

Accesso

# Concorsi: è legittima la modifica dei requisiti disposta con un nuovo bando di selezione

di Federica Caponi  
Consulente enti locali

*In tema di concorsi pubblici è possibile modificare i requisiti disciplinati in un bando a seguito di un'intesa sindacale successiva solo se sussiste una giusta causa.*

*Ne consegue che è legittima l'esclusione all'accesso alle qualifiche superiori di partecipanti interni, con possibilità di progressione per saltum per gli aspiranti di grado inferiore, poiché i concorsi interni, determinando un restringimento della platea dei concorrenti, non appaiono suscettibili di assicurare una corretta selezione dei più meritevoli. La p.a. pertanto può legittimamente modificare o eliminare un requisito di ammissione previsto in un bando di concorso approvando un successivo avviso, in quanto tale ulteriore atto costituisce revoca del provvedimento precedente, ammissibile in presenza di una giusta causa.*

## Premessa

La p.a. può legittimamente modificare o eliminare un requisito di ammissione previsto in un bando di concorso approvando un successivo avviso, in quanto tale ulteriore atto costituisce revoca del provvedimento precedente, ammissibile in presenza di una giusta causa. Questo il principio ribadito dalla Corte di cassazione, sezione lavoro, con la sentenza n. 7756 del 17 maggio 2012, con la quale ha rigettato il ricorso presentato da un collaboratore amministrativo contabile avverso la decisione della Corte d'appello che aveva dichiarato legittimo l'operato della p.a. che aveva apportato rilevanti modifiche alla selezione pubblica precedentemente indetta.

## Il fatto

Nel caso di specie, un'amministrazione dopo aver dato avvio alla procedura di riqualificazione del personale, aveva apportato, dopo aver indetto la procedura di selezione, rilevanti modifiche al bando a seguito di nuova intesa sindacale, che aveva introdotto modifiche al precedente accordo decentrato in materia di selezioni interne.

In particolare, il nuovo contratto decentrato aveva modificato i criteri di ammissione alla categoria su-

periore, ammettendo di fatto tutto il personale inquadrato nella posizione inferiore.

Avverso tale successivo atto di selezione aveva presentato ricorso un collaboratore amministrativo, il quale a seguito di tale modifica era stato scavalcato da numerosi candidati, chiedendo il risarcimento del danno per perdita di chance e per la dequalificazione professionale.

Il giudice di primo grado aveva accolto soltanto la domanda di risarcimento, quantificandolo nella misura del 30% della retribuzione netta del livello superiore.

Il ricorrente ha impugnato tale pronuncia davanti alla Corte d'appello, lamentando la violazione del principio di immodificabilità del bando di concorso sino all'espletamento della procedura, del principio costituzionale di imparzialità sancito dall'art. 97 della Cost. e insufficiente motivazione.

Il dipendente ha sostenuto che qualora la procedura concorsuale sia già in parte espletata e sino al completo espletamento della stessa, non legittima alcuna modifica delle regole di selezione, in considerazione della natura del bando che è *lex specialis* della procedura.

La modifica operata dall'ente aveva infatti determinato lo scivolamento dell'interessato in posizione non più utile in graduatoria.

La Corte d'appello aveva ritenuto legittimo l'operato della p.a., in quanto la modifica al bando di selezione era stata il frutto di un accordo tra le parti e, pertanto, la stessa trovava coerente giustificazione nell'evolversi della vicenda.

La nuova intesa tra la delegazione di parte pubblica e le oo.ss. aveva richiamato alcune sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato irragionevoli e incongrui i concorsi in cui è riservata una percentuale elevata di posti a dipendenti interni e inopportune le progressioni *per saltum*.

L'amministrazione, quindi, aveva sospeso a titolo cautelativo le procedure in corso e quelle ancora da avviare, richiedendo parere all'Avvocatura generale dello Stato per verificare se le procedure fossero in linea con i principi chiariti dalla Corte.

L'Avvocatura aveva ritenuto non conformi i bandi di selezione e l'ente aveva modificato l'avviso.

