

N. 03284/2015REG.PROV.COLL.

N. 01909/2014 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1909 del 2014,

rappresentati e difesi dall'avv. Elena Caretta, con domicilio eletto presso Giovanni Bertoni in Roma, Via Flaminia, n. 171;

contro

rappresentati e difesi dagli avv. Fabrizio Proietti, Fabio Raponi, con domicilio eletto presso Fabrizio Proietti in Roma, Via Pavia, n. 30;

nei confronti di

Istituto Superiore di Sanità; Ministero della Salute, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 07929/2013, resa tra le parti, concernente previsione per il triennio 2012/2014 di progressioni dal livello di "ricercatore" al livello superiore di "primo ricercatore" mediante attingimento dalle graduatorie ancora vigenti delle procedure selettive già espletate nel 2009;

*(omissis)*

1. - I ricorrenti in primo grado, ricercatori dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS), impugnavano la delibera n. 10 del 30 novembre 2011 recante previsione per il triennio 2012-2014 di progressioni dal livello "ricercatore" al livello superiore "primo ricercatore" mediante utilizzazione delle graduatorie delle procedure selettive già espletate nel 2009, nonché la delibera n. 8, allegata al verbale del c.d.a. del 30 novembre 2011, indicativa del fabbisogno di personale dell'ISS per il triennio 2011-2013 da assegnare con il sistema delle progressioni ex art. 15 CCNL 2002-2005, relativo al comparto delle Istituzioni e Enti di ricerca e sperimentazione stipulato il 7 aprile 2006 (posti n. 6 per il 2012, n. 4 per il 2013).

Con le delibere oggetto di impugnazione si prevedeva, ai fini della progressione, lo scorrimento delle graduatorie vigenti, relative alle procedure selettive espletate nel 2009, indette con decreto n. 375/2007. La selezione bandita con il decreto citato consentiva l'accesso ai soli ricercatori con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in servizio alla data di pubblicazione del bando; i ricorrenti non avrebbero, pertanto, potuto accedervi, avendo ottenuto una stabilizzazione del rapporto lavorativo solamente nel 2008. Assumono gli istanti che lo scorrimento della precedente graduatoria a scapito di una ulteriore procedura selettiva leda gravemente i loro interessi e le loro future aspettative di progressione di carriera in violazione dell'art. 35, comma 5-ter, del d.lgs. n. 165/2001, degli artt. 23 e 62 del d.lgs. n. 150/2009, dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 15, comma 5, del CCNL per mancata valutazione delle competenze professionali e dei risultati individuali raggiunti nel tempo, nonché per difetto di motivazione.

2. - Con sentenza n. 7929/2013 il TAR del Lazio ha accolto il ricorso per violazione dell'art. 15, comma 5, del CCNL, nella parte in cui l'Amministrazione privilegia per la copertura dei posti vacanti gli idonei di una procedura selettiva cristallizzata al 2008 senza tener conto dell'effettivo sviluppo delle competenze professionali e del criterio meritocratico che presiede alle procedure in questione. Il principio di preferenza per lo scorrimento delle graduatorie rispetto alla indizione di un nuovo concorso di cui all'articolo 35, comma 5-ter, del testo unico del pubblico impiego come interpretato dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 14 del 2011 ammette eccezioni tra le quali rientrano 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. Nel caso di specie ricorrono tali condizioni dal momento che: - l'art. 23 del decreto legislativo n. 150 del 2009 stabilisce che "le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione"; - l'art. 52, comma 1 bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 62 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009, prevede che: *"le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito"*; - che in coerenza con le suddette disposizioni l'art. 15 del citato CCNL 2002-2005, relativo al comparto delle Istituzioni e Enti di ricerca e sperimentazione stipulato il 7 aprile 2006 dispone che: *"L'accesso al II livello del profilo di ricercatore e tecnologo avviene anche attraverso procedure selettive affidate ad apposite Commissioni esaminatrici finalizzate all'accertamento del merito scientifico ovvero tecnologico, attivate con cadenza biennale all'interno dei profili di ricercatore e tecnologo. (...)".*

