

Cons. Stato Sez. III, Sent., 29-08-2014, n. 4438

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 8125 del 2013, proposto da:

Asl n. 2 di Olbia, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Contu, con domicilio eletto presso Giovanni Contu in Roma, via Massimi, n. 154;

contro

M.P.C. ed altri., rappresentate e difese dagli avv. Maurizio Zoppolato, Gian Comita Ragnedda, Sara Migliore, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino n. 72;

Donatella Masia;

nei confronti di

Erica Muzzu;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00481/2013, resa tra le parti, concernente procedura concorsuale per l'assunzione a tempo indeterminato di nr. 30 posti di assistente amministrativo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di M.P.C. ed altri.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2014 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parti gli avvocati Fedeli su delega di Contu e Ragnedda;

**Svolgimento del processo - Motivi della decisione**

1. L' A.S.L. n. 2 di Olbia ha impugnato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna n. 481/2013, che ha accolto in parte il ricorso proposto da M.P.C. ed altri., per l'annullamento:

- della deliberazione del Direttore Generale della Asl n. 2 di Olbia, n. 2804, del 24.10.2012, con la quale è stato indetto pubblico concorso, per titoli ed esami, per l'assunzione a tempo indeterminato di n. 30 assistenti amministrativi cat. C e dell'allegato bando di concorso;

- della delibera del Direttore Generale della Asl n. 2 di Olbia, n. 2489, del 27.10.2011 di indizione del bando di mobilità compartimentale ed intercompartimentale, dell'eventuale graduatoria approvata e degli atti susseguenti, qualora vi fossero, seppur non conosciuti,

- della medesima Delib. n. 2489 del 27 ottobre 2011, di modifica della pianta organica mediante istituzione di 30 "nuovi posti" di assistente amministrativo cat. C;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale;

nonché per il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, nella misura stabilita in corso di causa.

2. - Il TAR ha accolto il ricorso che contestava la legittimità dell'indizione di nuove procedure per l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato, in pendenza di una graduatoria di concorso, nella quale erano inserite tutte le ricorrenti, ancora valida ed efficace, per la medesima qualifica sulla base della sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14. Questa sentenza ha espresso il principio di diritto secondo il quale, in vigenza di una graduatoria concorsuale, ove l'Amministrazione decida di provvedere alla copertura dei posti vacanti senza attingere dalla medesima, deve adeguatamente motivare in ordine alle ragioni che l'hanno indotta ad effettuare tale scelta in luogo del ricorso allo scorrimento della graduatoria.

Il TAR ha respinto l'argomentazione dell'Amministrazione resistente che afferma l'inapplicabilità, al caso di specie, dell'istituto dello scorrimento della graduatoria, giacché i posti oggetto della procedura concorsuale sarebbero di "nuova istituzione", non previsti nella dotazione organica vigente all'epoca dello svolgimento del concorso al quale hanno partecipato i ricorrenti. Il tribunale territoriale ha operato una ricostruzione delle variazioni di organico intervenute a partire dalla entrata in vigore dell'art. 34 della L. n. 289 del 2002, che fissava le dotazioni organiche provvisorie delle amministrazioni pubbliche in misura pari ai posti coperti al 31 dicembre 2002, tenuto conto dei posti per i quali alla stessa data risultassero in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale. Su questa base, ha ritenuto inaccoglibile la tesi dell'Amministrazione, secondo la quale nella dotazione organica provvisoria comunicata all'Assessorato Regionale alla Sanità (con nota prot. n. 8111, del 14 marzo 2003), con riguardo alla categoria degli assistenti amministrativi - comprendente 55 posti coperti, 15 in via di riqualificazione e 6 concernenti procedure di mobilità o concorsi in via di espletamento, per un totale di 76 posti in organico - come confermata dalla stessa ASL nella delibera n. 1134 del 12.10.2004 - non andassero conteggiati i 15 posti in via di riqualificazione e successivamente perfezionati dalla Delib. n. 76 del 27 gennaio 2003, con la quale la ASL aveva disposto la trasformazione, secondo quanto previsto dall'art. 12 C.C.N.L. del Comparto Sanità, biennio 2000/2001, di 15 posti di cat. B in posti di cat. C; giacché la loro istituzione deriverebbe non già da una modifica quantitativa della dotazione organica, bensì da una variazione meramente qualitativa (trasformazione di posti di cat. B in posti cat. C). Difatti, è pacifico che l'accesso del personale già assunto ad un'area funzionale o categoria superiore (cd "progressione verticale") debba avvenire previa rideterminazione della dotazione organica complessiva (cfr. sentenze della Corte

