

Assunzioni

Tempo determinato: illegittime nuove selezioni e lo scorrimento di graduatorie

di Federica Caponi - Consulente della Corte dei conti - Procura Regionale, sez. giur. Veneto e consulente Enti Locali

L'ente deve utilizzare graduatorie a tempo indeterminato riguardanti la medesima categoria e profilo professionale, proprie o di altri enti.

Nel caso in cui l'ente non disponga di graduatorie proprie, devono essere utilizzate graduatorie a tempo indeterminato di altre amministrazioni.

Questo il principio espresso dalla Corte dei conti, sez. controllo per la Campania, con la delibera n. 31/2017, a seguito di una richiesta di chiarimenti presentata da un Comune che, dovendo procedere ad un'assunzione a tempo determinato per sopperire a carenze di personale, aveva chiesto se fosse legittimo l'utilizzo di una graduatoria relativa ad una procedura selettiva indetta per assunzioni a tempo determinato, anche tenuto conto della proroga al 31 dicembre 2017 disposta dall'art. 1, comma 368, della L. Stabilità 2017.

A tal proposito, si ritiene utile ricordare che l'art. 22 del D.L. n. 50/2017, entrato in vigore il 24 aprile 2017, al comma 1 ha previsto che gli Enti Locali potranno procedere ad assunzioni a tempo determinato a carattere stagionale, in deroga ai relativi limiti di spesa (ex art. 9, comma 28, D.L. n. 78/2010), a condizione che i relativi oneri siano integralmente a carico di risorse, già incassate nel bilancio dei Comuni, derivanti da contratti di sponsorizzazione e accordi di collaborazione con soggetti privati e che le assunzioni siano finalizzate esclusivamente alla fornitura di servizi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari, di servizi pubblici non essenziali o di prestazioni verso terzi paganti non connessi a garanzia di diritti fondamentali.

I chiarimenti della Corte dei conti

Non è possibile effettuare assunzioni a tempo determinato mediante lo scorrimento delle graduatorie approvate per tali contratti e ancora in vigore presso gli Enti Locali.

Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 il lavoro a tempo determinato è ammesso "per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale".

Di conseguenza, le graduatorie approvate all'esito di tali procedure concorsuali sono utilizzabili soltanto ai fini del reclutamento dei vincitori, senza possibilità di c.d. scorrimento.

Alla luce di tali considerazioni, i magistrati contabili della Campania hanno ribadito che, secondo il quadro normativo attualmente vigente, il ricorso alle assunzioni a tempo determinato, per esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezio-

nale, può essere attuato nel caso in cui l'ente abbia graduatorie a tempo determinato vigenti, per l'assunzione del solo al vincitore/i delle stesse, restando preclusa qualsiasi possibilità di scorrimento.

Altrimenti, l'ente potrà:

- utilizzare proprie graduatorie a tempo indeterminato, riguardanti la medesima categoria e profilo professionale;
- attingere a graduatorie a tempo indeterminato di altra amministrazione.

In altri termini, le amministrazioni che vogliono reclutare personale a tempo determinato devono utilizzare le graduatorie a tempo indeterminato per profili corrispondenti, poiché la proroga della validità delle graduatorie a tempo indeterminato si applica anche per il loro scorrimento ai fini delle assunzioni a tempo determinato.

L'interpretazione fornita di recente dalla Corte dei conti, era stata più volte ribadita dal Ministero dell'Interno e dalla Funzione pubblica.

La posizione del Ministero dell'Interno e della Funzione Pubblica

Dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 101/2013, con le modifiche apportate all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, gli Enti Locali che intendono assumere a tempo determinato devono utilizzare le graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

Il Ministero dell'Interno, a seguito di tale modifica, ha precisato che è vietato lo scorrimento di una graduatoria a tempo determinato (nota prot. 13 febbraio 2014, n. 2403).

La *ratio* della norma è quella di "prevenire fenomeni di precariato", pertanto, nel caso in cui l'ente non disponga di proprie graduatorie, è possibile utilizzare le graduatorie approvate da altre amministrazioni.

L'intento del legislatore è quello di evitare il proliferare di contratti a termine con soggetti che potrebbero poi trovarsi "precarizzati" e formare una massa critica tale da indurre, in futuro, a nuove ondate di stabilizzazioni.

Al contrario, assumendo con contratti a tempo determinato vincitori di concorsi per posti a tempo indeterminato si punta ad una soluzione tesa a evitare la creazione dei presupposti del precariato.

Il Dipartimento della Funzione pubblica, con la circ. n. 5/2013, concernente "Indirizzi volti a favorire il superamento del precariato. Reclutamento speciale per il personale in possesso dei requisiti normativi. Proroghe dei contratti. Articolo 4 del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, recante 'Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni' e articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", ha evidenziato che il D.L. n. 101/2013 si colloca nell'ambito delle misure necessarie ed urgenti volte, tra l'altro, a dettare disposizioni in materia di pubblico impiego al fine di razionalizzare e ottimizzare i meccanismi assunzionali, prevedendo una disciplina sui criteri di utilizzo delle graduatorie dei vincitori e degli idonei.

La Funzione pubblica ha chiarito che l'intento del legislatore è quello di consentire alle amministrazioni di assumere a tempo determinato senza dover procedere a effettuare specifiche selezioni, utilizzando le graduatorie a tempo indeterminato ancora

valide, anche per le numerose proroghe che negli ultimi anni sono state disposte proprio per tali atti. Il dipartimento ha, infatti, precisato che le amministrazioni potranno assumere a tempo determinato, nel rispetto delle esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, attingendo alle graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato "piuttosto che indire procedure concorsuali a tempo determinato".

Tale ultimo inciso, oltre ad essere del tutto in linea con il dato testuale dell'art. 4 del D.L. n. 101/2013, appare assolutamente rispettoso della *ratio* ispiratrice della norma, quella del contenimento della finanza pubblica e della riduzione delle forme di precariato nelle PA.

La funzione pubblica ha, infatti, precisato che l'assunzione a tempo determinato di un soggetto collocato in una graduatoria per assunzioni a tempo indeterminato fa sì che lo stesso, al ricorrere dei presupposti e delle condizioni necessarie previste dalla legge, possa successivamente essere assunto con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, senza necessità di altre procedure.

La finalità dichiarata dalla norma introdotta dal D.L. n. 101/2013 è quella di prevenire i fenomeni di precariato e, pertanto, le amministrazioni ne devono fare un corretto uso che non sia elusivo dei limiti alle assunzioni a tempo indeterminato.

Nella predetta circolare la funzione pubblica ha altresì chiarito che le graduatorie vigenti relative a procedure concorsuali a tempo determinato possono essere utilizzate solo a favore dei vincitori, restando precluso lo scorrimento per gli idonei.

Utilizzo graduatorie di altri enti

Uno dei problemi interpretativi che la normativa ha posto, anche a seguito dei chiarimenti della funzione pubblica e del Ministero dell'Interno è stato quello di stabilire il momento al quale riportare il "previo accordo tra le amministrazioni interessate", ai fini della legittimità dell'assunzione dell'idoneo della graduatoria del concorso bandito da altro Ente.

Nonostante le prime indicazioni degli organismi amministrativi di orientamento pubblico non abbiano preso posizioni al riguardo, riferendosi genericamente agli "appositi accordi stipulati in applicazione della normativa vigente in materia di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e nel rispetto dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione" (Circ. U.P.P.A., n. 1541/2004), l'orientamento che negli

anni si era affermato era nel senso che tale accordo dovesse realizzarsi:

- **prima dell'indizione della procedura concorsuale**, allo scopo di evitare che la procedura stessa potesse costituire una modalità di elusione delle norme che vietano la possibilità di effettuare richieste nominative di candidati inserite nelle predette graduatorie e per dare la possibilità a tutti i cittadini di poter partecipare [al concorso] sapendo, sin dalla pubblicazione del bando, il numero complessivo dei posti messi a concorso e presso quali enti avrebbero potuto essere chiamati a ricoprire, nel rispetto dei "principi di imparzialità e buon andamento, previsti dall'art. 97 della Costituzione" (Regione Piemonte- Settore Autonomie Locali, parere n. 25/2009);

- **prima della formale approvazione della graduatoria**, al fine di garantire il rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità che devono sovrintendere a tutto l'operato delle pubbliche amministrazioni (Ministero dell'Interno, nota n. 15700 5A3 0014127 e nota n. 15700 5A3 0004435).

Tale orientamento restrittivo non ha escluso che accordi potessero intervenire anche dopo l'approvazione della graduatoria, ma "preferibilmente" era meglio venissero sottoscritti prima (cit. Ministero dell'Interno).

La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, nel ribadire l'applicabilità delle norme in questione alle amministrazioni comunali e la necessità che l'utilizzo attenga ai medesimi profili e categoria professionale, in ordine al "previo accordo" ha lasciato ampio spazio all'autonomia delle amministrazioni operanti.

Le disposizioni che disciplinano la materia, infatti, non fanno "alcun riferimento ad alcuna convenzione, ma unicamente al previo accordo", che concettualmente "implica l'intesa ed il consenso delle due amministrazioni in ordine all'utilizzo, da parte di una di esse, della graduatoria concorsuale in corso di validità, relativamente a posti di uguale profilo e categoria professionale, rispetto a quello per cui opera il suddetto utilizzo" (TAR Veneto, Sent. n. 864/2011).

La Corte dei conti - sez. controllo Umbria - parere n. 124/2013, ha, invece, affermato la non necessità del previo accordo prima dell'approvazione della graduatoria, privilegiando la necessità di un "*chiaro e trasparente procedimento di corretto esercizio del potere di utilizzare graduatorie concorsuale di altri Enti, così da escludere ogni arbitrio e/o irragionevolezza e, segnatamente, la violazione delle cennate regole di 'concorsualità' per l'accesso ai pubblici uffici*".

Anche alla luce di quanto stabilito dall'art. 3, comma 61, Legge n. 350/2003, che dispone la "proroga" di graduatorie approvate prima del 31 dicembre 2003 all'evidente fine di consentirne l'utilizzazione da parte di altre Amministrazioni, "*sarebbe del tutto irrazionale (anche per impossibilità di concreta applicazione della stessa norma), se davvero dovessimo ritenere necessario per l'utilizzazione delle predette graduatorie, il 'previo accordo tra le Amministrazione interessate', da realizzare prima della 'formale approvazione' delle graduatorie medesime, o - peggio - prima della 'indizione della procedura concorsuale'*".

La scelta dell'amministrazione di avvalersi della graduatoria di un concorso espletato da altra Amministrazione ha natura discrezionale e soggiace alle stesse regole e limitazioni generali che valgono per ogni altra scelta discrezionale, ad iniziare dal rispetto dei principi fissati dall'art. 97 della Carta Costituzionale.

Principi che, con riferimento all'accesso ai pubblici impieghi, trovano una loro ancor più puntuale specificazione nella regola della "concorsualità", teleologicamente e funzionalmente rivolta alla selezione del maggior numero possibile di candidati, posti in condizione di parità, per la scelta dei migliori, ovvero dei candidati più meritevoli e professionalmente dotati.

Pertanto, ciò che davvero rileva ai fini del corretto utilizzo delle graduatorie di altri enti, non è tanto la data in cui le "amministrazioni interessate" devono raggiungere il "previo accordo", quanto piuttosto che "l'accordo" stesso (*che comunque deve intervenire prima dell'utilizzazione della graduatoria*) si inserisca in un chiaro e trasparente procedimento di corretto esercizio del potere di utilizzare graduatorie concorsuali di altri enti, così da escludere ogni arbitrio e/o irragionevolezza e, segnatamente, la violazione delle cennate regole di "concorsualità" per l'accesso ai pubblici uffici.

Il riferimento alla salvaguardia del principio di "concorsualità" e alle correlate regole di dettaglio (parità dei concorrenti, predeterminazione dei posti e delle regole di attribuzione, ecc.), hanno portato al consolidarsi dell'orientamento, secondo cui la graduatoria dalla quale attingere deve riguardare posizioni lavorative omogenee a quelle per le quali viene utilizzata (Corte dei conti, Sez. contr. Campania, Del. n. 137/2013).

È pacificamente ammesso con riferimento al "profilo e alla categoria professionale del posto che si intende coprire", che devono essere del tutto corrispondenti a quelli dei posti per i quali è stato bandito il concorso la cui graduatoria si intende utiliz-

zare (TAR Veneto, sent. 864/2011; Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 1796/2015).

La stessa omogeneità deve sussistere anche per ogni altro elemento che connota e caratterizza profondamente i posti in comparazione (quello da coprire e quelli messi a concorso), come il regime giuridico dei posti stessi e che perciò hanno riflessi anche sulla partecipazione dei candidati e, quindi, sul numero dei concorrenti (Corte dei conti, sez. contr. Umbria, Del. n. 124/2013).

Inoltre, appare interessante richiamare quanto evidenziato, a tal proposito, dalla Funzione pubblica nella citata Circ. 5/2013, secondo cui è *“auspicabile che gli enti si dotino di una specifica regolamentazione dello strumento improntata ai principi di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione”*.

È necessario ricordare comunque che il vincitore o l'idoneo, sia che accetti di essere assunto a tempo determinato, che non accetti, trova salvaguardata, in ogni caso, la posizione occupata nella graduatoria per l'assunzione a tempo indeterminato.

Infine, in merito al lavoro stagionale, il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

Proroga e scorrimento delle graduatorie

Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali vigenti è stato negli ultimi anni tema ampiamente dibattuto in sede giurisprudenziale, per quanto riguarda le assunzioni a tempo indeterminato.

I continui interventi del legislatore, tesi al contenimento della spesa pubblica, che hanno disposto la proroga, di anno in anno, della vigenza delle graduatorie, hanno ingenerato aspettative nei vincitori e negli idonei, provocando un ampio contenzioso, che ha appunto dato luogo ad interpretazioni abbastanza eterogenee.

L'art. 35, comma 5-ter, D.Lgs. n. 165/2001, dispone 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”*.

Lo stesso termine di tre anni è fissato dall'art. 91, comma 4, del TUEL.

A tale tipizzata previsione ha fatto seguito l'emanazione di numerose norme che hanno prorogato più volte l'efficacia delle graduatorie dei concorsi con la finalità, da un lato, di contenere i costi derivanti dall'indizione di nuove procedure di reclutamento e, dall'altro, di tutelare le posizioni dei vincitori

e/o idonei, potenzialmente penalizzati dai reiterati blocchi delle assunzioni.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 14/2011, ha ravvisato nei reiterati interventi legislativi in materia di proroga dell'efficacia delle graduatorie, non già una modifica dei presupposti sostanziali dell'istituto dello scorrimento (confermato anche da Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6209/2013), quanto piuttosto il rafforzamento del *“ruolo di modalità ordinaria di provvista del personale, tanto più giustificata in relazione alla finalità primaria di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive”*.

A tal proposito, si ricorda che l'art. 1, comma 368, Legge n. 232/2016 (Legge di Stabilità 2017) ha prorogato al 31 dicembre 2017 l'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato vigenti al 31 agosto 2013 (data di entrata in vigore del D.L. n. 101/2013).

L'orientamento consolidato in giurisprudenza è quello di ritenere che le PA possano indire procedure concorsuali in caso di vigenza di graduatorie concorsuali attinenti al medesimo profilo, solo con atto in cui sia adeguatamente motivata la scelta di non procedere allo scorrimento della graduatoria.

Come evidenziato dai giudici amministrativi, sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace (TAR Campania, Napoli, sent. n. 366/2017).

Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico (Consiglio di Stato, sent. 6247/2013).

L'Amministrazione, una volta stabilito di procedere alla copertura del posto, deve sempre giustificare le modalità prescelte per il reclutamento, dando conto, in ogni caso, dell'esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento della indizione del nuovo concorso.

In tal caso, qualora l'amministrazione ritenga di dover avviare una nuova procedura concorsuale, anziché utilizzare graduatorie esistenti, dovranno essere esplicitati adeguatamente i motivi che hanno determinato la scelta di indire un nuovo concorso, evidenziando (eventuali) particolari caratteristiche del nuovo posto messo a concorso e le (eventuali) ragioni per le quali si rende necessario

procedere comunque ad una nuova procedura concorsuale.

È necessario, comunque, ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 14/2011, ha chiarito che non sussiste un diritto soggettivo all'assunzione in capo agli idonei per il solo fatto della disponibilità di posti in organico, ma l'amministrazione deve sempre motivare le forme prescelte per il reclutamento, tenendo conto delle graduatorie vigenti e "nel massimo rilievo" il fatto che l'ordinamento "tiene in generale in favore dell'utilizzo delle graduatorie".

Le PA pertanto devono sempre puntualmente indicare nel provvedimento di indizione del nuovo concorso, le motivazioni che giustificano il mancato utilizzo di eventuali graduatorie esistenti.

La modalità di reclutamento tramite scorrimento delle graduatorie infatti *"rappresenta la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico"* (TAR Lazio, sent. 3444/2012).

Infine, in merito allo scorrimento delle graduatorie appare utile precisare che tale modalità assunzionale deve essere attuata mediante "scorrimento dal vincitore e solo successivamente dagli idonei non vincitori" (TAR Lombardia sent. 4073/2008).

Lo scorrimento della graduatoria impone il rispetto tassativo dell'ordine in cui sono collocati i soggetti idonei, che non può essere violato, in quanto ciò comporterebbe una palese discriminazione e il con-

figurarsi di un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti tutti potenzialmente aspiranti (anche se in tempi diversi) all'assunzione.

In riferimento alla necessità di ripartire sempre dall'inizio nell'utilizzo della graduatoria, ovvero di procedere con il suo scorrimento fino a totale esaurimento, l'ARAN ha chiarito che *"la procedura relativa alla assunzione del personale è correlata alla collocazione nelle speciali graduatorie che l'ente ha dovuto predisporre sulla base dell'esito della specifica selezione pubblica"*.

Ogni successiva assunzione, deve sempre privilegiare i soggetti collocati al vertice della graduatoria e ciò rende del tutto ininfluenza un eventuale (inesistente) diritto di priorità per i lavoratori già assunti per esigenze stagionali.

L'ARAN ha precisato, infatti, che *"i soggetti assunti con un pregresso rapporto a termine sono stati individuati per la loro migliore collocazione in graduatoria; tale collocazione permane anche dopo la cessazione del rapporto; di conseguenza saranno automaticamente privilegiati per l'eventuale instaurazione di un nuovo rapporto"*.

Pertanto, le PA nel momento in cui dovranno procedere a nuove assunzioni a tempo determinato tramite scorrimento delle graduatorie a tempo indeterminato dovranno sempre ripartire dal primo collocato, scorrere le graduatorie dai vincitori, dai soggetti collocati al vertice, poiché la migliore posizione permane anche dopo la cessazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato pregresso.