

T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. II, Sentenza n. 1983 del 20 ottobre 2016

il TAR ha ritenuto illegittima la delibera con la quale l' Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, ha indetto una nuova procedura concorsuale al fine di assumere nuove unità di personale per la copertura di posti vacanti nella dotazione organica, nonostante la vigenza di una graduatoria ancora valida ed efficace di un precedente concorso ed omettendo l'indicazione delle motivazioni di tale scelta.

N. 01983/2016 REG.PROV.COLL.
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2016, proposto da:

XXXX, rappresentata e difesa dall'avvocato Mimmo Manfredi C.F. MNFMM63E03H765H, domiciliata ex art. 25 cpa
presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;
contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'avv. Paolo Falduo
C.F. FLDPLA63L29D976L, domiciliata in Catanzaro, Cittadella Regionale (Germaneto);
Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato
Giuseppe Brogno C.F. BRGGPP57R02E773U, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Rodino' in
Catanzaro, via N. Pizi, 1;
per l'annullamento

del bando di concorso pubblico per titoli ed esami, per la copertura di due posti di dirigente farmacista (disciplina
farmaceutica territoriale) di cui 1 uno riservato al personale interno in possesso dei requisiti di cui al Decreto del
Presidente del Consiglio dei Ministri 6.3.2015 pubblicato nel bollettino Ufficiale Regione Calabria n. 80 del 23.11.2015 e
GU. N. 95 del 11.12.2015, nonché, ove occorra, di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, anteriori e
successivi, di estremi ignoti, ivi compresi eventuali atti di indizione del concorso de quo, nonché gli eventuali atti con i
quali l'amministrazione resistente abbia esternato le ragioni per le quali ha ritenuto di dover indire un nuovo concorso
anziché procedere allo scorrimento della precedente ed ancor valida graduatoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Calabria e di Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2016 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i
difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente, farmacista in possesso dei requisiti di partecipazione al bando di concorso impugnato per la copertura di 2 posti di farmacista dirigente presso l'ASP di Cosenza, di cui uno riservato a personale interno in possesso dei requisiti di cui al d.p.c.m. 6 marzo 2015, lamenta il mancato scorrimento di precedente graduatoria, tuttora vigente, per i medesimi posti messi a concorso con l'impugnato bando.

Ha esposto che, con riferimento alla precedente graduatoria (giusta delibera n.553 del 16 marzo 2005), era risultata idonea al concorso per titoli ed esami per la copertura di n.2 posti di farmacista dirigente presso l'ex AS n.3 di Rossano (CS), oggi ASP Cosenza, e che si era classificata al 7° posto di graduatoria.

Ha rappresentato che i due posti di cui al precedente concorso sono stati coperti, secondo la nota ASP del 20 giugno 2012, dal primo classificato e dal quarto classificato.

Avverso gli atti impugnati ha dedotto i seguenti motivi:

I. *Eccesso di potere – Contraddittorietà IngIustizia Manifesta – Disparità di trattamento – Discriminazione violazione dei principi di correttezza e buona amministrazione*: ha contestato il mancato scorrimento della graduatoria e l'impossibilità di partecipare al posto riservato, per non essere stata messa in condizione di maturare i requisiti di riserva, a causa di reiterati incarichi a tempo determinato a favore di altri idonei;

II. *Nullità del bando concorso per difetto assoluto di motivazione. Violazione di legge – Disparità di trattamento. Mancato scorrimento della graduatoria*: ai sensi della normativa vigente e secondo la giurisprudenza maggioritaria, lo scorrimento della graduatoria preesistente dovrebbe rappresentare la regola generale e l'indizione del nuovo concorso costituirebbe invece l'eccezione, richiedente un'apposita e approfondita motivazione;