Costituzionale 5 gennaio 2011, n. 7 e 1 aprile 2011, n. 108; Cassazione civile, SS.UU., sentenza 15 ottobre 2003, n. 15403). Il TAR, sommando le variazioni di organico in aumento ricostruite dalla sentenza, considera la dotazione organica di assistenti amministrativi già esistente presso la ASL al momento della indizione del concorso al quale si riferisce la graduatoria degli idonei in oggetto, pari a 105 unità invece che 90 come affermato dalla ASL.

Il TAR ha giudicato quindi illegittima la deliberazione del concorso almeno per la parte per la quale i posti messi a concorso non possono considerarsi di nuova istituzione, sia per illegittimità derivata, stante l'errato conteggio della dotazione organica effettuato dall'Amministrazione, sia per invalidità propria, atteso che l'A.S.L. non ha adeguatamente motivato la propria scelta di indire la procedura concorsuale in luogo del reclutamento mediante l'ordinaria procedura dello scorrimento della graduatoria in relazione ai posti dovevano considerarsi già previsti nella dotazione organica vigente all'epoca dell'indizione del concorso cui hanno partecipato i ricorrenti.

La scelta di provvedere alla copertura dei posti vacanti in organico attraverso la chiamata degli idonei inseriti in graduatorie concorsuali vigenti (c.d. scorrimento della graduatoria) è sicuramente preclusa allorché si tratti di posti istituiti in organico successivamente all'indizione del concorso (da cui è scaturita la graduatoria), come risulta espressamente sancito dall'art. 91, comma 4, del T.U.E.L. (D.Lgs. n. 267 del 2000), con riguardo agli enti locali, nonché dalla giurisprudenza prevalente, che ha affermato la portata generale di tale norma (cfr., in tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 14/2011 e, da ultimo, con riguardo alle AASS.LL, T.A.R. Basilicata, sez. I, 6 aprile 2012, n. 171, secondo la quale "l'esclusione dello scorrimento della graduatoria per i posti di nuova istituzione o trasformati, come chiarito dal condivisibile orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011, n.14, costituisce una regola che, "sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche ad altre Amministrazioni pubbliche" e quindi anche alle aziende sanitarie locali").

La deliberazione di indizione del concorso, principale provvedimento impugnato, è, pertanto, illegittima nella parte in cui l'Amministrazione ha provveduto a bandire un nuovo concorso, in relazione a posti che, almeno in parte, erano previsti nella dotazione organica vigente all'epoca dell'indizione del concorso cui hanno partecipato le ricorrenti in primo grado e attuali appellate. Posti che, quindi, non sono qualificabili come posti istituiti successivamente alla indizione di detto concorso.

In secondo luogo, la decisione di procedere alla provvista del personale mediante una nuova procedura concorsuale è stata adottata dalla ASL di Olbia senza adeguatamente motivare in ordine alla scelta di non dar luogo allo scorrimento della graduatoria, valida ed efficace, nella quale sono inserite le odierne ricorrenti.

Infine, il TAR ha respinto l'istanza per il risarcimento dei danni, giacché l'annullamento della Delib. n. 2804 del 24 ottobre 2012, di indizione della nuova procedura concorsuale, produce, quale unico effetto, la necessità che l'Amministrazione si ridetermini, esercitando nuovamente il proprio potere discrezionale.

3. - L'Amministrazione appellante, con l'atto di appello e con successiva memoria difensiva depositata in occasione della udienza pubblica in data 24 febbraio 2014, ritiene errata la sentenza, in primo luogo, perché non ha riscontrato la inammissibilità del ricorso in primo grado per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto la graduatoria in oggetto non era più efficace, essendo scaduti gli ordinari termini triennali al momento della discussione del ricorso presso il TAR stesso (non applicandosi alla ASL le ripetute proroghe disposte con legge statale solo con riferimento alle Amministrazioni soggette a limitazioni delle assunzioni, quale non è la ASL interessata). In

secondo luogo, il TAR ha erroneamente ritenuto di dover includere nel computo dei posti previsti dalla pianta organica anche i 15 posti risultanti dalla riqualificazione dal livello B al livello C di posti di livello inferiore ex art. 12 del CCNL Sanità del 20 settembre 2001, che non andavano considerati, in quanto regolati e finanziati in modo da poter essere ricoperti solo dal personale che usufruisce della riqualificazione per quell'unica volta, non potendo quindi comportare una modifica definitiva e stabile della pianta organica dell'ente. Accettando la tesi delle ricorrenti in primo grado al riguardo, ad avviso dell'appellante, il TAR avrebbe dovuto conseguentemente computare in diminuzione della pianta organica anche i 27 dipendenti che, in forza di analoga operazione ex art. 12 del CCNL Sanità del 20 settembre 2001, sono transitati dal livello C al superiore livello D, con la conseguenza che i posti in pianta organica sarebbero risultati di numero ancora minore non i 105 calcolati dal TAR né i 90 affermati dalla Amministrazione, ma solo 78 posti. Di conseguenza in ogni caso i posti messi a concorso sarebbero risultati tutti posti di nuova istituzione, per i quali non sussiste alcun obbligo di scorrimento di graduatorie da precedenti concorsi ai sensi della normativa vigente e della stessa giurisprudenza richiamata dalla parti appellate.

4. - Le parti appellate si costituiscono con memoria costitutiva, depositando successivamente una memoria di replica in data 6 marzo 2014. Segnalano innanzitutto, ad ulteriore sostegno della sentenza impugnata, da considerarsi immune da qualsivoglia vizio, che, con lo stesso bando di concorso da cui deriva la graduatoria in cui sono inserite le appellate, l'Amministrazione si era autovincolata ad assumere gli idonei in prosieguo di tempo in base alle esigenze organizzative e che in materia è intervenuta di recente la L. n. 125 del 2012 (di conversione del D.L. n. 101 del 2012) che, all'art. 3 (rectius 4) sancisce anche in via legislativa l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di assumere prioritariamente gli idonei delle graduatorie ancora in corso di validità rispetto alla indizione di un nuovo concorso. Controdeducendo rispetto al primo motivo di appello contestano la censura di inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. Deducono che non è affatto vero che la graduatoria è scaduta, in quanto prorogata fino al 2016 da una successione di norme legislative statali fino alla L. n. 125 del 2013, già richiamata.

La stessa ASL appellante ha esplicitamente utilizzato tali norme di proroga per assumere personale a tempo indeterminato nel 2012 e a tempo determinato nel 2013, attingendo alla medesima graduatoria nella quale sono inserite le appellate. In ogni caso la difesa appellata osserva che l'eventuale scadenza della norma di proroga sarebbe irrilevante dal momento che - per giurisprudenza costante - vale il momento in cui il ricorso è stato depositato nel quale era ancora in corso l'ordinario termine triennale di validità.

Quanto al secondo motivo di appello relativo alla pretesa della ASL di non conteggiare in organico i 15 posti derivanti da riqualificazione gli appellati condividono gli argomenti spesi dalla sentenza del TAR, che sono fondati su documenti della stessa ASL che smentisce con quanto sostenuto nell'appello i suoi stessi atti. La difesa della ASL richiama in modo inconferente sia la L. n. 289 del 2002 sia gli istituti di riqualificazione previsti dagli articoli 12 e 19 del CCNL comparto sanità rispettivamente per il 2000-2001 e il 2002-2005. La nota del direttore generale del 14 marzo 2003 infatti quantifica i posti per la qualifica di assistente in 76, 55 coperti, 6 per procedure di mobilità e 15 per riqualificazione. Le verticalizzazioni verso i livelli C e D operano entrambe sui posti vacanti in modo da garantire che resti invariato il numero totale del personale. Inoltre dei ventotto posti indicati per la verticalizzazione da C a D dalla ASL solo 19 sono stati effettivamente trasformati. Lo conferma una delibera del 2004 della medesima ASL DG n. 1134/2004, che, pur se successivamente annullata per altre ragioni dalla Regione, quantifica in 76 i posti coperti e in 92 posti le esigenze da coprire. E' evidente *ictu oculi* come sia del tutto implausibile che i 15 posti formati in via di riqualificazione siano temporanei e siano dunque posti inesistenti. La temporaneità vale solo per il finanziamento che grava solo per il personale che si avvale della riqualificazione sui fondi contrattuali, mentre per il seguito i relativi posti tornano ad essere

finanziati con le risorse ordinarie. Vale a dire che al cessare dei rapporti di lavoro avviati con la riqualificazione i fondi contrattuali non potranno essere più utilizzati e si tornerà al finanziamento ordinario come per ogni altro posto in pianta organica. La quantificazione dei posti in riqualificazione è effettuata sulla base della programmazione dei fabbisogni ai sensi degli articoli 6 e 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001 e quindi comportano variazioni compensative della pianta organica. Se si sommano le variazioni di organico conseguenti alla riqualificazione, si giunge ad un organico pari a 115 unità nel 2009, proprio quando la ASL pretende di fissare in novanta unità l'organico degli assistenti amministrativi, deliberando un aumento di trenta posti per procedere ad un concorso, aumento che non è tale e che invece corrisponde esattamente ad una ricognizione dello statu quo. Se fosse vera la ricostruzione offerta dalla ASL, quest'ultima ammetterebbe di aver assunto a tempo determinato proprio le ricorrenti in primo grado e attuali appellate come idonee non vincitrici per coprire posti fuori dalla pianta organica. La medesima ASL, pur di negare la natura non nuova dei posti, confesserebbe di aver assunto 90 persone a tempo indeterminato, nonostante che la dotazione organica secondo la sua ricostruzione nell'atto di appello sarebbe di 78. In realtà l'Azienda ha assunto 26 vincitori + 10 idonei al momento della conclusione del concorso bandito nel 2007 con la Delib. n. 957 del 2009. Poi invece di procedere a scorrimento della graduatoria per ulteriori assunzioni a tempo indeterminato utilizzava la stessa graduatoria per ulteriori assunzioni a tempo determinato tra cui quelle delle attuali appellate, che non sono giustificate da maternità o da altre esigenze temporanee ma rispondono al fabbisogno strutturale dell'ente. Alla scadenza dei contratti, invece di assumere a tempo indeterminato le ricorrenti, l'Amministrazione appellante procedeva prima a costosi appalti di manodopera e poi all'indizione di un nuovo bando di concorso. Da qui la illegittimità degli atti impugnati, giustamente riconosciuta dalla sentenza del TAR.

Con memoria di replica depositata in data 6 marzo 2014 le appellanti riprendono le argomentazioni già svolte sia in ordine alla piena validità della graduatoria attestata dalle assunzioni disposte dalla stessa ASL nel corso del 2012 e 2013, sia in ordine al numero dei posti in organico al momento della formazione della graduatoria, ove si confondono le modalità di finanziamento dei posti con i posti stessi. I posti di cui alle riqualificazioni che la ASL non vuole considerare certo non potrebbero essere coperti se non fossero previsti in organico. Ciò alla stregua dei principi generali che governano le pubbliche amministrazioni come interpretati dalla Corte costituzionale, secondo la quale le assunzioni pubbliche avvengono previo concorso e previa rideterminazione della dotazione organica complessiva. Dai documenti e dalle tabelle della stessa ASL i posti risultanti dalle riqualificazioni sono regolarmente considerate, come del resto prevede espressamente l'art. 34 della L. n. 289 del 2002, che ridetermina le piante organiche sulla base degli organici esistenti al 31 dicembre 2002, includendo le riqualificazioni in corso. Le progressioni verticali sono infatti uno strumento derivante dalla contrattazione collettiva per la copertura di posti disponibili. In tali casi vi deve essere un provvedimento di trasformazione di tali posti nella dotazione organica con aumento in una fascia di personale e corrispondente diminuzione in quella inferiore. Lo precisa in modo inequivoco l'art. 19, comma 1, lett. d) del CCNL del 19 aprile 2004: tale sviluppo verticale avviene a seguito di trasformazione dei posti del relativo organico, mediante passaggi di livello economico e di categoria. Infine sono del tutto errate le cifre fornite in modo parziale e incompleto dalla Azienda in ordine agli effetti delle verticalizzazioni. Se si sommano tutte le operazioni compiute in questo campo con le delibere di aumento dell'organico si giunge ad un cifra ben superiore a quella indicata non soltanto dalla ASL, ma anche dalla sentenza fino ad un numero di 115, cui si dovrebbero ulteriormente aggiungersi i numerosi posti creati a seguito di delibere concernenti la fuoriuscita di singoli dipendenti dalla posizione di assistenti amministrativi.

5. - La causa è stata discussa e trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 27 marzo 2014.

6. - L'appello è fondato nel merito.

6.1. - La questione determinante per la definizione della controversia non è se la graduatoria sia valida ed efficace, ma quella se i posti messi concorso con il principale provvedimento impugnato siano preesistenti o di nuova istituzione con specifico riferimento alla applicazione della disposizione dell'art. 91, comma 4, del T.U.E.L. (D.Lgs. n. 267 del 2000), nella parte in cui esclude la validità delle graduatorie di idonei derivanti da precedenti concorsi nel caso in cui i posti di cui si tratta siano istituiti o trasformati successivamente alla indizione del concorso medesimo ("4. Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo.")

6.2. - Non è, infatti, contestato dalle parti il fatto che sia questa la disposizione da applicarsi nel caso in esame, sulla base della giurisprudenza che ne ha esteso l'applicazione come principio generale valido per tutte le Amministrazioni (lo afferma in particolare la stessa sentenza n. 14/2011 dell'Adunanza plenaria posta a base del ricorso di primo grado). Le parti ricorrenti in primo grado sostengono infatti che i posti non sono di nuova istituzione. Esse infatti contestano la deliberazione del Direttore Generale della A.S.L. n. 2 di Olbia, n. 2203 del 20 settembre 2011, avente ad oggetto la rideterminazione provvisoria della dotazione organica dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Olbia con l'incremento da 90 a 120 unità, che è tra i provvedimenti impugnati. La sentenza del TAR accoglie la loro tesi e dichiara illegittima tale deliberazione per non aver tenuto conto della reale composizione della dotazione organica, con riguardo alla qualifica di assistente amministrativo (pari invece a 105 unità considerando tra i posti a tutti gli effetti in organico anche i 15 posti già coperti a seguito della riqualificazione operata con la delibera n. 76, del 27 gennaio 2003, con la quale la ASL aveva disposto la trasformazione, secondo quanto previsto dall'art. 12 C.C.N.L. del Comparto Sanità, biennio 2000/2001, di 15 posti di cat. B in posti di cat. C.). La conseguenza è che secondo il TAR, contrariamente a quanto sostenuto dalla ASL, almeno la metà dei posti non sarebbero di nuova istituzione in quanto già esistenti al momento della indizione del concorso cui si infierisce la graduatoria degli idonei in oggetto. Pertanto, in base all'art. 91, comma 4, del T.U.E.L. e al principio di diritto enunciato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14/2011, per la loro copertura si dovrebbe applicare la preferenza per lo scorrimento della graduatoria, salva espressa motivazione che giustifichi un'altra scelta dell'Amministrazione, motivazione che evidentemente manca sostenendo l'Amministrazione che i posti fossero tutti di nuova istituzione giusta la deliberazione di aumento dell'organico n. 2203 del 20 settembre 2011.

6.3. - Su questo punto il Collegio si discosta dalla sentenza del TAR ritenendo invece legittima la deliberazione del Direttore Generale della A.S.L. n. 2 di Olbia, n. 2203 del 20 settembre 2011, avente ad oggetto la rideterminazione provvisoria della dotazione organica dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Olbia con l'aumento di 30 posti della pianta organica degli assistenti amministrativi. La deliberazione, infatti, rappresenta la conseguenza della impostazione coerentemente adottata dalla ASL, secondo la quale la variazione di organico, derivante dalla riqualificazione per i 15 posti dal livello B al livello C, per come è espressamente disciplinata dal citato art. 12, ha certamente carattere temporaneo in connessione alla durata della permanenza in servizio dei soggetti che se ne sono avvalsi, in base alla procedura straordinaria con la quale è stata disposta e finanziata. Il carattere temporaneo della variazione di organico è espressamente previsto dallo stesso provvedimento che attua la riqualificazione, come risulta dai documenti depositati dall'Amministrazione. Inoltre la stessa non può essere considerata una variazione permanente dell'organico, essendo prevista e finanziata - almeno in parte - in forma una tantum, sulla base dei fondi contrattuali e non dei fondi ordinari. La giurisprudenza citata dal TAR, secondo la quale non vi può essere assunzione senza che vi sia una corrispondente posizione di organico, ha una ratio esattamente opposta a quella per la quale viene utilizzata dalla sentenza impugnata e cioè tende a limitare rigorosamente le assunzioni all'interno di una predefinita pianta organica a cui

corrispondono finanziamenti ordinari e stabili. Pertanto tale giurisprudenza non può essere utilizzata in senso esattamente contrario e cioè nel senso di attribuire ad una riqualificazione - operata con una procedura extra ordinem e finanziata con fondi una tantum - lo stesso significato di una esplicita variazione di pianta organica ovvero quello di una riqualificazione ordinaria che interviene su preesistenti posti di organico, come dovrebbe sempre avvenire e come certamente non è avvenuto nel caso di specie, tanto è vero che sono stati adottati appositi, straordinari e temporanei finanziamenti con fondi diretti ad altre finalità, come avviene per la riqualificazione di cui si tratta.

6.4. - La tesi sostenuta dalla difesa appellata secondo la quale era previsto che, dopo la prima applicazione finanziata con fondi contrattuali, il finanziamento dei relativi posti in organico rifluisse sui fondi ordinari non ha alcun riscontro documentale e contrasta con la chiara formulazione del provvedimento agli atti che dispone la riqualificazione di alcuni dipendenti ex art. 12 del CCNL per il biennio 2000-2001 nella quale da' atto " che la riqualificazione dei dipendenti interessati, disposta con le modalità ed in applicazione dell'art. 12 del CCNL del Comparto sanità II biennio economico 2000-2001, determina una modificazione esclusivamente qualitativa della dotazione organica dell'Azienda, di carattere temporaneo, limitata alla durata del periodo di servizio dei dipendenti medesimi".

6.5. - Non può neppure essere interpretato nel senso sostenuto dalla difesa appellata l'art. 34, comma 3, della L. n. 289 del 2002, che ha anche esso un significato fortemente limitativo e non certo espansivo degli organici. Tale norma, non a caso contenuta nella legge finanziaria per il 2003, limita le dotazioni organiche provvisorie ai posti "in organico" effettivamente coperti, tenuto anche conto dei posti per i quali alla stessa data risultassero in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale. Se la ASL applica questa norma escludendo i posti oggetto della riqualificazione dall'art. 12 C.C.N.L. del Comparto Sanità, biennio 2000/2001, di 15 posti di cat. B in posti di cat. C.), evidentemente questa riqualificazione è intervenuta in via eccezionale e derogatoria al di fuori dell'organico preesistente ed ha carattere temporaneo essendo limitata alla durata in servizio del personale interessato, come risulta espressamente statuiti dai relativi provvedimenti (vedi precedente punto 6.5.). Essa è difatti finanziata in modo altrettanto eccezionale e derogatorio con fondi una tantum, che non sono per loro natura adatti a fornire copertura finanziaria ad una variazione permanente di organico, che infatti non viene contestualmente e formalmente disposta come si sarebbe dovuto fare. Non vi sono quindi i presupposti in base ai quali il giudice amministrativo può reinterpretare non la norma, ma le valutazioni relative ai dati di fatto a cui si applica, modificando in senso meno rigoroso la interpretazione che l'Amministrazione competente ha consapevolmente e volutamente inteso dare all'art. 34 in fase di attuazione e di applicazione al caso specifico. Non vi sono elementi che consentano di affermare che la riqualificazione ha operato su posti in organico già esistenti e quindi finanziati in bilancio. Anzi, date le modalità di finanziamento, vi sono elementi per escludere con certezza che si trattasse di posti in organico già finanziati in bilancio, come l'art. 34 con tutta evidenza richiedeva. La interpretazione adottata dalla ASL è pertanto conforme alla ratio limitativa della norma in oggetto, è più logica e rigorosa di quella adottata dal TAR, tenendo conto di dati essenziali e nient'affatto accessori o accidentali come la copertura finanziaria adottata. E' infatti soprattutto la copertura finanziaria, che consente di accertare se una determinata variazione di organico ha carattere strutturale o temporaneo e soprannumerario.

6.6. - L'argomentazione svolta costituisce una compiuta e autosufficiente motivazione a favore della legittimità della deliberazione n. 2203 del 20 settembre 2011, avente ad oggetto la rideterminazione provvisoria della dotazione organica dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Olbia e dunque il carattere di posti di nuova istituzione dei posti messi a concorso con il principale provvedimento impugnato. Questione considerata determinante ai fini della definizione della controversia.

6.7. - La difesa appellata sostiene che la formulazione del bando di concorso da cui deriva la graduatoria nella quale sono inserite le appellate impegnava la ASL allo scorrimento della graduatoria anche nel caso di posti di nuova istituzione. Secondo questo Collegio, invece, non può essere interpretata come incondizionato impegno allo scorrimento della graduatoria la formulazione del bando del concorso, che prevede il successivo scorrimento della graduatoria a favore dei candidati in essa utilmente collocati, previsione che va intesa secondo la normativa vigente e non in deroga ad essa, riguardando quindi i posti già esistenti in organico. Essa è per di più espressamente condizionata da "esigenze organizzative", che rinviano quindi alla discrezionalità propria della Azienda in materia di nuove assunzioni.

6.8. - In base alla motivazione esposta non sono essenziali ai fini del decidere gli ulteriori argomenti portati dalla ASL con la documentazione depositata solo in appello e non in primo grado relativamente al fatto che, se si considerassero in aumento della dotazione organica i 15 posti della riqualificazione dal livello C a B, si dovrebbero considerare anche il maggior numero di posti oggetto della analoga procedura di riqualificazione da C a D. Tale documentazione deve considerarsi ammissibile in appello (non essendo stata depositata in primo grado), nei limiti in cui può essere utile a dimostrare che la interpretazione adottata dalla sentenza impugnata, in contrasto con quella sostenuta dalla ASL in primo grado, conduce a conseguenze incongrue e parziali, non in grado di leggere ordinatamente e compiutamente la situazione amministrativa conseguente alle procedure di riqualificazione di cui si tratta. Di fatti, secondo quanto sostengono le stesse parti appellate nella ultima memoria di replica, se si tenesse conto delle riqualificazioni tra tutti i livelli interessati, sia da B a C, sia da C a D, il numero dei posti in organico per assistenti amministrativi crescerebbe ben oltre il numero indicato dalla ASL, ma anche oltre il numero indicato dalla sentenza del TAR fino a far precipitare nell'incertezza la configurazione dell'organico, che non avrebbe più una base nelle delibere adottate in materia di organico nella ASL. Tali conseguenze illogiche e certamente contrastanti con la accurata ricostruzione compiuta dal TAR delle delibere in materia di organico per gli assistenti amministrativi costituiscono una ulteriore dimostrazione della necessità di tener ferma la coerente impostazione interpretativa adottata dalla ASL conforme alla logica e alla norma che prevede le riqualificazioni rilevanti ai fini della presente controversia ex art. 12 del CCNL 2000/2001 per il Comparto Sanità

6.9. - Sulla base di questa ricostruzione, che dimostra che i posti messi a concorso sono di nuova istituzione ai fini dell'applicazione della già richiamata disposizione dell'art. 91, comma 4, del T.U.E.L.-D.Lgs. n. 267 del 2000 (nella parte in cui esclude lo scorrimento delle graduatorie di precedenti concorsi per le assunzioni relative a posti istituiti o trasformati successivamente alla indizione del concorso medesimo), il ricorso di primo grado risulta infondato.

E' appena il caso di ricordare che non sussiste alcun autonomo obbligo di motivazione della deliberazione che ha varato un nuovo concorso per posti che risultano di nuova istituzione sulla base della precedente delibera che ha ampliato l'organico, anch'essa legittima come si è dimostrato.

6.11. - Infine, deve precisarsi che - come ricordato dalla difesa appellata - nel corso del giudizio la normativa in materia si è modificata a favore dello scorrimento delle graduatorie di precedenti concorsi a seguito delle disposizioni di cui all'art. 4, commi 3, 3 - bis, 3 - ter e 3 - quater del D.L. n. 101 del 2013, convertito dalla L. n. 125 del 2013 ed entrato in vigore nel testo originario il 1 settembre 2013 e, nel testo comprensivo delle modifiche apportate nel corso della conversione, il 31 ottobre 2013. Per valutare con chiarezza i limitati effetti di tale normativa sui seguiti della vicenda in esame, la nuova normativa deve essere interamente riportata:

3. 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, e' 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.

3-bis. Per la copertura dei posti in organico, è comunque necessaria la previa attivazione della procedura prevista dall'articolo 33 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in materia di trasferimento unilaterale del personale eccedentario.

3-ter. Resta ferma per i vincitori e gli idonei delle graduatorie di cui al comma 3 del presente articolo l'applicabilità dell'articolo 3, comma 61, terzo periodo, della L. 24 dicembre 2003, n. 350.

3-quater. L'assunzione dei vincitori e degli idonei, nelle procedure concorsuali già avviate dai soggetti di cui al comma 3 e non ancora concluse alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è subordinata alla verifica del rispetto della condizione di cui alla lettera a) del medesimo comma.

6.12. - Tale normativa non giova alle ragioni delle parti appellate e gioca invece in senso contrario. Essa infatti non si applica *ratione temporis* alla vicenda in esame salvo che per l'applicazione delle disposizioni introdotte con la legge di conversione con l'art. 4, comma 3 - quater, che vanno in senso opposto alle attese delle parti appellate e nello stesso senso delle conclusioni fin qui acquisite sulla base della precedente normativa applicabile *ratione temporis* al caso in esame. La disposizione di cui al precedente comma 3 - quater si applica al concorso di cui alla impugnata deliberazione del Direttore Generale, n. 2804 del 24 ottobre 2012, in quanto ancora in via di svolgimento e consente di confermare anche ai fini degli esiti finali del concorso le conclusioni già raggiunte sulla base della normativa precedentemente vigente di cui all'art. 91, comma 4, del D.Lgs. n. 267 del 2000, in base alla quale si è accertata la legittimità della deliberazione dello stesso concorso. La norma di cui al comma 3-quater si applica allo stesso concorso ancora in via di svolgimento, condizionando la possibilità di procedere alle assunzioni conseguenti al completamento del concorso stesso alla già avvenuta assunzione dei vincitori dei precedenti concorsi, richiamando la lettera a) del precedente comma 3 dello stesso articolo, ma non anche la lettera b) relativa allo scorrimento della graduatoria a favore degli idonei di precedenti concorsi,. Pertanto le conclusioni già raggiunte sono confermate anche dalla normativa sopravvenuta ai fini degli esiti del concorso per quanto tale normativa possa considerarsi rilevante ai fini del presente giudizio.

7. - In base alle esposte considerazioni l'appello principale deve essere accolto nei termini di cui in motivazione e deve di conseguenza rigettarsi, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso in primo grado.

Va da se che, stante l'infondatezza della pretesa, va rigettata anche la richiesta di risarcimento del danno, avanzata peraltro in appello dalle parti appellate.

8. - In ragione della complessità delle questioni e dell'alternativo andamento del giudizio, le spese per entrambi i gradi 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,

accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore