrativo”, insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'allegazione di “macroscopici” vizi.
- c) La tesi opposta, tuttora minoritaria ed emersa più recentemente, ritiene, al contrario che, in ogni caso, anche la determinazione di indizione di un nuovo concorso, al pari di tutti gli atti amministrativi costituenti l'esito di una scelta fra più alternative, debba essere adeguatamente motivata, pure con riguardo alla valutazione degli interessi dei candidati idonei collocati in graduatorie ancora efficaci.

d) Un ulteriore sviluppo di questa corrente interpretativa è nel senso che l'utilizzazione delle graduatorie vigenti costituisca, ormai, la regola ordinaria di reclutamento del personale, non necessitante di apposita ed esplicita giustificazione, mentre l'indizione del concorso rappresenti l'eccezione; pertanto, l'obbligo di esporre un'approfondita motivazione sussiste soltanto qualora l'amministrazione ritenga di indire una nuova procedura concorsuale.

e) In questo ambito, è anche affiorata un'opinione più "radicale", secondo cui non solo vi sarebbe una preferenza assoluta per lo scorrimento rispetto all'indizione del nuovo concorso, ma, una volta verificatasi la vacanza del posto, l'amministrazione sarebbe sempre incondizionatamente vincolata a coprirlo, utilizzando la graduatoria efficace.

26. La tesi finora dominante in giurisprudenza (tra le ultime: Consiglio di Stato, V Sezione, 19 novembre 2009, n. 743; V, 19 novembre 2009, n. 8369; IV, 27 luglio 2010 n. 4911) ritiene che la determinazione amministrativa di indizione di nuove procedure concorsuali, anche in presenza di graduatorie efficaci sia ampiamente discrezionale e non necessiti di alcuna specifica motivazione, poiché conforme alla regola tracciata dall'articolo 97 della Costituzione.

In questo senso, secondo Cons. Stato, V, 25 giugno 2010 n. 4072, le norme riguardanti l'utilizzabilità delle graduatorie e, in particolare, gli artt. 15 d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 e 22, comma 8, l. 24 dicembre 1994, n. 724 non riconoscono agli idonei dei concorsi pubblici alcun diritto ad essere immessi in ruolo, ma si limitano ad attribuire all'Amministrazione, in alternativa allo svolgimento della procedura concorsuale ordinaria, la facoltà di procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide di concorsi già indetti, in modo da poter conferire agli idonei i posti non coperti dopo la chiamata dei vincitori, ovvero "medio tempore" resisi disponibili, nei limiti della pianta organica; tali disposizioni, dunque, sono rivolte esclusivamente all'Amministrazione, proponendosi la finalità di agevolare, in nome del principio di economicità dell'azione amministrativa, il reperimento della provvista del personale, senza far ricorso all'ordinario concorso ma senza qualificare o differenziare la posizione degli idonei rispetto ad altri dipendenti, che aspirino agli stessi posti.

Analogamente, a giudizio di Cons. Stato, Sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3660, la nomina di idonei nei posti vacanti costituisce una facoltà e non un obbligo per l'amministrazione, trattandosi di un potere che rientra, di norma, nella discrezionalità dell'Ente, fatte salve situazioni particolari in cui il legislatore abbia espressamente disposto l'obbligo per l'Amministrazione di procedere allo scorrimento della graduatoria.

27. In qualche occasione, questo filone ermeneutico si è spinto fino all'affermazione più radicale, secondo la quale la decisione di bandire un nuovo concorso potrebbe essere dettata, in ultima analisi, anche da mere ragioni di opportunità, sottratte al sindacato giurisdizionale, in quanto afferenti al merito amministrativo, salva la sussistenza di macroscopici vizi di eccesso di potere per illogicità e travisamento dei fatti, arbitrarietà, irrazionalità, irragionevolezza (Cons. Stato, Sez. IV, 27-07-2010, n. 4910; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II ter, 11-04-2011, n. 3184).

In questa prospettiva, soltanto la decisione di attingere alle graduatorie concorsuali valide ed efficaci necessita di un'apposita motivazione, in quanto costituirebbe una deroga al principio costituzionale del concorso.

28. Il diverso e opposto indirizzo interpretativo, invece, sostiene che l'amministrazione debba sempre motivare la determinazione di indire un nuovo concorso, dando conto, fra l'altro, delle ragioni dei soggetti utilmente collocati in graduatoria e del sacrificio loro imposto.

