

CONSIGLIO DI STATO

Sezione IV giurisdizionale

Gaetano Trotta, presidente;
Armando Pozzi, Bruno Mollica, Salvatore Cacace, consiglieri;
Anna Leoni, consigliere, estensore.

Sentenza 27 luglio 2010 n. 4911

(concorsi - mancata utilizzazione della graduatoria mediante scorrimento)

sul ricorso numero di registro generale 8935 del 2009, proposto da:
Agenzia delle entrate, rappresentata e difesa dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma,
via dei Portoghesi, 12;

contro

Stn., rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Rienzi, con domicilio eletto presso Carlo Rienzi in
Roma, viale delle Milizie 9;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Lazio - Roma: sezione II n. 08743/2009, resa tra le parti,
concernente scorrimento graduatoria per ammissione a terza prova selezione pubblica.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
visto l'atto di costituzione in giudizio di Stn.;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2010 il cons. Anna Leoni e uditi per le parti
l'avvocato Carlo Rienzi e l'avvocato dello Stato Barbara Tidore;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

1. L'Agenzia delle entrate, con il bando di concorso dell'8/2/2008, indiceva selezione pubblica per l'assunzione a tempo indeterminato di 1180 unità per la terza area funzionale, fascia retributiva F1, profilo professionale funzionario, per attività amministrativo-tributaria, da ripartirsi fra diverse regioni.

2. La dr.ssa Stn. presentava domanda di partecipazione, indicando, quale regione prescelta, il Veneto.

3. La stessa partecipava, quindi, regolarmente alle prove selettive previste per la Regione Veneto, che metteva a concorso 115 posti su un totale di 1180, superando la prima prova (oggettiva tecnico-professionale), ma conseguendo nella seconda (oggettivo-attitudinale) un punteggio di 25,977, superiore al minimo previsto (24/30), ma tale da collocarla solo al 183° posto della relativa graduatoria e, quindi, non utile a farla rientrare tra i candidati ammessi alla terza prova (tirocinio teorico pratico, integrato da prova finale orale), così come previsto dall'art. 6.3 del bando.

4. Successivamente l'Agenzia delle entrate, con bando del 24/12/08 indiceva una nuova selezione pubblica per l'assunzione a tempo indeterminato di 825 unità per la terza area funzionale, fascia retributiva F1, profilo professionale funzionario, per attività amministrativo-tributaria.

5. Il bando, sostanzialmente simile al precedente, se ne differenziava per l'art. 3.16, che prevedeva che i candidati ammessi al tirocinio teorico-pratico della procedura selettiva per 1180 unità sopra ricordata che non avessero potuto iniziare o proseguire la frequenza del tirocinio per maternità o gravi motivi di salute e che avessero chiesto con apposita istanza l'ammissione al tirocinio della successiva procedura concorsuale, dovevano presentare domanda di partecipazione alla procedura nei termini previsti dal bando e, previa verifica della sussistenza dei requisiti prescritti, sarebbero stati ammessi direttamente al tirocinio nella regione per la quale avevano concorso.

6. Alla luce di ciò la dr.ssa Stn. presentava domanda di partecipazione alla nuova selezione e contemporaneamente domanda di accesso agli atti della prima selezione, nell'esecuzione della quale apprendeva che i candidati ammessi al tirocinio della I selezione sarebbero stati solo 152 a fronte dei 161 previsti e che l'amministrazione non intendeva dare corso ad ulteriore scorrimento della graduatoria formata in esito alla seconda prova. Da ciò conseguiva l'impossibilità per la ricorrente di ammissione diretta alla seconda selezione.

7. L'amministrazione, poi, in data 24 dicembre 2008 indiceva una nuova procedura selettiva per l'assunzione di 825 unità, di contenuto identico, sia in relazione ai posti messi a concorso, sia in relazione alle modalità di svolgimento dello stesso, a quella indetta col precedente bando, senza alcuna previsione per coloro che, come la dr.ssa Stn., avevano comunque superato le prime due prove del primo dei due concorsi in questione e che non erano stati ammessi alla terza prova.