3. - Avverso la sentenza del TAR Lazio hanno proposto appello gli intervenienti *ad opponendum* in primo grado ed uno degli altri controinteressati, sostenendo che l'interpretazione dell'art. 15 CCNL offerta dal giudice di prime cure è erronea dal momento che tale disposizione prevede l'accesso "anche" attraverso procedure selettive da attivare con cadenza biennale. La cadenza biennale è prevista quindi dall'art. 15 come mera possibilità, eventuale e residuale e non come prescrizione

inderogabile. Stante la carenza di risorse, in base ai principi fissati dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 14 del 2011, il ricorso a tale procedura, invece che allo scorrimento di graduatorie già esistenti, deve quindi essere congruamente motivato, soprattutto alla luce delle esigenze di sostenibilità finanziaria (in questo senso lo stesso TAR Lazio si è già pronunciato con almeno 4 ordinanze in casi analoghi). Inoltre, la sentenza in questa sede impugnata ha accolto il ricorso sulla base di una eccezione prevista dalla sentenza n. 14 al principio di preferenza delle graduatorie quale la cadenza biennale. Il TAR ha così implicitamente riconosciuto che la procedura di selezione di cui all'art. 15 del CCNL rientra tra le procedure concorsuali previste dall'art. 35 del TU sul pubblico impiego, a cui si applica quindi la proroga delle graduatorie e i principi di diritto stabiliti dalla sentenza n.14 della Adunanza plenaria. Con riferimento alle procedure concorsuali previste dall'art. 35 appena citato, è successivamente intervenuta la normativa recata dall'art. 4, comma 3, lettera b), del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013 che ha previsto, senza eccezioni, l'obbligo delle amministrazioni di verificare, prima di ottenere l'autorizzazione per nuove procedure concorsuali, la *“assenza, nella stessa amministrazione, di idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti e approvate a partire dal 1 ° luglio 2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza”*. Inoltre lo stesso art. 4, al successivo comma 4, prevede che la vigenza delle graduatorie è prorogata fino al 31/12/2016. In base alla normativa vigente dopo l'entrata in vigore di queste disposizioni l'Amministrazione, in sede di rinnovazione degli atti annullati dal TAR, applicando lo *ius superveniens* non potrà che emanare quindi atti dello stesso identico contenuto, nel senso che, per la copertura del fabbisogno del personale del triennio indicato dalla delibera n. 10/2012, si dovrà obbligatoriamente far riferimento alle graduatorie ancora in vigore. Infine gli appellanti ricordano che l'art. 15 del CCNL, che prevede lo svolgimento della procedura selettiva, al comma 7, prevede che le risorse per l'applicazione delle procedure di cui ai precedenti commi sono definite in sede di approvazione del bilancio di previsione dell'Ente in modo da garantire la copertura di un congruo numero di posti. In mancanza di adeguate risorse, l'Ente dovrà necessariamente utilizzare le graduatorie di anni precedenti, atteso che il medesimo CCNL non prevede né una scadenza di validità delle graduatorie né un automatismo tra la selezione biennale e l'avanzamento nel medesimo biennio.