Il dipendente ha presentato ricorso alla Corte di cassazione, denunciando la violazione del principio di immodificabilità del bando di concorso sino all'espletamento della procedura e la violazione del principio di imparzialità sancito dall'art. 97 della Cost.

## Modifica del bando di concorso: legittimità dell'atto di revoca

La Corte di cassazione è stata chiamata a chiarire se sia legittimo modificare da parte di una p.a. le regole di selezione disciplinate in un bando di concorso una volta che la stessa procedura sia iniziata.

I giudici della Suprema Corte hanno ribadito preliminarmente che il bando di selezione costituisce *lex specialis* della procedura selettiva e che sia per i concorsi in cui siano ammessi anche i dipendenti interni, che per le selezioni pubbliche devono essere utilizzati criteri capaci di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa (legge n. 241/1990), nonché il buon andamento e l'imparzialità della p.a. (art. 97 Cost.).

Pertanto, i criteri di selezione concorsuale devono poter spiegare la loro efficacia in base ad una preventiva enunciazione, in modo tale da essere conoscibili da parte degli aspiranti candidati prima di sottoporsi alle prove selettive e che, correlativamente, devono ritenersi illegittimi eventuali criteri preclusivi disposti *ex post*, dopo aver conosciuto l'identità dei candidati risultati idonei a seguito dello svolgimento delle prove stesse, in quanto tale operato contrasterebbe palesemente con il principio del necessario rispetto della *par condicio* e dell'imparzialità (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 2000/2003).

Il Consiglio di Stato si è più volte espresso sulla co-

noscibilità dei criteri modificativi, ammettendo tale facoltà ed evidenziando la necessità che gli stessi siano portati a conoscenza dei partecipanti nelle medesime forme attraverso cui sia stata data in precedenza pubblicità al bando.

In mancanza del rispetto di tali condizioni le modifiche non producono effetti nei confronti dei concorrenti.

Tale regola si desume anzitutto dal più generale principio del *contrarius actus*, certamente applicabile all'autotutela provvedimentale, in forza del quale la modifica o il ritiro di un atto deve avvenire nelle stesse forme e seguendo le stesse procedure dell'atto modificato o ritirato.

Il provvedimento di rettifica, infatti, è espressione di una funzione amministrativa di contenuto identico, seppure di segno opposto, a quella esplicita in precedenza e, dunque, essa deve articolarsi secondo gli stessi moduli già adottati, senza i quali rischia di risultare monca o, comunque, difettosa rispetto all'identica causa del potere.

L'amministrazione, in tal caso, deve seguire un procedimento amministrativo sostanzialmente "gemello" del precedente, anche per quel che concerne le modalità di pubblicazione degli atti (Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 183/1997; sez. V, sentenza n. 6291/2004).

Tale interpretazione è avvalorata anche dai principi civilistici che regolano le forme per il ritiro o la modifica degli atti negoziali o prenegoziali rivolti al pubblico.

Anche il codice civile, infatti, soprattutto laddove vengono in considerazione atti rivolti (similmente al bando) non ad un singolo destinatario, ma a una pluralità indeterminata di soggetti, detta una disciplina per la revoca che richiede l'osservanza della stessa forma già adottata per l'atto da ritirare.

L'art. 1336 c.c., che disciplina l'offerta al pubblico, prevede che la revoca dell'offerta, per essere efficace anche nei confronti di chi non ne abbia avuto notizia, debba essere necessariamente fatta nella stessa forma adottata per l'offerta o in forma equipollente.

Anche l'art. 1990 c.c., a proposito della revoca della promessa al pubblico, stabilisce che la revoca non ha effetto se non è resa pubblica nella stessa forma della promessa o in forma equivalente.

Tali regole, dirette a tutelare coloro che abbiano fatto affidamento sulla promessa o sull'offerta revocata, valgono anche per gli avvisi o bandi pubblici di selezione o gara.

Il bando di selezione, infatti, pur non avendo la natura giuridica di promessa al pubblico, né di offerta al pubblico genera, comunque, in capo ai partecipanti, un livello di affidamento (circa il rispetto da parte dell'amministrazione della *lex specialis*

in esso contenuta) non inferiore a quello generato dai predetti atti negoziali.

Un'eventuale modifica del bando non può, pertanto, essere presidiata da garanzie formali meno incisive di quelle previste, nei rapporti tra privati, per gli atti negoziali o prenegoziali rivolti al pubblico. Il principio dell'identità della forma pubblicitaria sancita dall'art. 1336 c.c. per l'offerta al pubblico, e dall'art. 1990 c.c. per la promessa al pubblico, deve valere anche per la modifica del bando di selezione (Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 2306/2007). La Corte di cassazione ha ritenuto ammissibile la modificabilità del bando, precisando che l'eliminazione, ad opera di un successivo bando, di un requisito di ammissione previsto nel precedente avviso, benché risulti più favorevole per la generalità degli aspiranti e pregiudizievole solo per alcuni di essi, implica non già una semplice modifica, ma una revoca della promessa costituita dal primo bando.

Pertanto, la legittimità di tale revoca - ove l'interpretazione di quel bando ne comporti la qualificazione come atto vincolante e irrevocabile a seguito della presentazione di domande di ammissione - può derivare solo dall'accertamento di una giusta causa.

I giudici hanno anche precisato che l'accertamento della giusta causa non può risolversi in un diverso apprezzamento dell'amministrazione solo del proprio interesse, così come non può basarsi solo sull'interesse di soggetti diversi dai destinatari dell'originaria promessa (Cass., sez. lavoro, sentenza n. 2674/1991; sentenza n. 7745/2002).

## Qualificazione del bando di concorso

È necessario evidenziare che per quanto riguarda la qualificazione giuridica dei bandi di concorso per l'assunzione del personale in regime privatistico non si registra nella giurisprudenza della Corte di cassazione un indirizzo univoco.

Si è infatti affermato nel tempo un orientamento secondo il quale il bando, ove contenga gli elementi essenziali del previsto contratto di lavoro, costituisce una vera e propria offerta al pubblico (Cass., sentenza n. 2057/1990; sentenza n. 2064/1988; sentenza n. 3397/1987; sentenza n. 1804/1987; sentenza n. 7081/1986; sentenza n. 63/1986; sentenza n. 3592/1982).

Al contrario, si è andata affermando anche la tesi secondo cui per poter qualificare l'avviso di selezione come offerta o promessa al pubblico, o semplice invito ad offrire, non si possa prescindere da un apprezzamento in concreto caso per caso dello specifico contenuto del bando (Cass. sentenza n. 171/1985; sentenza n. 3248/1988).

Nel primo schema il candidato è vincolato dal momento dell'accettazione dell'offerta, ravvisabile nella domanda di ammissione, o nella partecipazione alle prove selettive e, comunque, antecedente alla valutazione comparativa.

In caso di esito positivo della selezione non è richiesta una nuova accettazione e in caso di rinuncia sarebbe configurabile un'ipotesi di vere e proprie dimissioni.

I giudici nella pronuncia in commento hanno chiarito che la ricostruzione appare coerente, ma difficilmente riscontrabile nella prassi.

Il secondo orientamento interpretativo appare maggiormente condivisibile, in quanto il candidato, con la domanda di ammissione al concorso o la partecipazione alle prove, di fatto accetta una proposta condizionata con la quale l'amministrazione si vincola unilateralmente alla futura conclusione del contratto di lavoro.

La condizione (sospensiva e, dovendo l'accettazione incontrare la proposta, necessariamente retroattiva) è costituita dall'esito positivo delle prove selettive.

La struttura, a parte la condizione, è formalmente analoga a quella del patto di opzione e del contratto preliminare unilaterale.

I giudici hanno inoltre richiamato l'art. 97 della Cost., il quale al comma 3, ha previsto che nel pubblico impiego si accede mediante pubblico concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

## Progressioni di carriera

In caso di passaggio ad una qualifica (o categoria) superiore è pacifico in giurisprudenza che si accede ad un nuovo posto di lavoro, cui corrisponde lo svolgimento di diverse mansioni e di funzioni più elevate, per il quale deve essere sempre seguita la regola del pubblico concorso.

I concorsi interni o riservati interamente al personale dipendente, poiché determinano un restringimento della platea dei concorrenti, non appaiono suscettibili di assicurare una corretta selezione dei più capaci e meritevoli, in conformità ai principi dettati dal citato art. 97 della Cost. (Corte costituzionale, sentenza n. 194/2002; sentenza n. 1/1999). In particolare, con la sentenza n. 1/1999 la Corte Costituzionale ha precisato che "l'abnorme diffusione del concorso interno per titoli nel passaggio da un livello all'altro produce una distorsione che, oltre a reintrodurre surrettiziamente il modello delle carriere in una nuova disciplina che ne presuppone invece il superamento, si riflette negativamente anche sul buon andamento della pubblica amministrazione".

Il Consiglio di Stato in numerose pronunce ha fatto propri i principi espressi dalla Corte costituzionale, ritenendo contrastanti col principio di buon andamento della p.a. i concorsi interamente riservati al personale in servizio, a nulla rilevando che l'accesso alla qualifica superiore avvenga secondo un percorso selettivo serio (ad es., mediante concorso per titoli ed esami).

I concorsi interni non si configurano come ordinario sviluppo di carriera degli impiegati che vi partecipano, pertanto, vanno intesi come procedimenti selettivi che, alla pari di quelli in cui sono ammessi candidati esterni, consentono l'accesso a posti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

I concorsi interni quindi non presentano connotati differenti dai concorsi denominati pubblici, e questa identità, di natura e di risultato, consente di ricondurli sotto la previsione normativa della cognizione delle controversie "sulle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", riservata al giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 6560/2004).

Le più recenti decisioni della Consulta non ostracizzano il sistema del concorso interno, ma intendono salvaguardare il principio dell'accesso esterno ai posti vacanti dell'amministrazione, senza un adeguato bilanciamento dei due sistemi di reclutamento.

Anche la Corte di cassazione, sez. unite, con la sentenza n. 15403/2003, ha ribadito che le selezioni interne devono avvenire tramite procedure selettive, che siano dirette ad accertare la professionalità richiesta e che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno.

Questa regola deve ritenersi applicabile, in via generale, anche con riferimento all'attribuzione al dipendente di una qualifica superiore, considerato che tale qualifica viene acquisita dal lavoratore per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive (ex art. 52 D.Lgs. n. 165/2001).

A tal proposito, appare necessario ricordare che l'art. 24, rubricato "Progressioni di carriera", della riforma Brunetta (D.Lgs. n. 150/2009) ha stabilito espressamente che dal 1° gennaio 2010 gli enti devono coprire i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al 50% a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni.

L'art. 62 del citato decreto ha inoltre stabilito che ai concorsi ove sia previsto dall'amministrazione la riserva a favore del personale interno, al fine di attuare una progressione verticale (o di carriera) possono partecipare soltanto i dipendenti in possesso

dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno.

Pertanto, si deve ritenere che le procedure che consentono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrino un vero e proprio concorso, con necessità di consentire l'accesso dall'esterno, qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere.

## Conclusioni

La Corte di cassazione non ha escluso la modificabilità del bando, ribadendo che in un concorso, l'eliminazione ad opera di un successivo bando, di un requisito di ammissione previsto dall'avviso precedente, implica non già una semplice modifica, ma una revoca della promessa costituita dal primo bando.

Tale atto modificativo, in quanto qualificabile come revoca è legittimo solo in presenza di una giusta causa, la quale non può fondarsi solo su un diverso apprezzamento dell'amministrazione in ordine al proprio interesse, né può fondarsi sul mero interesse di soggetti diversi dai destinatari dell'originaria promessa.

In tal caso la revoca risulterebbe illegittima e potrebbe portare all'annullamento del concorso realizzato in conformità del bando revocato o al risarcimento del danno, con esclusione comunque della possibilità di una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro, ex art. 2932 c.c. (Cass., sentenza n. 2674/1991).

La Corte di cassazione nella pronuncia in oggetto ha dichiarato legittima la modifica del bando perché attuata a seguito di un successivo accordo con i sindacati.

La Corte ha così rigettato il ricorso, dichiarando legittima l'eliminazione, ad opera di un successivo bando, di un requisito di ammissione previsto nell'avviso precedente in quanto supportato dall'accertamento di una giusta causa.