8. La stessa ricorreva avanti al TAR del Lazio per l'annullamento del secondo bando, deducendone la illegittimità nella parte in cui non aveva previsto lo scorrimento della graduatoria a proprio favore, quale idonea nelle prime due prove del primo concorso ma non ammessa alla terza prova. Impugnava, altresì, il provvedimento mai notificato e sconosciuto con cui la direzione centrale dell'Agenzia delle entrate si era determinata, dandone disposizione alle direzioni regionali, a non dar luogo allo scorrimento della graduatoria, formata in esito alla seconda prova, fino al raggiungimento del limite massimo dei posti a concorso aumentati del 40% ai fini dell'ammissione alla terza prova (tirocinio) della selezione in questione.

9. Con successivo atto di motivi aggiunti, la dr.ssa Stn. chiedeva l'annullamento della nota della direzione regionale del Veneto dell'1/8/08 nella parte in cui poteva essere intesa nel senso che si potesse far luogo allo scorrimento sino al giorno immediatamente precedente l'inizio del tirocinio e solo in caso di dichiarazione espressa di rinuncia alla prova da parte dei candidati ammessi.

10. Con ulteriore atto di motivi aggiunti, la stessa chiedeva l'annullamento del regolamento di amministrazione della Agenzia delle entrate approvato con delibera del comitato direttivo n. 4 del 30/11/00.

11. Con la sentenza n. 8743/09, adottata in forma semplificata, il TAR del Lazio, sezione II, accoglieva il ricorso, annullando le norme del bando impugnato che non prevedevano la diretta ammissione dei ricorrenti (mediante scorrimento della graduatoria già compilata nell'ambito della precedente procedura selettiva) alla prova indicata come tirocinio teorico-pratico integrato da una prova finale orale.

12. Appella l'Agenzia delle entrate, deducendo la erroneità della sentenza impugnata per i seguenti motivi:

12.1. inconfigurabilità dello scorrimento in termini di obbligo in capo alla P.A.;

12.2. inconfigurabilità in capo alla ricorrente della qualità di idonea;

12.3. inapplicabilità delle disposizioni richiamate dal TAR alle graduatorie intermedie;

12.4. insussistenza della violazione del principio di economicità.

13. Si è costituita in giudizio la dr.ssa Stn., contestando con puntuale memoria i motivi di appello dedotti dall'amministrazione e proponendo appello incidentale. In particolare, l'appellata fa rilevare:

13.1. che la qualità di idonea è correlata alla specificità della procedura in questione;

13.2. che la P.A. avrebbe omesso di motivare in ordine alla scelta di non dar luogo a scorrimento di graduatoria;

13.3. che si sarebbe verificata una violazione del patto di stabilità;

13.4. che la previsione di una terza prova (tirocinio teorico-pratico) sarebbe illegittima; per mancanza di pubblicità e predeterminazione dei criteri per lo svolgimento della prova;

13.5. che il regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle entrate sarebbe illegittimo nella parte in cui (art. 159) prevede la procedura speciale *de qua*.

14. In fase cautelare la sezione con ordinanza n. 6015 del 2009 ha accolto l'istanza di sospensione della sentenza impugnata proposta dall'amministrazione appellante.

15. L'appello è stato discusso alla udienza del 13 aprile 2010 e trattenuto in decisione.

Diritto

I. L'appello è fondato e deve essere accolto.

L'assunto dell'amministrazione appellante si fonda, sostanzialmente, su due argomenti:

lo scorrimento della graduatoria, in generale, non costituirebbe un obbligo per l'amministrazione, ma una sua scelta discrezionale;

lo scorrimento in ogni caso non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie, in quanto non sarebbe configurabile in capo alla appellata la qualità di idonea e in quanto la graduatoria relativa alla seconda prova del primo concorso, dove l'odierna appellata è risultata idonea e di cui si chiede lo scorrimento, sarebbe una graduatoria endoprocedimentale. Non vi sarebbe, poi, violazione del principio di economicità.

Entrambe le doglianze, nel loro complesso, appaiono fondate.

Con riguardo al primo profilo di doglianza (inconfigurabilità dello scorrimento in termini di obbligo per la P.A.) deve rilevarsi che la giurisprudenza, in modo pressoché unanime, è dell'avviso che la posizione vantata dal soggetto risultato idoneo in graduatoria, a seguito dell'espletamento di un pubblico concorso, non ha natura e consistenza di un diritto soggettivo, ma di mera aspettativa allo scorrimento della relativa graduatoria (C.d.S., sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 509; V, 1° marzo 2005, n. 794), essendo il c.d. scorrimento della graduatoria una facoltà eccezionale (e non un obbligo dell'amministrazione) e perciò espressione del suo ampio potere discrezionale (C.d.S., sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5611).