4. – Si sono costituiti in giudizio gli appellati, chiedendo il respingimento dell'appello in quanto inammissibile, improcedibile ed infondato. In via preliminare eccepiscono la carenza di interesse di due degli appellanti (R.F e C.M) in quanto appartenenti ad un profilo diverso (*“tecnologo”* e non *“ricercatore”*) rispetto a quello oggetto di pronuncia da parte del giudice di prime cure. Nel merito, dopo una puntuale ricostruzione del quadro normativo già richiamato nel ricorso introduttivo e dalla sentenza del TAR, ritengono infondato il primo motivo di appello perché non tiene in alcun conto le prescrizioni di legge, le circolari ministeriali e i ripetuti orientamenti giurisprudenziali consolidati del Consiglio di Stato alla luce dei quali l'obbligo di scorrimento delle preesistenti graduatorie non può applicarsi al diverso caso in cui la graduatoria degli idonei non sia stata approvata all'esito di concorso pubblico, ma di selezione interna. L'uso della congiunzione *“anche”* nel testo dell'art. 15 del CCNL non esclude affatto il carattere biennale della selezione, ma fa riferimento all'altra possibilità che, alla luce della normativa vigente, è il concorso pubblico e non certo lo scorrimento di precedenti graduatorie di procedure selettive interne. Altrettanto infondato è il secondo motivo di appello relativo agli effetti attribuiti allo *jus superveniens* recato dall'art. 4, comma 3, del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013, che non potrebbe applicarsi in via retroattiva e che comunque non avrebbe altro esito che quello di rendere improcedibile l'appello. Inoltre la proroga delle graduatorie di cui al successivo comma 4 del medesimo art. 4 del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013 non si applica alle procedure di selezione interna, che non possono essere assimilate ai concorsi pubblici, a cui la norma espressamente si riferisce. Infatti la circolare n. 5 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica ha chiarito che l'art. 4, comma 4, citato proroga *“l'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato”* con evidente esclusione di altri tipi di graduatorie. Con riferimento alle procedure

per le progressioni tra le aree, la circolare precisa che *“resta fermo il principio che, per effetto del richiamato articolo 24, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009, l'utilizzo delle graduatorie relative ai passaggi di area banditi anteriormente al 1 gennaio 2010, in applicazione della previgente disciplina normativa, è consentito al solo fine di assumere i candidati vincitori e non anche gli idonei della procedura selettiva”*. Infine gli appellati contestano anche il terzo motivo di appello, deducendo l'assenza di qualsivoglia prova in relazione alle effettive esigenze di contenimento della spesa dell'ISS che, comunque, non potrebbero giustificare né tantomeno legittimare la violazione delle norme di legge indicate. Ripropongono infine, nella denegata ipotesi di un accoglimento dei motivi di appello, i motivi di ricorso assorbiti in primo grado.

Con una ulteriore memoria di replica, gli odierni appellati segnalano che, irritualmente in sede di deposito di una istanza di prelievo, invece che con apposita memoria, gli appellanti hanno depositato anche due sentenze del TAR Lazio (n. 7513 e n. 7514 del 14 luglio 2014) che si sarebbero pronunciate a favore delle tesi da essi sostenute e quindi opposte rispetto alla sentenza in questa sede appellata. Al riguardo, gli appellati fanno presente che entrambe le sentenze sono state successivamente sospese con le ordinanze del Consiglio di Stato nn 5718/2014 e 5733/2014, le quali hanno consentito esplicitamente il prosieguo della procedura selettiva già oggetto di annullamento da parte della sentenza del TAR. L'argomento secondo il quale le disposizioni dell'art. 15 del CCNL non avrebbero rango legislativo - non ha fondamento anche perché l'art. 15 dà svolgimento a principi contenuti in disposizioni legislative quali l'art. 23 del decreto legislativo n. 150 del 2009 e l'art. 52, comma 1 bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 62 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009, come ha correttamente ricordato la sentenza del TAR impugnata in questa sede. Si ribadisce infine che le disposizioni sullo scorrimento delle graduatorie e le relative proroghe riguardano solo le graduatorie di concorsi pubblici.

5. - La causa è stata discussa ed è passata in decisione alla udienza pubblica del 26 febbraio 2014.

6. - L'appello è infondato.

6.1. - Il Collegio decide preliminarmente di prescindere dall'esame delle eccezioni di rito sollevate dagli appellati in ordine alla inammissibilità dell'appello per la eterogeneità o la carenza di interesse tra gli appellanti, essendo l'appello chiaramente infondato nel merito una volta che sia esattamente individuata la normativa da applicare all'oggetto della controversia.

6.2. - Occorre esporre preliminarmente il quadro normativo entro il quale la intera vicenda si colloca secondo la sentenza del TAR e secondo le argomentazioni delle parti in sede di appello per verificarne l'applicabilità allo specifico caso in esame:

- l'art. 15 del citato CCNL 2002-2005, relativo al comparto delle Istituzioni e Enti di ricerca e sperimentazione, stipulato il 7 aprile 2006, dispone che *"L'accesso al II livello del profilo di ricercatore e tecnologo avviene anche attraverso procedure selettive affidate ad apposite Commissioni esaminatrici finalizzate all'accertamento del merito scientifico ovvero tecnologico, attivate con cadenza biennale all'interno dei profili di ricercatore e tecnologo. (...)"*;

- l'art. 35, comma 5-ter, del d.lgs. n. 165/2001 introdotto dall'art. 3, comma 87, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 - legge finanziaria 2008 - prevede che: *"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"*;

- l'art. 23 del decreto legislativo n. 150 del 2009 stabilisce che: *"Le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione"*;

- l'articolo 24 del medesimo d.lgs. n. 150/2009, al comma 1, prevede che: *"Ai sensi dell'articolo 52, comma 1-bis, del decreto legislativo n.165 del 2001, come introdotto dall'articolo 62 del presente decreto, le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal primo gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni"*.

- l'articolo 62 del medesimo d.lgs. n. 150/2009 introduce il comma 1-bis all'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, secondo il quale: *"Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'Amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso"..... "Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito"*.

6.3. – L'art. 35, comma 5-ter, del d.lgs. n. 165/2001 soprarichiamato deve essere interpretato alla luce dei principi di diritto da esso dedotti dalla sentenza della Adunanza Plenaria n. 14 del 28 luglio 2011, che hanno rafforzato ed esteso la preferenza a favore dello scorrimento delle graduatorie ancora vigenti, richiedendo una congrua motivazione per la indizione di un nuovo concorso. La sentenza n. 14 ha però nel contempo fissato precisi limiti, quando ricorrano circostanze che giustifichino oggettivamente un nuovo concorso, esemplificativamente indicate nella stessa sentenza. La sentenza n. 14 afferma infatti: *"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"*. Inoltre la sentenza osserva che, agli stessi fini, *"in particolare 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...."*. La stessa sentenza n. 14 ha applicato quest'ultimo criterio al caso al suo esame, (deducendo una ulteriore ragione di rigetto della opposta istanza e affermando nel contempo in tal caso la non necessità di una esplicita motivazione, che, in presenza di adeguati atti istruttori relativi alla programmazione delle assunzioni, è definita ridondante. La giurisprudenza di questa Sezione ne ha logicamente dedotto che la motivazione espressa non è necessaria nei casi in cui le ragioni che giustificano lo svolgimento del concorso hanno un carattere evidente ed oggettivo e sono richiamate dagli atti che lo deliberano (Consiglio di Stato, Sezione III n.100/2014, 4119/2014, 4185/2014, 4438/2014, 4999/2014, n. 5011/2014, 2153/2015).

6.4. – Con particolare riferimento al secondo motivo di appello devono essere considerate, a completare il quadro normativo rilevante per la presente causa, le disposizioni dell'art 4, comma 3, lettera b), del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013, sopravvenute rispetto allo svolgimento della vicenda oggetto della presente causa che prevedono che : *"Per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, gli enti pubblici non*

*economici e gli enti di ricerca, l'autorizzazione all'avvio di nuove procedure concorsuali, ai sensi dell'articolo 35, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, è subordinata alla verifica: a) dell'avvenuta immissione in servizio, nella stessa amministrazione, di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica, salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate; b) dell'assenza, nella stessa amministrazione, di idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti e approvate a partire dal 1° gennaio 2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza". L'art. 4, comma 4, dello stesso decreto prevede che "L'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni, è prorogata fino al 31 dicembre 2016."*

6.5. – Definito il quadro normativo chiamato in causa dalla sentenza del TAR e dagli atti delle parti nel giudizio di appello, deve definirsi l'oggetto della presente controversia per stabilire quali norme e connesse interpretazioni giurisprudenziali siano ad esso applicabili. A tal fine occorre in primo luogo stabilire se la progressione dal livello "ricercatore" al livello superiore "primo ricercatore" rientri tra le progressioni all'interno della stessa area o tra le progressioni tra aree diverse, dal momento che il comma 1-bis dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 introdotto dall'articolo 62 del d.lgs. n. 150/2009 ha stabilito procedure completamente diverse per i due tipi di progressioni con conseguenze rilevanti.

6.6. – La questione non è affrontata nella sentenza impugnata né negli atti depositati dalle parti nel presente giudizio. Essa è invece risolta nella precedente sentenza parziale nello stesso giudizio n. 9602/2012, passata in giudicato, con la quale il TAR ha affermato la propria giurisdizione facendo riferimento alla decisione 19 aprile 2011, n. 8924 delle SS. UU della Cassazione, che ha stabilito che *"il passaggio dal livello di ricercatore al livello superiore non costituisce una migliore posizione sul piano meramente retributivo o una qualifica superiore nell'ambito di un'area omogenea, ma configura una posizione funzionale qualitativamente diversa, l'accesso alla quale integra una modalità di progressione verticale"*. Si pronuncia nello stesso senso - pur senza trarne tutte le conseguenze in ordine alla permanente vigenza dell'art. 15 del CCNL più volte citato- la recentissima sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato n. 2606/2015, che qualifica espressamente il passaggio al profilo professionale di Primo Ricercatore come *"passaggio da un livello ad un altro di carattere superiore assimilabile ad un passaggio di area"*. Ciò nonostante che l'ente di ricerca interessato in quel caso, il CNR, avesse chiesto il rigetto del ricorso sostenendo che la procedura in argomento consisteva in una selezione interna alla quale non erano applicabili né i principi espressi dall'Adunanza plenaria, n. 14/2011, né le previsioni contenute nel decreto legge n. 101 del 2013.

6.7. – Per quanto riguarda il presente giudizio, la sentenza parziale n. 9602/2012 è passata in giudicato e dunque gli effetti delle sue statuizioni devono essere necessariamente acquisiti nel presente giudizio. Va anche detto che questo Collegio è in ogni caso altrettanto convinto che sussista la giurisdizione del giudice amministrativo e che tale giurisdizione si fondi, come affermato dal TAR nella sentenza parziale n. 9602/2012, sul fatto che la progressione da ricercatore a primo ricercatore in questione costituisca una progressione di tipo verticale nella disciplina legislativa e regolamentare del personale degli enti di ricerca (si veda in particolare per l'Istituto superiore di sanità l'art. 8 del regolamento per il reclutamento del personale emanato il 3 ottobre 2002, che prevede distinti concorsi pubblici per i diversi livelli del profilo professionale dei ricercatori) e che tale qualificazione rappresenti il necessario presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo in materia. Lo stesso TAR, tuttavia, nella successiva sentenza n. 7929/2013, impugnata nel presente giudizio, non ha tratto le necessarie conseguenze di quanto già statuito con

la precedente sentenza parziale e ha ritenuto che la questione controversa potesse risolversi sulla base della vecchia normativa dell'art. 15 del citato CCNL 2002-2005, relativo al comparto delle Istituzioni e Enti di ricerca e sperimentazione, stipulato il 7 aprile 2006 e della nuova normativa di cui all'art. 23 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009, nella parte in cui disciplina le progressioni all'interno alla stessa area, senza rilevare la differenza e il contrasto con quanto precedentemente statuito.

6.8. – In base alla precedente sentenza parziale 9602/2012 nello stesso giudizio, passata in giudicato e se non bastasse, in base alle convinzioni di questo Collegio, la fattispecie oggetto di questo giudizio deve qualificarsi come progressione tra aree diverse e devono quindi applicarsi, dal 1° gennaio 2010, gli articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009, nelle parti in cui disciplinano le progressioni di carriera di tipo verticale disponendo che le amministrazioni possano provvedervi solo attraverso il concorso pubblico con adeguata riserva di posti per il personale interno. Va ricordato che tale normativa si pone in diretta applicazione dei principi costituzionali in quanto, come viene affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, è stata introdotta dal decreto legislativo n. 150 per conformarsi a numerose sentenze della Corte costituzionale che hanno così interpretato l'art. 97, quarto comma, della Costituzione (*ex plurimis*, sentenze n. 7 e n. 108 del 2011, n. 159 del 2005, n. 34 del 2004, n. 218 e n. 194 del 2002, n. 1 del 1999).

6.9. – L'art. 15 del CCNL 2002-2005 relativo al comparto delle Istituzioni e Enti di ricerca e sperimentazione stipulato il 7 aprile 2006 che costituisce il fondamento normativo – per la verità fin dall'origine assai incerto quanto alla appropriatezza della fonte - delle procedure selettive oggetto della presente controversia, deve ritenersi definitivamente superato dalla normativa sopravvenuta da fonte legislativa con gli articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009 in tema di progressioni verticali. Va infatti ricordato che, in base all'art. 97, comma quarto, della Costituzione devono essere stabilite per legge, e non dalla contrattazione collettiva, le modalità di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le loro modificazioni.

6.10. - Dopo l'entrata in vigore degli articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009 non può pertanto procedersi allo svolgimento di nuove procedure selettive con le modalità previste dall'art. 15 del CCNL e tanto meno può procedersi allo scorrimento di graduatorie risultanti dalle procedure selettive precedentemente svoltesi. Al riguardo la circolare n. 11786 del 22 febbraio 2011 del Dipartimento della Funzione Pubblica vieta di ricorrere allo scorrimento di graduatorie relative ad idonei delle progressioni verticali a decorrere dal 1° gennaio 2010. La successiva circolare n. 5 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica, precisa che *«resta fermo il principio che, per effetto del richiamato articolo 24, comma 1, del d.lgs. 150/2009, l'utilizzo delle graduatorie relative ai passaggi di area banditi anteriormente al 1 gennaio 2010, in applicazione della previgente disciplina normativa, è consentito al solo fine di assumere i candidati vincitori e non anche gli idonei della procedura selettiva»*.

6.11. - Secondo gli stessi principi di diritto fissati dalla sentenza n. 14 dell'Adunanza plenaria, riportati al punto 6.4., esclude lo scorrimento delle graduatorie *“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”*. Si deve pertanto intendere che a maggior ragione ciò deve avvenire se ad essere modificati sono il tipo di fonte regolatrice e la complessiva procedura. Più in generale deve affermarsi che i principi di diritto enucleati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14 e le stesse norme generali sulla durata della validità delle graduatorie di cui all'art. 35, comma 5-ter del d.lgs. 165/2001 con le relative proroghe sono applicabili alle sole graduatorie derivanti da concorsi pubblici. Il principio di preferenza per lo scorrimento delle graduatorie risulta infatti nell'attuale sistema normativo logicamente connesso al regime proprio del concorso pubblico – esteso e rafforzato dalla normativa introdotta con il d.lgs. n. 150 del 2009 - e al sistema di garanzie da cui il

regime del concorso pubblico è connotato. La sentenza n. 14 infatti argomenta il valore giuridico attribuito – alla luce della validità triennale loro riconosciuta dall’art. 35, comma 5-ter, del d.lgs.n. 165/2001- alle graduatorie di precedenti concorsi ancora vigenti rispetto alla indizione di un concorso pubblico proprio sulla base del fatto che anche le graduatorie sono il risultato di un concorso pubblico e dunque meritano pari tutela di ordine costituzionale rispetto alla indizione di un nuovo concorso. Nello specifico, al punto 43 della citata sentenza della Adunanza Plenaria n.14, si legge: *“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”*.

6.12. – La sentenza n. 14 della Adunanza plenaria è essenzialmente basata sul primato del concorso pubblico e quindi conferma che ai soli concorsi pubblici si riferiscono le norme da cui essa muove dell’art. 35, comma 5 – ter, che ampliano il termine generale di validità delle graduatorie. Lo confermano anche una attenta analisi testuale e in particolare l’analisi della norma fondamentale all’art. 1, comma 1, lettera a), che imposta lo stesso concetto di procedura concorsuale a cui l’art. 35 si riferisce. Questa norma stabilisce che le procedure per il reclutamento per le pubbliche amministrazioni sono quelle che *“garantiscono in misura adeguata l’accesso dall’esterno”*, con le modalità di pubblicità, imparzialità e trasparenza stabilite dal successivo comma 3 dello stesso articolo. L’art. 35 regola dunque senza ombra di possibile dubbio solo i concorsi pubblici o quelli comunque ad essi riconducibili quanto ai destinatari e alle garanzie. Va intesa allo stesso modo anche la normativa più recente di cui all’art. 4 del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013, che si riferisce solo alle procedure di reclutamento di cui all’art. 35, come riconosce lo stesso appellante nella seconda parte dell’appello. Infatti, il comma 3 ha tradotto in norma legislativa esplicita il principio di preferenza per lo scorrimento delle graduatorie, ma con espresso riferimento alle procedure di reclutamento di cui all’art. 35 e deve essere pertanto interpretato secondo la stessa logica tracciata dalla sentenza n.14, dalla quale non si discosta. Coerentemente al comma 4 dello stesso articolo è prorogata fino al 31 dicembre 2016 *“l’efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato”*, con esclusione quindi della proroga di altre procedure selettive non riconducibili a concorsi pubblici.

6.13. – In senso conforme alla linea interpretativa sopra delineata per l’applicabilità della normativa generale in materia di validità delle graduatorie ai soli concorsi pubblici va il parere reso dall’Adunanza generale del Consiglio di Stato (parere n. 4625/2012 del 6 novembre 2012, espresso sull’affare 05099/2011). Il parere reso in questa circostanza dall’Adunanza generale afferma che il principio della preferenza per lo scorrimento della graduatoria *“non può applicarsi al diverso caso in cui la graduatoria degli idonei non sia stata approvata all’esito di concorso pubblico, ma di selezione interna”* in quanto *“La disomogeneità tra i due termini di comparazione (progressione verticale in base a procedura selettiva interna e concorso pubblico) non permette di derogare alla regola, imposta dalla sopravvenuta normativa con la decorrenza ivi indicata, del concorso pubblico, così impedendo il ricorso alla facoltà di scorrimento della graduatoria”*. Lo stesso parere ha conseguentemente escluso che, a partire dal 1° gennaio 2010, l’Amministrazione possa utilizzare gli esiti di procedure di selezione interna, bandite anteriormente a tale data, rilevando che la riforma della modalità di reclutamento di personale per le fasce funzionali superiori (progressioni di carriera), introdotta dagli articoli 24 e 62 del decreto comporta la sostanziale abrogazione delle progressioni verticali interne a decorrere dal 1° gennaio 2010.

6.14. - Sulla scia del parere reso dall’Adunanza generale, la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, ha valorizzato l’indirizzo per la quale le norme generali sulla durata della

validità delle graduatorie di cui all'art. 35, comma 5-ter del d.lgs. 165/2001 con le relative proroghe e il principio della preferenza per lo scorrimento della graduatoria non si applicano alle procedure selettive che non costituiscano concorsi pubblici. Tale più recente giurisprudenza deduce direttamente dalla sentenza n. 14/2011 dell'Adunanza plenaria il principio per cui l'utilizzabilità delle preesistenti graduatorie non costituisce una deroga alla regola costituzionale del concorso, né introduce un procedimento alternativo a tale modalità di selezione del personale, ma consiste in un sistema di reclutamento compiuto nel rispetto dei principi costituzionali, che non può applicarsi al diverso caso in cui la graduatoria degli idonei non sia stata approvata all'esito di concorso pubblico, ma di selezione interna. Tale prevalente indirizzo interpretativo è espresso da ultimo dalle sentenze del Consiglio di Stato – Sezione IV - n. 136/2014 e - Sezione V - n. 2606/2015, che sono successive anche alla entrata in vigore delle disposizioni dell'art. 4, commi 3 e 4, del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013 e dunque ne interpretano nello stesso senso gli effetti.

6.15. - Il Collegio non ignora neppure la pronuncia in senso contrario da parte della Sesta sezione del medesimo Consiglio di Stato (n. 1061/2015), la quale, partendo dal presupposto che l'art. 97 della Costituzione, nel prevedere come regola per l'accesso al pubblico impiego il concorso pubblico, fa comunque salvi “*i casi stabiliti dalla legge*”, non escludendo forme concorsuali atipiche, ha ritenuto che anche in relazione a queste forme, che presentando differenze formali e sostanziali rispetto ai concorsi pubblici per il reclutamento dall'esterno di nuovo personale, sia applicabile l'istituto dello scorrimento. Secondo tale pronuncia lo scorrimento dovrebbe applicarsi anche alle procedure interne di tipo “verticale” per non introdurre discriminazioni per i soggetti, dichiarati idonei in un concorso interno, che implichi novazione del rapporto di lavoro con passaggio ad una categoria superiore, di fatto costituendo “*assunzione*”, equipollente a quella disciplinata dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001. Tuttavia, questo Collegio, ritiene che, come dimostrato nei precedenti punti, a norma del citato art. 97 della Costituzione, la legge ha da ultimo chiaramente disposto in materia con i più volte citati articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009. Pertanto, dopo la loro entrata in vigore, le procedure selettive diverse dai concorsi pubblici non possano più configurare valide modalità per le progressioni verticali o passaggi tra aree diverse e tantomeno legittimare scorrimenti di precedenti graduatorie.

6.16 – In conclusione, in base alle considerazioni svolte, non può essere accolto il primo motivo di appello che fa riferimento all'articolo 15 del CCNL 2002-2005 relativo al comparto delle Istituzioni e Enti di ricerca e sperimentazione stipulato il 7 aprile 2006, da considerarsi superato e abrogato dalla normativa introdotta dagli articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009 per le progressioni verticali. Di conseguenza non può essere accolto neppure il terzo motivo di appello relativo alla sostenibilità finanziaria delle procedure selettive che fa riferimento allo stesso art. 15 ed in particolare al comma 7, che peraltro riguarda non i costi della procedura selettiva, ma quelli per la copertura dei posti. Non ha fondamento neppure il secondo motivo di appello che fa riferimento allo *jus superveniens* di cui all' art. 4 del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013, commi 3 e 4, che, secondo gli appellanti, oggi obbligherebbero l'Amministrazione ad adottare di nuovo atti identici a quelli annullati dal TAR. Deve invece ribadirsi che neppure queste esplicite disposizioni legislative possono far rivivere gli effetti di procedure concorsuali basate su disposizioni abrogate consentendo l'utilizzazione di graduatorie derivanti da procedure selettive meramente interne e, pertanto, non più espletabili a seguito dei mutamenti nella disciplina legislativa in tema di progressioni di tipo verticale. Ne consegue che, in generale, il principio di preferenza per lo scorrimento delle graduatorie di precedenti concorsi si applica come principio di carattere generale solo ai concorsi pubblici che presentano un determinato livello di garanzie o, comunque, in caso di norme autonome e specifiche, solo quando interviene tra procedure concorsuali rigorosamente omogenee.

7. – Alla luce delle suesposte considerazioni, l'appello deve essere respinto e la sentenza del TAR confermata con diversa motivazione.

8. – In relazione al comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione, alle ambiguità normative e alle conseguenti oscillazioni della giurisprudenza, le spese per il presente grado del giudizio devono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

respinge l'appello.

Spese compensate per il presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/07/2015

IL SEGRETARIO

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