III. *Mancata adeguata motivazione di richiamo alla graduatoria valida e vigente – Mancato scorrimento della graduatoria del precedente concorso. Violazione ex art.15 d.P.R. n.487/94. Violazione art.97 Cost. Eccesso di potere sotto il profilo di difetto di motivazione della ragionevolezza, illogicità, incongruità e del difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della legge n.241/90; eccesso di potere. Violazione ex art.4 d.l.101/2013 e succ. mod. violazione art.97 Cost. Eccesso di potere. Violazione ed elusione dell'articolo 104/C del trattato istitutivo dell'Unione Europea e violazione ed elusione dei regolamenti del Consiglio 1446 e 1447 del 17 giugno 1997 dell'Unione Europea. Violazione ed elusione della risoluzione del Consiglio 17 giugno 1997, IN97/C. Eccesso di potere*: l'indizione del nuovo concorso non

sarebbe supportata da alcuna motivazione in merito al mancato scorimento della graduatoria ancora valida, né sussisterebbero i casi individuati dalla giurisprudenza per poter supportare la scelta di indire il nuovo concorso.

2. Si è costituita la Regione Calabria, la quale, preliminarmente, ha eccepito il difetto di legittimazione passiva.

3. La costituita Azienda Sanitaria ha eccepito e controdedotto: a) l'inammissibilità per mancata notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati, da individuarsi negli altri soggetti inseriti nella graduatoria in questione; b) la carenza di interesse, atteso che, comunque, l'eventuale scorimento non farebbe scattare l'assunzione della ricorrente collocata al 7° posto; c) l'infondatezza in quanto la procedura di stabilizzazione costituirebbe normativa speciale e nessun obbligo di utilizzare le graduatorie vigenti sussisterebbe per l'Azienda, atteso che trattasi di graduatoria anteriore alla data del 1 gennaio 2007 (circolare Funzione Pubblica n.5/2013 e DCA n.2 del 26 marzo 2015).

4. All'esito della camera di consiglio dell'8 marzo 2016, il Collegio ha accolto l'istanza di sospensione con ordinanza n.111/2016, confermata in appello cautelare dal Consiglio di Stato, sezione III, con ordinanza n. 3209 del 1 agosto 2016.

5. In data 21 luglio 2016 l'ASP di Cosenza ha prodotto ulteriore memoria insistendo per la legittimità dell'operato dell'amministrazione.

6. Alla pubblica udienza del 5 ottobre 2016 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va accolta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva della Regione Calabria, in quanto il bando oggetto di contestazione è stato indetto dall'Asp di Cosenza, ente dotato di personalità giuridica pubblica e di autonomia imprenditoriale (art.3 legge n.392/1992 come modificato dall'art.4 d.lgs. n.517 del 1993) ed avente pertanto autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, né vengono specificamente impugnati atti della Regione.

2. Va, inoltre, disattesa l'eccezione di inammissibilità per mancata notifica ai controinteressati, da individuarsi, secondo l'ASP, nei soggetti utilmente collocati nella graduatoria di cui si invoca lo scorimento.

L'eccezione appare infondata in quanto i soggetti della graduatoria non sono controinteressati all'annullamento del bando di concorso de quo, ma piuttosto cointeressati all'accoglimento del ricorso; né sono configurabili soggetti controinteressati (in senso tecnico) al momento della notificazione del ricorso introduttivo del presente giudizio.

3. Va parimenti rigettata l'eccezione di carenza di interesse per mancanza della prova di resistenza.

Sostiene, in particolare, l'amministrazione che l'eventuale scorimento della graduatoria non determinerebbe l'assunzione della dott.ssa Federico Alessandra, atteso che questa è collocata al 7° posto in graduatoria.

Osserva il Collegio che dall'esame della fattispecie di cui è causa emerge che la ricorrente ha un interesse specifico e diretto alla rimozione dell'atto gravato con il ricorso, derivante dal suo inserimento in posizione di idoneo non vincitore nella graduatoria approvata con delibera n.553 del 16 marzo 2005.

A quanto esposto non può, peraltro, opporsi, come fatto dalla ASP, la circostanza che la stessa figuri soltanto al 7° posto della graduatoria di cui si chiede lo scorimento, mentre l'Ente si era determinato a mettere a concorso due soli posti.

Al riguardo il Collegio osserva che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 14 del 28 luglio 2011, ha disposto che, anche qualora i ricorrenti *"non figurano, attualmente, come i soggetti i quali potrebbero essere assunti immediatamente, a tempo indeterminato, attraverso la procedura di scorimento (...) 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 miglior posizione nella classifica"*.