In tal senso si pone, fra le ultime, la decisione della V Sezione, 4 marzo 2011 n. 1395 (la quale richiama Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 668), secondo cui è illegittima la delibera con la quale una P.A. indice un concorso pubblico, piuttosto che utilizzare una graduatoria di un precedente concorso per la copertura dei posti banditi, nel caso in cui la stessa graduatoria sia stata in precedenza utilizzata per la copertura di altri posti e la scelta di procedere per gli ulteriori posti con un nuovo concorso non trovi alcuna ragionevole giustificazione, ponendosi in contrasto con il già avvenuto utilizzo della graduatoria.

29. Analogo indirizzo è manifestato dalla giurisprudenza secondo cui, a fronte di una graduatoria valida ed efficace, l'Amministrazione (salvo il caso che si tratti di posti di nuova istituzione in pianta organica) non potrebbe trascurare completamente, a mezzo della indizione di nuova procedura concorsuale, le posizioni dei soggetti già selezionati come idonei, quantomeno in carenza di valide ragioni giustificatrici (Tar Sardegna, 19 ottobre 1999, n. 1228; Tribunale ordinario Roma ord. sez. lav. 3 gennaio 2001; Tar Lazio 30 gennaio 2003, n. 536; Tar Lecce, 10 ottobre 2005, n. 4452; Tar Lombardia, 15 settembre 2008, n.4073; Tar Lazio 15 settembre 2009 n. 8743; Cass. SS.UU. 29 settembre 2003 n. 14529 e 9 febbraio 2009 n. 3055).

30. L'ordinanza di deferimento alla Plenaria aderisce, in sostanza, a tale secondo orientamento, esponendo molteplici argomenti di carattere letterale, logico e sistematico.

Semmai, prosegue l'ordinanza (sia pure in termini più dubitativi), proprio l'opzione di procedere mediante lo scorrimento della graduatoria potrebbe rappresentare la regola e non richiedere alcuna particolare giustificazione, incentrata sulla valutazione comparativa degli interessi coinvolti nella decisione.

Secondo la pronuncia, nel processo decisionale adottato per la copertura dei posti vacanti, vanno distinte due fasi logiche, caratterizzate da una crescente restrizione del potere valutativo spettante all'amministrazione.

a) La determinazione relativa all'*an* della copertura del posto vacante ha contenuto ampiamente discrezionale, in quanto riconducibile al novero delle scelte organizzative di pertinenza del soggetto pubblico.

b) 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.

31. L'Adunanza Plenaria condivide la conclusione alla quale è pervenuta l'ordinanza della Sesta Sezione, con le precisazioni di seguito enunciate.

a) Va superata la tesi tradizionale, secondo cui la determinazione di indizione di un nuovo concorso non richiede alcuna motivazione. A maggiore ragione, è da respingersi la tesi "estrema", secondo cui si tratterebbe di una decisione insindacabile dal giudice amministrativo.

b) Simmetricamente, però, non è condivisibile l'idea opposta, in forza della quale, la disciplina in materia di scorrimento assegnerebbe agli idonei un diritto soggettivo pieno all'assunzione, mediante lo scorrimento, che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e disponibilità di posti in organico. Infatti, in tali circostanze l'amministrazione non è incondizionatamente tenuta alla loro copertura, ma deve comunque assumere una decisione organizzativa, correlata agli eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di

indirizzo e a tutti gli altri elementi di fatto e di diritto rilevanti nella concreta situazione, con la quale stabilire se procedere, o meno, al reclutamento del personale.

c) 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.

32. A queste conclusioni si perviene, anzitutto, mediante l’esame della disciplina riferita all’istituto dello scorrimento delle graduatorie, che costituisce il risultato di una complessa evoluzione, univocamente orientata alla progressiva dilatazione del suo spazio applicativo.

Il punto di partenza è costituito dall’articolo 8 del Testo unico degli impiegati civili dello Stato (TUIC), di cui al d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, come modificato dall’articolo unico, della legge 8 luglio 1975, n. 305.

In base a tale disposizione, *“L’amministrazione ha facoltà di conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria.”*

“Detti posti, da conferire secondo l’ordine della graduatoria, non possono superare il decimo di quelli messi a concorso per le carriere direttive ed il quinto per le altre carriere.”

“Nel caso che alcuni dei posti messi a concorso restino scoperti per rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori, l’amministrazione ha facoltà di procedere, nel termine di due anni dalla data di approvazione della graduatoria, ad altrettante nomine secondo l’ordine della graduatoria stessa.”

33. Il disegno normativo originario è caratterizzato, quindi, dalla tipizzazione dell’ambito oggettivo di operatività dell’istituto, riferito alle sole ipotesi della disponibilità dei posti al momento dell’approvazione della graduatoria o, soltanto per i casi di rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori, anche nel biennio successivo.

È apparso significativo, nella formulazione della norma, anche il riferimento letterale alla “facoltà”, attribuita all’amministrazione pubblica. Tale espressione è stata intesa – dal critico indirizzo “tradizionale” – come indicativa della presenza di un ampio potere discrezionale e di merito.

34. La previsione dello scorrimento delle graduatorie e della efficacia pluriennale delle graduatorie concorsuali ha avuto, poi, una progressiva estensione, manifestatasi in più direzioni.

A parte una pluralità di disposizioni contingenti, riguardanti settori specifici del pubblico impiego, sono state introdotte alcune regole intese a prevedere l’utilizzabilità delle graduatorie in ambiti oggettivamente molto più estesi rispetto a quello in origine delineato dall’articolo 8 del TUIC.

In questo senso si colloca l'articolo 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”*.

35. L'art. 91, comma 4, del Testo unico degli enti locali (d.lgs. 267 del 2000), ha previsto, poi, che *“Per gli enti locali 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.”*

36. Le menzionate norme generali del 1994 e del 2000 hanno decisamente ampliato il perimetro oggettivo di applicazione dell'istituto dello scorrimento e ne hanno delineato il rapporto con le altre modalità di copertura dei posti vacanti.

Le formule utilizzate da tali disposizioni abbandonano ogni riferimento alla “facoltà” dell'amministrazione e sono incentrate sulla locuzione “eventuale copertura”.

È evidente l'intento di ridurre drasticamente l'ambito della discrezionalità dell'amministrazione nella scelta fra le diverse modalità di reclutamento.

Al tempo stesso, tuttavia, il persistente riferimento al carattere meramente “eventuale” della copertura impedisce di configurare la procedura di scorrimento quale oggetto di un obbligo incondizionato dell'amministrazione, direttamente collegato alla sopravvenuta vacanza del posto.

Va rimarcata anche la specifica limitazione ai posti che non siano di “nuova istituzione o trasformazione”. La regola, sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche.

37. Parallelamente, poi, si sono succedute diverse disposizioni legislative (alcune delle quali sono elencate analiticamente dall'ordinanza di deferimento all'Adunanza Plenaria), con efficacia temporalmente limitata, ancorché spesso reiterate senza soluzione di continuità, dirette a prorogare la vigenza delle graduatorie.

38. Le indicate disposizioni, significativamente inserite nelle leggi annuali di “manovra finanziaria”, hanno disciplinato, sul piano formale, il solo termine di efficacia e di vigenza delle graduatorie, con tecniche di intervento legislativo non omogenee. Si sono previste, alternativamente, “proroghe”, “sospensioni” ed “elevazioni” dei termini di efficacia delle graduatorie, in alcuni casi con una puntuale definizione anche del regime transitorio.

39. Da ultimo, poi, l'articolo 35, comma 5 - ter del testo unico del pubblico impiego ha introdotto la già illustrata disciplina legislativa, di portata generale, riguardante l'efficacia triennale delle graduatorie concorsuali, decorrente dalla pubblicazione.

40. Le disposizioni riguardanti i soli termini di efficacia delle graduatorie concorsuali presentano una chiara finalità di contenimento della spesa pubblica, in relazione ai costi derivanti dall'espletamento delle nuove procedure concorsuali.

Inoltre, perseguono lo scopo di offrire una certa protezione ai soggetti collocati nelle graduatorie (talvolta anche in posizione di vincitori), in considerazione del regime di “blocco delle assunzioni” previsto, di solito, dalle stesse leggi di “manovra”.

41. Dette norme non hanno modificato gli altri presupposti sostanziali del procedimento di scorrimento delle graduatorie. Tuttavia, sul piano sistematico, ne hanno rafforzato il ruolo di modalità ordinaria di provvista del personale, tanto più giustificata in relazione alla finalità primaria di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive.

42. In questo contesto, dunque, sono destinati a cadere tutti gli argomenti tradizionalmente prospettati per escludere o ridurre la portata dell’obbligo di motivazione delle determinazioni di indizione di un nuovo concorso.

In particolare, vanno confutati gli argomenti in forza dei quali:

a) l’indizione del concorso, attuando un principio costituzionale, non deve essere motivata in modo diffuso;

b) trattandosi di scelta organizzativa, non deve essere supportata da alcun particolare supporto giustificativo;

c) il bando, in quanto “atto generale”, non è soggetto all’obbligo della motivazione.

43. La previsione normativa generale della utilizzabilità, per un tempo definito, delle preesistenti graduatorie non costituisce affatto una deroga alla regola costituzionale del concorso, né introduce un procedimento alternativo a tale modalità di selezione del personale.

Al contrario, si tratta di un sistema di reclutamento che presuppone proprio lo svolgimento di una procedura selettiva concorsuale, compiuta nel rispetto dei principi costituzionali, diretta all’individuazione imparziale dei soggetti più meritevoli.

Questa considerazione vale a superare, in radice, i possibili sospetti di legittimità costituzionale delle discipline che hanno introdotto, e poi ampliato, l’istituto dello scorrimento.

Eventuali dubbi potrebbero prospettarsi, semmai, in relazione a norme singolari, che prevedano termini irragionevoli di vigenza delle graduatorie, o stabiliscano rigidi divieti di indizione di nuovi concorsi.

La previsione generale, incentrata sull’articolo 35, comma 5-ter, peraltro, è perfettamente coerente con il dettato costituzionale, poiché stabilisce un termine di vigenza di tre anni, da reputarsi del tutto congruo, in relazione alle esigenze organizzative dell’amministrazione, e lascia comunque spazio adeguato alla possibilità di optare per l’indizione di un nuovo concorso.

44. La decisione di “scorrimento”, quindi, poiché rappresenta un possibile e fisiologico sviluppo della stessa procedura concorsuale, attuativo dei principi costituzionali, non può essere collocata su un piano diverso e contrapposto rispetto alla determinazione di indizione di un nuovo concorso.

Entrambi gli atti si pongono in rapporto di diretta derivazione dai principi dell’articolo 97 della Costituzione e, quindi, devono essere sottoposti alla medesima disciplina, anche in relazione all’ampiezza dell’obbligo di motivazione.

45. In termini generali, poi, l'ampia portata dell'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è ormai saldamente acquisita nel nostro ordinamento, già in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge n. 241/1990.

Detto dovere motivazionale è particolarmente rilevante nei casi in cui l'amministrazione ha dinanzi a sé una pluralità di opzioni, le quali possono determinare costi economici ed amministrativi diversificati e quando deve comunque considerare le posizioni giuridiche di determinati soggetti, titolari di aspettative protette dall'ordinamento.

46. Non può condividersi l'argomento secondo cui le decisioni organizzative dell'amministrazione, comprese quelle con cui si indice un nuovo concorso, afferendo al "merito", non richiederebbero alcuna particolare motivazione. Detta tesi, infatti, trascura di considerare non solo il valore di principio dell'articolo 3 della legge n. 241/1990, ma anche la circostanza secondo cui le opzioni compiute dal soggetto pubblico in questo ambito hanno importanti ricadute in termini di efficacia ed efficienza e incidono, comunque, sulle aspettative e sugli interessi dei soggetti idonei.

Parimenti, per negare la sussistenza dell'obbligo di motivazione non è pertinente il richiamo alla natura di atto generale del bando, poiché l'obbligo di motivazione non riguarda il contenuto delle disposizioni generali racchiuse in tale atto, bensì la determinazione con cui l'amministrazione stabilisce la procedura per il reclutamento del personale.

47. Il dovere di motivazione dell'atto di indizione del concorso, pertanto, rileva in una duplice direzione:

- evidenzia l'interesse pubblico dell'amministrazione sotteso alla scelta compiuta;
- indica l'attenta considerazione degli interessi giuridici facenti capo ai soggetti collocati in graduatorie ancora efficaci.

48. Va osservato, ancora, che la disciplina riguardante l'efficacia triennale delle graduatorie, che in origine aveva una portata circoscritta e contingente, è ora racchiusa in una fonte legislativa di portata generale, l'articolo 35, comma 5-ter, del testo unico del pubblico impiego, assumendo il rango di regola generale.

La formulazione della norma non è più imperniata sull'attribuzione di una facoltà puramente discrezionale, ma, mediante l'uso dell'indicativo presente ("rimangono vigenti"), evidenzia il carattere tipicamente obbligatorio della prescrizione.

49. Non può trascurarsi, poi, che l'opzione di riconnettere una discrezionalità limitata alla amministrazione circa le modalità dell'assunzione, accordando tendenziale preferenza allo scorrimento, appare maggiormente rispettosa dei principi di trasparenza e di imparzialità.

Infatti, come esattamente evidenziato dall'ordinanza di deferimento alla Plenaria, "se si considera che i nominativi dei soggetti in graduatoria sono ben noti a tutti, potrebbe indebitamente interferire sulla decisione di utilizzare o meno la graduatoria (ove l'amministrazione avesse mano libera in tal senso) il maggiore o minore <gradimento> che i soggetti che vi si trovano incontrano presso l'ente che deve provvedere all'assunzione".

50. Ne deriva, quindi, che sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai 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.

51. La riconosciuta prevalenza delle procedure di scorrimento non è comunque assoluta e incondizionata.

Sono tuttora individuabili casi in cui la determinazione di procedere al reclutamento del personale, mediante nuove procedure concorsuali, anziché attraverso lo scorrimento delle preesistenti graduatorie, risulta pienamente giustificabile, con il conseguente ridimensionamento dell'obbligo di motivazione.

In tale contesto si situano, in primo luogo, le ipotesi in cui speciali disposizioni legislative impongano una precisa cadenza periodica del concorso, collegata anche a peculiari meccanismi di progressioni nelle carriere, tipiche di determinati settori del personale pubblico. In tali eventualità emerge il dovere primario dell'amministrazione di bandire una nuova procedura selettiva, in assenza di particolari ragioni di opportunità per l'assunzione degli idonei collocati nelle preesistenti graduatorie.

52. Vanno segnalate, poi, alcune ipotesi di fatto, in cui si manifesta l'opportunità, se non la necessità, di procedere all'indizione di un nuovo concorso, pur in presenza di graduatorie ancora efficaci, con la conseguente attenuazione dell'obbligo di motivazione, e a tal fine la vicenda in esame fornisce un esempio significativo.

53. Anzitutto, può assumere rilievo l'esigenza preminente di determinare, attraverso le nuove procedure concorsuali, la stabilizzazione del personale precario, in attuazione delle apposite regole speciali in materia. Tale finalità, tuttavia, non esime l'amministrazione dall'obbligo di valutare, comparativamente, in ogni caso, anche le posizioni giuridiche e le aspettative dei soggetti collocati nella graduatoria come idonei. La normativa speciale in materia, infatti, non risulta formulata in modo da imporre la indiscriminata prevalenza delle procedure di stabilizzazione, ma lascia all'amministrazione un rilevante potere di valutazione discrezionale in ordine ai contrapposti interessi coinvolti.

Nel caso oggetto del presente giudizio, gli atti impugnati hanno ripetutamente menzionato il riferimento al procedimento di stabilizzazione. Le scelte finali dell'amministrazione si sono poi concretizzate nella indizione non già di concorsi interamente riservati al personale precario, bensì nella sola previsione di una riserva in favore di tali soggetti.

54. In secondo luogo, può acquistare rilievo l'intervenuta modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, con particolare riguardo al contenuto delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione.

Nella vicenda oggetto del presente giudizio, le nuove procedure concorsuali prevedono significative diversità rispetto a quella conclusasi con la graduatoria approvata nel 2005. Le differenze riguardano l'introduzione di una prova di lingua straniera e una più specifica indicazione dell'oggetto delle prove di contenuto giuridico. Infatti, in queste ultime non soltanto si fa riferimento alla "legislazione universitaria", genericamente intesa, ma, in modo maggiormente dettagliato, si considerano anche i "procedimenti in atto presso l'Università, con l'uso di apparecchiature informatiche".

Dette circostanze risultano idonee a giustificare l'opzione di bandire nuove procedure selettive.

55. In terzo luogo, deve attribuirsi risalto determinante anche all'esatto contenuto dello specifico profilo professionale per la cui copertura è indetto il nuovo concorso e alle eventuali distinzioni rispetto a quanto descritto nel bando relativo alla preesistente graduatoria.

Nella vicenda in esame rileva la circostanza che i nuovi posti messi a concorso riguardino, precisamente, le strutture di alcune delle Facoltà universitarie e di altre strutture didattiche dell'Ateneo, mentre la procedura concorsuale approvata il 28 dicembre 2005 era riferita ad un diverso posto, istituito presso la Direzione amministrativa.

Inoltre, alcuni dei posti considerati nei due bandi impugnati sono di nuova istituzione rispetto a quello contemplato nella originaria procedura concorsuale approvata nel dicembre 2005.

56. Difatti, mentre la prima procedura concorsuale faceva riferimento, genericamente, ad un posto di categoria C – area amministrativa, collocato presso la Direzione Amministrativa dell'Ateneo, senza illustrarne il contenuto, il bando di cui al decreto n. 449 del 30 ottobre 2008 stabilisce con chiarezza la destinazione del personale e descrive dettagliatamente il diverso profilo professionale richiesto: esso “dovrà assicurare l'istruzione degli atti amministrativi, con particolare riguardo alle attività didattiche, front office e tutorato, per le quali sono richieste conoscenze teorico-pratiche necessarie per la corretta applicazione di norme, nell'ambito di direttive ed elaborazioni da parte ad appartenenti a qualifiche superiori. Dovrà integrare le procedure di semplice esecuzione con la raccolta, il controllo, l'elaborazione e il coordinamento di informazioni necessarie all'attuazione degli atti amministrativi, anche mediante l'uso di apparecchiature per l'elaborazione automatica dei dati. Dovrà, altresì, garantire il supporto all'attivazione di convenzioni per lo svolgimento di tirocini e stages.”

57. Ancora, sempre con riferimento alle rilevanti differenze di contenuto sostanziale tra i posti messi a concorso e quello indicato nella precedente procedura, non può dimenticarsi, che una delle due procedure concorsuali in contestazione è finalizzata alla costituzione di 14 rapporti di lavoro a tempo determinato: si tratta, quindi, di posti non coincidenti con quello, a tempo indeterminato, contemplato dall'originario concorso del 2005.

58. In sintesi, è ragionevole ritenere che, nella presente vicenda contenziosa, l'Università abbia correttamente stabilito di procedere alla indizione di nuovi concorsi, anche prescindendo dalla circostanza, assorbente, riguardante il venir meno della efficacia della precedente graduatoria.

Ed è significativo che la decisione adottata dall'Università, riguardante l'avvio delle nuove procedure concorsuali sia conseguita ad una attenta e complessiva attività di ricognizione delle vacanze in organico e di programmazione pluriennale delle assunzioni. In presenza di tali circostanze pretendere una specifica motivazione della scelta appare del tutto ridondante.

59. Da ultimo, va precisato che l'affermazione di un dovere più stringente delle amministrazioni di procedere prioritariamente allo scorrimento delle graduatorie, per la copertura dei posti vacanti, non incide sulla soluzione del problema concernente la qualificazione della posizione giuridica del concorrente idoneo, il quale contesti l'avvio di una nuova procedura concorsuale, né comporta riflessi sulla giurisdizione del giudice amministrativo.

Al proposito, le Sezioni Unite della Cassazione hanno da tempo consolidato il principio secondo cui la contestazione della procedura di indizione di un concorso, fondata sull'affermazione di un “diritto allo scorrimento”, si basa sulla deduzione non già di una carenza di potere dell'amministrazione, ma di un vizio di violazione di legge, la cui cognizione spetta, in ogni caso, al giudice amministrativo.

60. In questo senso, si pone l'articolata ordinanza 9 febbraio 2009, n. 3055, delle Sezioni Unite, secondo cui la contrapposizione tra la tesi, che assegna all'amministrazione un ampio potere di valutazione discrezionale e l'opinione secondo la quale la disciplina positiva obbliga l'amministrazione a realizzare la semplificazione e l'economia connesse all'utilizzo delle graduatorie approvate in precedenza, escludendo senz'altro l'espletamento di nuove procedure, costituisce *“un problema strettamente di merito, la cui soluzione, pertanto, non interessa la giurisdizione, atteso che, anche aderendo alla seconda delle tesi esposte, il provvedimento di apertura della procedura concorsuale risulterebbe affetto dal vizio di violazione di legge, non certo emanato in carenza di potere (ovvero nullo perché viziato da "difetto assoluto di attribuzione", ai sensi della legge n. 241 del 1990).”*

61. In definitiva, quindi, l'appello deve essere respinto.

62. Ai sensi dell'articolo 99, comma 5, del codice del processo amministrativo, l'Adunanza Plenaria enuncia il principio di diritto espresso nella motivazione della presente decisione, così riassunto: *“In presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti”*.

63. Le spese del grado possono essere compensate, tenendo conto della complessità e opinabilità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Respinge l'appello.

Spese compensate.

Enuncia il principio di diritto indicato nella motivazione, ai sensi dell'articolo 99, comma 5, del codice del processo amministrativo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2011

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

Il Dirigente della Sezione