

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3245 del 2006, proposto da:

Di Paola Angelo, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Azienda Sanitaria Locale Av1 -Ariano Irpino, rappresentato e difeso dall'avv. Renato Benincasa, con domicilio eletto presso Giovan Battista Santangelo in Roma, via Giovanni Battista De Rossi,30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE II n. 00145/2005, resa tra le parti, concernente CONCORSO PUBBLICO PER 7 POSTI DI DIRIGENTE AMMINISTRATIVO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2011 il Cons. Roberto Chieppa e uditi per le parti gli avvocati Izzo e Lemmo, su delega dell' avv. Benincasa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 146/2005 il Tar Campania, sezione di Salerno, ha respinto il ricorso proposto da Angelo Di Paola avverso il bando di concorso pubblico per titoli ed esami, per la copertura di n. 7 posti di dirigente amministrativo, indetto dall'Azienda Sanitaria Locale AV/1 – Ariano Irpino, e pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Campania n. 54 del 15.11.2004.

Angelo Di Paola ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

L'Azienda Sanitaria Locale di Avellino si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso (senza rappresentare l'esistenza di soggetti controinteressati rispetto all'azione di annullamento del bando in parte qua).

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione dell'indizione di un nuovo bando di concorso da un candidato risultato idoneo nel precedente concorso e che invoca lo scorrimento della graduatoria.

Il giudice di primo grado ha aderito alla tesi, secondo cui l'amministrazione è libera di scegliere tra indizione di un nuovo concorso e scorrimento della graduatoria, non essendo tenuta neanche a motivare le ragioni della scelta.

L'appellante deduce che il Tar avrebbe pronunciato ultra petita con riguardo alla questione della pretesa di assunzione a seguito di scorrimento della graduatoria e che, nel merito, in presenza di una graduatoria valida l'amministrazione sarebbe tenuta ad attingere ad essa, anziché bandire un nuovo concorso (scelta che andrebbe, comunque, motivata).

Non è in discussione nel caso di specie la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la giurisdizione del giudice ordinario sullo scorrimento della graduatoria e sull'assunzione è comunque esclusa quando viene contestato un provvedimento di indizione di un nuovo concorso da chi ha interesse allo scorrimento della graduatoria; l'interessato, in tal caso, chiede tutela nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, con la conseguenza che a quest'ultimo corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela deve essere accordata dal g.a., ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.P.R. n. 165/2001 (Cass., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20107; 20 agosto 2009 n. 18499).

E' noto che attraverso lo " scorrimento della graduatoria" le amministrazioni possono attingere dall'elenco di idonei non vincitori di graduatorie ancora valide per coprire posti, resisi disponibili dopo l'espletamento del concorso, evitando in questo modo di dover bandire un nuovo concorso.

Secondo parte della giurisprudenza amministrativa si tratterebbe di una facoltà dell'amministrazione, che potrebbe anche decidere di bandire un nuovo concorso (Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 5637), mentre per la giurisprudenza civile gli idonei di una graduatoria in corso di validità avrebbero un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione nel caso in cui l'amministrazione decida di coprire il posto vacante; la discrezionalità sarebbe limitata alla decisione di coprire il posto, che, una volta presa, dovrebbe necessariamente condurre ad utilizzare lo strumento dello scorrimento della graduatoria (Cass. civ., sez. un., 29 settembre 2003 n. 14529).

Anche di recente la giurisprudenza amministrativa si è divisa tra la tesi della non necessità della motivazione della indizione di una nuova procedura concorsuale in luogo dello scorrimento di una precedente graduatoria ancora efficace (Consiglio di stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7243) e l'opposto orientamento, secondo cui quando l'amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità, ritenga di procedere a nuove assunzioni, essa, in ossequio al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., è tenuta a utilizzare la graduatoria ancora efficace, non potendo indire un nuovo concorso, a meno che non ricorrano particolari ragioni, da esplicitare adeguatamente nella motivazione del bando (Consiglio di stato, sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 668).

Il Collegio rileva che la peculiarità del caso di specie è decisiva per la soluzione della controversia.

Infatti, il ricorrente era risultato idoneo (9° posto) nella graduatoria del concorso pubblico per n. 6 posti di Dirigente Amministrativo, indetto dall'A.S.L. approvata con deliberazione n. 1168 del 18.7.2003 e la suddetta graduatoria era stata immediatamente utilizzata, mediante scorrimento, per coprire un posto di dirigente amministrativo rimasto scoperto a seguito di rinuncia all'assunzione del primo classificato del concorso con assunzione del candidato classificatosi al settimo posto.

Immediatamente dopo l'assunzione (1.4.2004), altri due vincitori dello stesso concorso hanno rinunciato (in data 1.8.2004), lasciando, quindi, scoperti due posti, ma l'amministrazione, invece di procedere allo scorrimento della graduatoria ancora efficace, ha dapprima emanato un avviso di mobilità per n. 5 posti di dirigente amministrativo e successivamente indetto un concorso pubblico per la copertura di n. 7 posti di dirigente amministrativo (in forza di delibera del Direttore Generale n. 847 del 7.10.2004, con bando pubblicato sul B.U.R.C. n. 54 del 15.11.2004).

Per due dei posti banditi con il nuovo concorso si trattava dei medesimi posti, oggetto della graduatoria in corso di validità, a cui l'amministrazione aveva appena attinto per sostituire il primo rinunciatario.

La scelta di procedere per tali due posti al nuovo concorso non ha trovato alcuna ragionevole giustificazione e si pone in contrasto con il già avvenuto utilizzo della graduatoria e il minimo lasso temporale trascorso tra le assunzioni e la rinuncia di due vincitori.

Di conseguenza, limitatamente all'interesse del ricorrente (un posto), la indizione del concorso va dichiarata illegittima, avendo dovuto l'amministrazione procedere allo scorrimento della graduatoria e non avendo la stessa amministrazione indicato alcuna valida ragione per una contraria scelta (per l'ulteriore posto, analogo ricorso di altro idoneo, classificatosi 8°, è stato deciso con lo stesso esito in data odierna).

3. In conclusione, il ricorso in appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, va accolto il ricorso di primo grado con annullamento dell'impugnato bando nei limiti dell'interesse del ricorrente (un posto).

Tenuto conto dei contrastanti orientamenti della giurisprudenza, ricorrono i presupposti per la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado, annullando l'impugnato bando nei limiti dell'interesse del ricorrente.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 04/03/2011