Alla luce di tali considerazioni, vuoi al fine di migliorare la propria posizione nella graduatoria concorsuale del 2005 (in vista di ulteriori possibili "scorimenti"), vuoi in relazione alla possibilità di rinunce all'assunzione da parte degli idonei che precedono la ricorrente nella graduatoria medesima, l'eccezione di carenza di interesse si rivela priva di pregio (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 dicembre 2013, n.6153).

4. Nel merito il ricorso è fondato.

4.1. I motivi del ricorso possono essere esaminati congiuntamente in quanto investono la questione dell'ordine di priorità da seguire ai fini assunzionali da parte dell'ASP di Cosenza, ritenendo parte ricorrente prioritario lo scorimento della graduatoria vigente rispetto al nuovo concorso bandito dall'amministrazione e oggetto della presente impugnativa.

L'ASP, invece, invoca il DPCM 6 marzo 2015, che detta norme in materia di procedure concorsuali per la stabilizzazione del personale precario presso gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, e ritiene che la procedura indetta, in quanto speciale, esulerebbe dalle altre procedure di assunzione; a supporto, cita una sentenza del Consiglio di Stato (sez. III n. 3513/2015), che, in altro caso, si sarebbe pronunciata in favore dell'Azienda che aveva bandito il concorso, in quanto la procedura concorsuale costituirebbe uno strumento indispensabile per pervenire alla stabilizzazione del personale precario.

L'Amministrazione resistente, inoltre, ritiene che per le graduatorie vigenti ma anteriori alla data del 1° gennaio 2007 non sarebbe previsto alcun vincolo di obbligatorietà per l'Azienda di utilizzare graduatorie concorsuali, come specificato dalla circolare della Funzione Pubblica n.5 del 2013 e dal DCA n.2 del 26 marzo 2015.

4.2. I motivi sono fondati.

Come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 28 luglio 2011, n. 14, la disciplina in tema di scorimento di una graduatoria concorsuale ancora efficace (quale è in maniera incontestata quella invocata nel caso di specie, relativa al concorso indetto dalla ex AS n.3 di Rossano, oggi ASP di Cosenza, per la copertura di due posti di farmacista dirigente, approvata con delibera n. 553 del 16 marzo 2005) non attribuisce agli idonei un diritto soggettivo all'assunzione per il solo fatto della vacanza e della disponibilità di posti in organico (corrispondenti alla qualifica e/o alla categoria della graduatoria concorsuale), atteso che l'amministrazione non è obbligata alla loro copertura, dovendo, per contro, assumere una decisione sul piano organizzatorio, direttamente correlata agli eventuali limiti normativi alle assunzioni, alle disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e a ogni altro elemento di fatto o di diritto rilevante, per stabilire se procedere o meno al reclutamento di personale.

Una volta poi che abbia deciso di procedere alla copertura dei posti vacanti, l'amministrazione è sicuramente tenuta a rendere manifeste e comprensibili le ragioni che la inducano ad optare per l'una o l'altra forma di reclutamento (cioè utilizzazione della graduatoria concorsuale ancora efficace e quindi suo scorimento, con assunzione degli idonei, ovvero indizione di una diversa procedura di assunzione), dovendo tener conto del generale principio di favore dell'ordinamento

per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei in ragione della evidente finalità di contenimento della spesa pubblica (a fronte dei necessari costi connessi all'espletamento di una nuova procedura concorsuale), principio che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolare circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalente, che devono in ogni caso essere puntualmente indicate (in senso conforme, tra le tante, Cons. St, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4361; 27 dicembre 2013, n. 6247; se. VI, 15 luglio 2014, n. 3707; 4 luglio 2014, n. 3407).

4.2.1. Peraltro, nel caso, con il Decreto del Commissario ad Acta della Sanità della Regione Calabria del 26 marzo 2015, n. 2, *"in materia di reclutamento di personale nelle aziende del SSR"*, è stato scolpito l'iter che le Aziende Sanitarie debbono seguire per poter legittimamente procedere alla copertura dei posti (punto 4); in particolare, il citato Decreto individua il seguente ordine di priorità: a) immissione in ruolo dei vincitori di concorso pubblico; b) attivazione dei processi di mobilità di cui all'art.1, comma 8, del D.L. 158/2012, convertito con modificazioni dalla L. 8 novembre 2012, n.189, con le procedure di cui al DPGR 127/2011; c) scorrimento delle graduatorie degli idonei, limitatamente a quelle vigenti e approvate dal 01.01.2007. E' rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, la scelta dello scorrimento o dell'avvio di una nuova procedura concorsuale, sulle graduatorie vigenti ma anteriori alla predetta data; d) possibilità di attingere a graduatorie concorsuali ancora valide approvate da altre aziende alle condizioni previste; e) attivazione delle procedure concorsuali ai sensi dell'art.3 del d.p.c.m. n.2/2015.

Pertanto, anche il D.C.A., conformemente allo scenario normativo e giurisprudenziale vigente, ha posto lo scorrimento delle graduatorie degli idonei come prioritario rispetto all'attivazione delle procedure concorsuali di cui al d.p.c.m. n.2/2015.

È vero che opera un distinguo tra le graduatorie approvate prima e dopo l'01 gennaio 2007, ponendo l'obbligo dello scorrimento solo per le graduatorie degli idonei approvate dal 01 gennaio 2007 e rimettendo, invece, per quelle anteriori, la scelta alla discrezionalità dell'amministrazione, ma è pur vero che tanto non esime l'Azienda dal compiere una valutazione, per l'appunto discrezionale, da esplicitare con congrua motivazione, prima di attivare le procedure di stabilizzazione.

4.3. Né vale in senso contrario il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato, citata ed allegata dall'amministrazione resistente (C.S., sez. III, n.3513/2015), posto che, in quel caso, era in contestazione il diverso rapporto tra la mobilità ex art.30 del d.lgs. n.165 del 2001 e la stabilizzazione ai sensi della normativa regionale.

4.4. Ciò posto, nel caso di specie, ritiene il Collegio che la motivazione sia del tutto carente, non facendosi in alcun modo cenno ad essa né nel bando né nella deliberazione del Commissario straordinario n.1674/2015, con conseguente censurabilità, sotto tale profilo, della scelta, che non appare verificabile.

Inoltre, dalla documentazione prodotta da parte ricorrente in data 22 febbraio 2016, risulta che, con recente deliberazione del Direttore Generale n.36 del 9 febbraio 2016, la stessa Azienda ha optato per l'utilizzo di una graduatoria concorsuale vigente anteriore alla data dell'1. Gennaio 2007 (delibera n.86 del 27 gennaio 2004), per la copertura di n.2 posti di dirigente medico di psichiatria; orbene, in assenza di motivazione negli atti censurati con il presente ricorso, non è dato comprendere per quali ragioni per il concorso di dirigenti farmacisti, a fronte di graduatoria più recente (2005), l'Azienda si sia invece determinata a procedere senz'altro all'attivazione delle procedure concorsuali ai sensi dell'art.3 del detto D.P.C.M. n.2/2015, bandendo un concorso per due posti, di cui uno esterno e uno riservato al personale precario in possesso dei requisiti di cui al citato D.P.C.M.

4.5. Conclusivamente, il Collegio ritiene che, a fronte di graduatoria valida, l'amministrazione è tenuta ad esternare e a rendere comprensibili le ragioni che la inducano ad optare per l'una o l'altra forma di reclutamento (nel caso l'utilizzazione della graduatoria concorsuale ancora efficace e quindi suo scorrimento, con assunzione degli idonei, ovvero indizione della procedura concorsuale di cui all'art.3 del d.p.c.m. n.2/2015), dovendo tener conto del generale principio di favore dell'ordinamento per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei; dimodochè, in assenza di motivazione a supporto della scelta censurata, il ricorso si appalesa fondato e va accolto.

5. Le spese, tuttavia, in considerazione della peculiarità e della natura della controversia, possono essere, in via d'eccezione, compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- a) dichiara il difetto di legittimazione passiva della Regione;
- b) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, salvi i successivi provvedimenti dell'amministrazione;
- c) compensa le spese del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Nicola Durante, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Alessandra Sidoti

IL PRESIDENTE

Salvatore Schillaci

IL SEGRETARIO

24 ottobre 2016