In modo ancor più puntuale è stato affermato che lo scorrimento della graduatoria, previa espunzione dei candidati cessati dal servizio, non può essere ritenuto un effetto automatico dell'esito del concorso e dell'applicazione delle regole concorsuali, ma presuppone una serie di accertamenti successivi all'approvazione della graduatoria ed alla individuazione dei vincitori del concorso (C.d.S., sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 205).

Tale orientamento non è stato minimamente intaccato dalla c.d. privatizzazione del pubblico impiego e dal passaggio delle relative controversie, salvo quelle di natura concorsuale, alla cognizione del giudice ordinario.

Ed invero la stessa Corte di cassazione (sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252) ha espressamente negato che il pubblico dipendente abbia diritto all'assunzione per effetto dello scorrimento della graduatoria, in quanto detto scorrimento costituisce l'effetto di una autonoma decisione dell'amministrazione stessa, rientrante nell'ambito degli atti di macro-organizzazione, con la conseguenza che il diritto all'assunzione è configurabile solo ove l'amministrazione abbia già assunto la determinazione di scorrimento, individuando così nuovi vincitori del concorso (cfr. Cons. Stato, IV sez., n. 5320/06; n. 509/08 cit.).

Ancora, le sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 14529 del 29 settembre 2003 hanno affermato che per i vincitori di un concorso pubblico è configurabile la posizione di diritto soggettivo ogni qualvolta il rapporto di impiego si costituisce mediante contratto e non già in virtù di atto unilaterale di nomina e che a tale posizione deve essere equiparata quella di chi rientra nel c.d. scorrimento della graduatoria, nell'intesa tuttavia che "...l'istituto del c.d. scorrimento della graduatoria, che consente ai candidati semplicemente idonei di divenire vincitori effettivi, precludendo l'apertura di nuovi concorsi, presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto": tale decisione è "...equiparabile, nella sostanza, all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori, ancorché mediante l'utilizzazione dell'intera sequenza di atti apertasi con il bando originario, recante la c.d. *lex specialis* del concorso, e conclusasi con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere".

Ne consegue che il c.d. scorrimento della graduatoria di un concorso (all'evidente fine di procedere all'assunzione degli idonei) costituisce frutto di un ampio potere discrezionale che, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, si sottrae al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva la sussistenza di macroscopici vizi di eccesso di potere per arbitrarietà, irrazionalità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, che nel caso di specie non emergono (cfr. dec. n. 509 cit.).

I presupposti di fatto e di diritto del mancato scorrimento sono tali da far ritenere sicuramente adeguata, ragionevole, razionale e non arbitraria l'azione della P.A., dando convincentemente atto dell'approfondito apprezzamento degli interessi pubblici coinvolti nella vicenda in esame che non possono ridursi alla mera valutazione dell'opportunità o meno di coprire i posti messi a concorso.

Una simile interpretazione dell'apprezzamento dell'interesse pubblico, certamente auspicata dal candidato che aspira allo scorrimento per ottenere il posto per cui ha partecipato al concorso, oltre che riduttivo, male si concilia con i più vasti orizzonti in cui si colloca l'azione amministrativa che, per essere conforme ai principi costituzionali di cui all'articolo 97 ed in particolare ai canoni di imparzialità e buon andamento deve tener conto – come del tutto correttamente è stato fatto in concreto – del lasso di tempo trascorso dal momento dell'indizione del concorso, delle modifiche legislative ed organizzative intervenute e delle aspettative legittime degli idonei dei concorsi le cui graduatorie siano ancora utilizzabili (cfr. decc. n. 5320/06 e 509/08 citt.).

E', invero, pacificamente accettato nel proprio agire l'amministrazione deve trovare il punto di sintesi fra le norme che ne governano l'esercizio, coniugando il principio di buon andamento ed imparzialità con quello di imparzialità e di accesso agli uffici pubblici.

Per quanto riguarda, poi, il secondo profilo di doglianza, riguardante la inconfigurabilità, in capo alla ricorrente, della qualità di idonea, e la conseguente mancanza di qualsiasi titolarità allo scorrimento della graduatoria, va anch'esso condiviso.

A prescindere, infatti, dalla considerazione che, per le ragioni in precedenza esposte, in ogni caso non sussiste in capo agli idonei una posizione giuridica di diritto soggettivo ad ottenere lo scorrimento della graduatoria, va rilevato che la qualità di idoneo si consegue da parte di chi, dopo aver superato tutte le prove concorsuali previste, nella graduatoria finale di merito si colloca, in ragione del punteggio riportato, in posizione non utile rispetto ai posti messi a concorso.

La posizione raggiunta nelle fasi intermedie della procedura selettiva, quale formalizzata dall'amministrazione ai fini dell'ammissione alle fasi successive della selezione, non dà luogo a poter conseguire la posizione di idoneo nella procedura selettiva, costituendo la collocazione nella graduatoria intermedia un atto infraprocedimentale, privo di effetti sulla graduatoria finale di merito.

Nella fattispecie in esame, l'appellata risultava aver superato la seconda fase selettiva, ma non essersi utilmente collocata nella graduatoria intermedia ai fini dell'ammissione al tirocinio teorico-pratico (terza prova) in ragione del punteggio conseguito, per indisponibilità di posti.

Non era, pertanto, configurabile in capo alla medesima la posizione di "idoneo" quale configurata dalle vigenti disposizioni in tema di procedure concorsuali presso le pubbliche amministrazioni, non sussistendo tale posizione prima della ultimazione della procedura concorsuale di cui si discute.

Erroneamente, quindi, il TAR ha ritenuto applicabile l'istituto dello scorrimento a soggetti non qualificabili come "idonei", ma solo candidati non ammessi ad una delle prove selettive (nella fattispecie, l'ultima): per essere ammessi alla terza prova non era, infatti, sufficiente aver

ottenuto nella precedente un punteggio pari ad almeno 24/30, in quanto bisognava, altresì, rientrare nel numero dei posti fissati dal bando, il che per l'appellata non si è verificato.

Né vale, al riguardo, il richiamo operato dal TAR alle disposizioni in materia di validità delle graduatorie concorsuali (artt. 15, comma 7, del DPR n. 487 del 1994, artt. 13 e 39 della l. n. 449 del 1997, art. 20, comma 3, della l. n. 488 del 1999 e art. 51 della l. n. 388 del 2000) riferendosi dette disposizioni alle graduatorie di merito, approvate e pubblicate in esito alla conclusione delle procedure concorsuali, contenenti l'elenco dei vincitori e degli idonei, come si evince dalla prevista decorrenza di validità delle graduatorie dalla data di approvazione o pubblicazione delle medesime, adempimento previsto solo con riguardo alle graduatorie finali (art. 15, comma 5, del DPR n. 487 del 1994).

Ugualmente condivisibile il profilo di doglianza con cui si censura, da parte del TAR, la ritenuta violazione del principio di economicità, quale espressione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

Detto principio, invero, è uno dei principi informatori dell'azione della pubblica amministrazione, ma non è il solo e la sua applicazione va temperata con altri fondamentali principi informatori dell'attività pubblica, quale l'art. 97, comma 3, Cost., secondo cui agli impieghi pubblici si accede mediante concorso, inteso quale procedura selettiva preconfigurata, diretta alla selezione degli elementi più meritevoli e più dotati professionalmente.

Ipotizzare risparmi di spesa attraverso l'utilizzazione di soggetti ritenuti idonei, ma che tali in realtà non sono, per quanto si è già detto, significherebbe andare indubbiamente incontro agli auspici dei candidati, ma altresì sacrificare la ricerca dei soggetti più idonei e professionalmente dotati, opzione questa che, se pur riservata alla scelta discrezionale dell'amministrazione, non appare comunque in linea con i principi costituzionali che regolano la materia dell'accesso ai pubblici impieghi e l'organizzazione dei pubblici uffici.

II. Alla stregua di tali considerazioni l'appello principale deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata, e dichiarato improcedibile l'appello incidentale.

La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione IV, accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di I grado. Dichiarata improcedibile l'appello incidentale.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile.