Pubblicato il 11/04/2025

N. 03140/2025REG.PROV.COLL.
N. 06011/2024 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6011 del 2024, proposto da
Comune di Cuglieri, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mauro Barberio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Marzia Caputo, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 355/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2025 il Consigliere Annamaria Fasano e si dà atto che l'avvocato Mauro Barberio ha depositato domanda di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Marzia Caputo impugnava, chiedendone l'annullamento: i) la Deliberazione della Giunta Comunale n. 69 del 27.6.2023, con la quale era stato approvato il Piano Integrato di Attività e Organizzazione (P.I.A.O.) per il triennio 2023/2025; ii) il Piano Integrato di Attività e Organizzazione (P.I.A.O.) per il triennio 2023/2024.

2. La ricorrente riferiva che, con Determinazione dell'Area Amministrativa del Comune di Cuglieri n. 224/459 del 4 agosto 2021, era stato bandito un concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura di due posti di Istruttore Amministrativo Contabile, categoria giuridica C, posizione economica C1, CCNL Funzioni Locali, di cui un posto riservato al personale interno.

All'esito dello svolgimento delle prove, Marzia Caputo risultava idonea, collocandosi al secondo posto della graduatoria definitiva, approvata con Determinazione n. 212/407 del 26 agosto 2022, mentre risultavano vincitori Nicolò Desogos, primo nella graduatoria definitiva, e Riccardo Salvagnolu, collocatosi in ottava posizione, ma dipendente categoria B3 a tempo interminato del Comune di Cuglieri.

Con il superamento del concorso da parte di Riccardo Salvagnolu e la sua conseguente acquisizione della categoria C1, presso il Comune di Cuglieri risultava vacante la posizione che egli copriva prima del concorso, ossia quella di Collaboratore Amministrativo, categoria giuridica ed economica B3.

Con Deliberazione della Giunta Comunale n. 127 del 22 dicembre 2022 di approvazione del Piano Integrato di Attività e Organizzazione 2022/2024, si procedeva alla trasformazione del posto divenuto vacante dalla categoria giuridica ed economica B3, nella categoria giuridica ed economica C1, CCNL, Funzioni Locali.

Per la copertura di tale posto, il medesimo Piano aveva previsto, una volta espletata la procedura di mobilità obbligatoria dell'art. 34 bis del citato d.lgs.

n. 165/2001, lo scorrimento delle graduatorie vigenti all'esito di procedure concorsuali svolte dall'Amministrazione comunale per la copertura di posti a tempo indeterminato.

La graduatoria nella quale la ricorrente occupava la seconda posizione, pubblicata in data 26 agosto 2022, era tutt'ora valida, non essendo trascorso il biennio previsto dall'art. 35, comma 5 ter, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, applicabile anche agli Enti locali.

Per tale ragione, sulla base del Piano 2022/2024, la ricorrente avrebbe dovuto, a suo dire, essere chiamata dal Comune di Cuglieri per la copertura del nuovo posto C1 vacante.

Invece, con la Deliberazione della Giunta Comunale n. 69 del 27 giugno 2023, nonostante la vigenza del vecchio Piano in scadenza nel 2024, veniva approvato il nuovo Piano Integrato di Attività e Organizzazione per il triennio 2023/2025 prevedendosi, in discontinuità rispetto al precedente Piano, di ricorrere per la copertura del predetto posto C1 alla procedura di mobilità volontaria ex art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (sempre comunque in subordine rispetto alla mobilità obbligatoria ex art. 34 bis del d.lgs. n. 165/2001) e, solo in ulteriore subordine, allo scorrimento delle graduatorie vigenti.

La ricorrente allegava che tale decisione non era stata condivisa dal Responsabile del Servizio Amministrativo e dal Responsabile del Servizio Finanziario dell'Ente, i quali avevano espresso parere sfavorevole alle modalità di reclutamento del personale per la copertura del posto categoria C1 vacante mediante mobilità volontaria ex art. 30, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 in via prioritaria rispetto allo scorrimento delle graduatorie a tempo indeterminato dell'Ente ancora vigenti; anche il Revisore dei Conti, con parere del 13 giugno 2023, aveva consigliato di adottare per il reclutamento della suddetta figura lo scorrimento delle proprie graduatorie a tempo indeterminato, ai sensi della legge n. 160 del 2019 (Legge Finanziaria 2019).

Per i suddetti motivi, Marzia Caputo riteneva il provvedimento viziato per violazione dell'art. 17, comma 1 bis, del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, e dell'art. 49 d.lg. n. 267 del 2000, oltre che non adeguatamente motivato.

Secondo la ricorrente erano illogiche e prive di fondamento le ragioni addotte dall'Ente a giustificazione della scelta di procedere alla copertura del posto in organico categoria C1 vacante mediante il ricorso alla procedura di mobilità volontaria, e solo in subordine tramite scorrimento della graduatoria vigente, incentrate sostanzialmente sul richiamo operato dall'Ente all'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000, secondo cui lo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti divenuti vacanti risultava vietato per i posti istituiti dopo l'approvazione delle predette graduatorie, al fine di evitare che l'Amministrazione potesse essere indotta a modificare la pianta organica al solo fine di favorire i soggetti dei quali conosceva a monte il nominativo.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, con la sentenza n. 355 del 2024, accoglieva il ricorso, ritenendo nella specie applicabile l'art. 17, comma 1 bis del d.l. n. 162 del 2019 convertito nella legge n. 8 del 2020, invocato dalla ricorrente, che prevedeva una deroga al divieto imposto dall'art. 91, comma 4, d.lgs. n. 267 del 2000. Secondo il Collegio di prima istanza, sulla base di tale disposizione, la copertura del posto C1 creato dopo la trasformazione del posto B3, rimasto vacante, mediante scorrimento della graduatoria risultava senz'altro possibile, nonostante il posto fosse stato istituito dopo che la predetta graduatoria era stata già approvata.

4. Il Comune di Cuglieri ha proposto appello avverso la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, rilevando che il ricorso alla mobilità volontaria è avvenuto a tutela dei principi di imparzialità e trasparenza che guidano l'operato della pubblica amministrazione, proprio per evitare che lo scorrimento, dopo aver modificato il posto della dotazione organica, sia disposto *ad personam*.

5. Marzia Caputo, benchè ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

6. All'udienza del 9 gennaio 2025, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

7. Con l'appello, il Comune di Cuglieri censura la sentenza impugnata assumendo che il ricorso alla mobilità volontaria è avvenuto a tutela dei principi di imparzialità e trasparenza che guidano l'operato della pubblica amministrazione. Nella specie, ad avviso dell'appellante, non gioverebbe alla controparte richiamare l'art. 17, comma 1 bis, del d.l. n. 162 del 2019, convertito, con modificazioni nella l. 28 febbraio 2020, n. 8, in quanto il citato dato normativo prevede una mera facoltà e non un obbligo di fare ricorso allo scorrimento. L'appellante richiama la giurisprudenza di settore, la quale esclude che l'istituto dello scorrimento delle graduatorie concorsuali possa essere utilizzato per la copertura di posti di nuova istituzione, mirando ad evitare che le amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica, al fine di assumere uno dei candidati inseriti in graduatorie, anche di altri Enti, i cui nomi siano già conosciuti.

7.1. La critica merita accoglimento.

7.2. Va premesso in fatto che, con Deliberazione della Giunta Comunale n. 127 del 22 dicembre 2022 di approvazione del Piano Integrato di Attività e Organizzazione 2022/2024, si è proceduto alla trasformazione del posto divenuto vacante dalla categoria giuridica ed economica B3, nella categoria giuridica ed economica C1, CCNL, Funzioni Locali.

Secondo la tesi sostenuta dalla sig.ra Caputo con il ricorso introduttivo, la Deliberazione della Giunta Comunale n. 69 del 27 giugno 2023 sarebbe illegittima in quanto, nonostante la vigenza del vecchio Piano in scadenza nel 2024, è stato approvato il nuovo Piano Integrato di Attività e Organizzazione per il triennio 2023/2025 prevedendosi, in discontinuità rispetto al precedente Piano, di ricorrere per la copertura del predetto posto C1 alla procedura di mobilità volontaria ex art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 e, solo in ulteriore subordine, allo scorrimento delle graduatorie vigenti.

7.3. L'assunto, condiviso dal Collegio di prima istanza, non è fondato.

In tal senso depone la piana lettura dell'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000, in combinato disposto con l'art. 17, comma 1 bis, del D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito nella L. 28 febbraio 2020, n. 8.

L'art. 91, comma 4 cit. dispone che: "*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*".

Questo Consiglio di Stato ha precisato che "*L'art. 91, comma4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nella parte in cui esclude l'utilizzo per scorrimento delle graduatorie concorsuali di idonei derivanti da precedenti concorsi nel caso in cui i posti in questione siano stati istituiti successivamente all'indizione del concorso medesimo, afferma un principio generale valido per tutte le Amministrazioni pubbliche*" (Cons. Stato, sez. III, n. 4999 del 2014; id. n. 4438 del 2014).

Ciò in quanto si vuole evitare che le pubbliche Amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica al fine di assumere uno dei candidati inseriti in graduatoria, i cui nomi sono già conosciuti.

Si deve ritenere, infatti, che il vincolo stabilito dall'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 sia valido e preponderante rispetto all'estensione della validità delle graduatorie.

In tema di reclutamento sono enucleabili due successive fasi: la prima si incentra sulla determinazione relativa all'*an* della copertura del posto vacante ed ha contenuto ampiamente discrezionale, essendo riconducibile a una scelta organizzativa di esclusiva pertinenza dell'Ente (da ponderare anche alla luce di eventuali vincoli assunzionali al contenimento della spesa pubblica, considerato che il costo per personale costituisce un importante segmento di spesa di parte corrente capace di incidere pesantemente sull'equilibrio di bilancio dell'Ente); la seconda attiene al *quomodo* dell'assunzione (che, in linea di massima approssimazione, si snoda attraverso l'alternativo ricorso all'istituto della mobilità, all'utilizzo di graduatoria ancora vigenti o

all'indizione di un concorso pubblico), laddove i margini di discrezionalità si assottigliano nei termini di seguito indicati.

Con riferimento all'Amministrazioni pubbliche, nell'attuale tessuto legislativo, trova vigore l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza amministrativa dell'art. 35, comma 5 ter, del TUPI (che essenzialmente riproduce il contenuto dell'art. 91, comma 4, del TUEL), secondo il quale: "*Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni* (efficacia ridotta rispetto al precedente limite triennale in forza dell'art. 1, comma 149, della legge di bilancio per l'anno 2020) *dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali*".

Va tuttavia precisato che, ai sensi del d.l. 14 marzo 2025 n. 25, attualmente, il termine di validità biennale non riguarda gli Enti locali, rimanendo salvi i termini di durata delle graduatorie, secondo la disciplina posta dall'art. 91 del TUEL a mente del quale: "*per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione*".

Orbene, con riferimento al divieto imposto dall'art. 91, comma 4, del TUEL, l'Adunanza Plenaria n. 14 del 2011 del Consiglio di Stato, richiamata, da ultimo, dal Consiglio di Stato, sez. III, n. 4013 del 2020, ha precisato che: "*Ferma restando, quindi, la discrezionalità in ordine alla decisione sul se della copertura del posto vacante, l'amministrazione, una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento, dando conto, in ogni caso, della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso… d) Nel motivare l'opzione preferita, l'amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso*".

Orbene, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza contabile (Deliberazione n. 85/2020 PAR – Corte dei Conti – Sezione del controllo per

la Regione Sardegna) e amministrativa, la scelta in ordine agli interessi da privilegiare e, quindi, l'individuazione delle modalità di reclutamento alla quale fare ricorso, ossia ricorrere allo scorrimento delle graduatorie proprie o appartenenti ad altri enti (previo accordo tra le P.A.), per il medesimo profilo professionale, oppure ricorrere alla procedura concorsuale, rientra nell'esclusiva competenza dell'Amministrazione locale che dovrà orientarsi nell'ambito della cornice normativa disegnata dal legislatore e dei circoscritti spazi discrezionali riservati all'esclusivo apprezzamento dell'Ente.

Nell'ipotesi in cui il soggetto pubblico opti per lo scorrimento della graduatoria, che rappresenta la 'modalità prioritaria di reclutamento del personale della P.A.' (Cass., sez. lavoro, ordinanza n. 2316 del 2020), è tenuta all'applicazione del principio dell'art. 91 del TUEL, con le limitazioni previste dal comma 4.

7.4. Né si può predicare che l'art. 17, comma 1 bis, del d.l. n. 162 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 8 del 2020 (c.d. Milleproroghe) abbia determinato una implicita disapplicazione dell'art. 91, comma 4, del TUEL.

La disposizione ha previsto che: "*Per l'attuazione del piano triennale dei fabbisogni di personale di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, gli enti locali possono procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti previsti nel medesimo piano, anche in deroga a quanto stabilito dal comma 4 dell'articolo 91 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*".

Secondo la tesi sostenuta dalla ricorrente, infatti, condivisa dal Tribunale di prima istanza, il disposto normativo consentirebbe di disapplicare la disposizione dell'art. 91, comma 4, del TUEL, aprendo la possibilità di utilizzare le graduatorie anche per la copertura dei 'posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso'.

Orbene, tale interpretazione urta con la *ratio* sottesa alla disposizione invocata, secondo cui anche per la copertura dei 'posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso', non sarebbe possibile lo

scorrimento, e, di riflesso, le assunzioni 'ad personam', dovendosi dare rilievo al fatto che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha ritenuto che '*la regola (*del divieto di procedere allo scorrimento delle graduatorie per la copertura di posti istituiti o trasformazione dopo l'indizione del concorso posta dall'art. 91 in commento*) sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche'* (Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria n. 14 del 2011), essendo preminente l'esigenza di evitare che "*le pubbliche amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica, al fine di assumere uno dei candidati inseriti in una determinata graduatoria, i cui nomi siano già conosciuti"*(Cass. civ., sez. lavoro, n. 2316 del 2020).

Nella specie, non è contestato che la posizione lavorativa debba considerarsi nuova rispetto alla dotazione organica precedente (posto in organico C1 divenuto tale a seguito della trasformazione del posto vacante B3), e non vi è dubbio che l'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000, nel prevedere il divieto di scorrimento '*per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo*', sia finalizzato a garantire l'imparzialità e trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione e ad evitare che le scelte dell'ente, '*quanto alla programmazione del fabbisogno del personale ed alla individuazione delle modalità di reclutamento, possano essere condizionate dal fatto che siano noti i nominativi dei soggetti collocati in posizione utile nella graduatoria già formata*'.

Il divieto resta circoscritto alle posizioni di nuova istituzione e, come si è detto, si giustifica con la necessità di '*impedire alle amministrazioni di costituire posizioni di lavoro ad hoc al solo fine di assumere soggetti graditi, risultati idonei, ma non vincitori, all'esito della procedura concorsuale*', con la conseguenza che lo scorrimento della graduatoria, che costituisce modalità prioritaria di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, è precluso in caso di nuova istituzione o di trasformazione di posti non previsti nella dotazione organica adottata al momento della indizione della procedura concorsuale, e tale divieto non subisce deroghe a seguito dell'introduzione

dell'art. 17, comma 1 bis, del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito nella l. 28 febbraio 2020, n. 8.

Ciò in quanto, come testualmente dispone la norma, viene concessa la 'facoltà' all'ente procedente di derogare ai principi statuiti dall'art. 91, comma 4, del TUEL, stante la chiara locuzione 'possono' laddove si dispone: '*Per l'attuazione del piano triennale dei fabbisogni di personale di cui all'art. 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, gli enti locali* possono *procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti previsti nel medesimo piano, anche in deroga a quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 91 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*'.

Va, infatti, condivisa l'interpretazione offerta dalla Corte di conti (Sez. contr. Sardegna, deliberazione n. 85 del 2020 cit.) secondo cui, in ipotesi di eventuale deroga al divieto di cui all'art. 91, comma 4, TUEL, si impone all'Amministrazione un obbligo motivazionale più pregnante idoneo a sorreggere le determinazioni inerenti il reclutamento del personale, con ciò facendo intendere che la deroga è conseguente ad una valutazione discrezionale e non è un obbligo imposto per legge.

Ciò anche al fine di ritenere che la disciplina contenuta nell'art. 91, comma 4, del TUEL, in assenza di modifiche espresse o di fenomeni di abrogazione implicita, risulta vigente e da osservare (cfr. Deliberazione n. 72/2019/PAR – Sezione regionale di controllo della Corte dei conti della Puglia).

7.5. Dei suddetti principi si è fatto carico il Comune di Cuglieri, secondo un criterio ispirato a ragionevolezza, trasparenza e correttezza, decidendo di approvare il nuovo Piano Integrato di Attività e Organizzazione per il triennio 2023/2025 prevedendo, in discontinuità rispetto al precedente Piano, in via preferenziale il ricorso alla mobilità volontaria, e solo in subordine, l'utilizzo delle graduatorie vigenti.

L'Ente, inoltre, ha fornito una chiara ed esaustiva motivazione delle ragioni della scelta, facendo riferimento in sostanza alla volontà di non voler favorire la candidata inserita nella graduatoria nella quale si conosceva già il

nominativo al momento dell'istituzione del nuovo posto e, testualmente, precisando: "*la mobilità consente di rispettare il principio generale di evitare che le pubbliche amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica, al fine di assumere uno dei candidati inseriti in una determinata graduatoria, i cui nomi siano già conosciuti sebbene nel caso di esito negativo della mobilità si dovrà dar seguito alla modalità di reclutamento scorrimento di propria graduatoria come espressamente indicato dal Piano*".

Pertanto, diversamente da quanto sostenuto dal Collegio di prima istanza, appare adeguatamente motivata e non affetta da eccesso di potere la decisione contenuta nel Piano 2023/2025 di utilizzare, per il reclutamento nell'anno 2023 della figura di n. 1 istruttore amministrativo contabile a tempo pieno e indeterminato cat. C1, innanzitutto la procedura di mobilità volontaria e solo in subordine lo scorrimento delle proprie graduatorie a tempo indeterminato, anziché il contrario.

8. In definitiva, l'appello va accolto e, per l'effetto, la sentenza censurata va riformata, con conseguente rigetto del ricorso originario proposto da Marzia Caputo avverso i provvedimenti impugnati.

9. Le ragioni della decisione e il recente consolidarsi della giurisprudenza di legittimità sulle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso introduttivo presentato da Marzia Caputo.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Annamaria Fasano	**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO