



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**12 settembre
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Gli idonei non vincitori di concorso non hanno alcun diritto all'assunzione
- ❖ Alcuni chiarimenti circa la procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori per importi pari o superiori a 150.000,00 euro ed inferiori a 1.000.000,00 di euro
- ❖ I ciclisti possono utilizzare le strade ordinarie, ma i mezzi a motore non possono mai attraversare le piste ciclabili
- ❖ La mobilità fra gli enti pubblici prevale sull'interesse allo scorrimento della graduatoria

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Gli idonei non vincitori di concorso non hanno alcun diritto all'assunzione

La sentenza numero 3677/2016 della V sezione del Consiglio di Stato segna un radicale punto di svolta rispetto alla giurisprudenza precedente, in quanto afferma che la mobilità esterna deve essere attivata prima dello scorrimento di una graduatoria valida dell'ente. Va anche detto che la situazione di cui si occupa la sentenza riguarda un caso particolare, cioè quello della mobilità riservata ai dipendenti in esubero degli enti di area vasta, ma i principi affermati dalla Corte sono di carattere generale e smentiscono la vulgata secondo cui, per far fronte al contenimento della spesa per il personale, il legislatore avrebbe privilegiato lo scorrimento delle graduatorie.

I concetti fondamentali della pronuncia sono in sostanza due. Il primo è che non esiste alcun obbligo di assunzione per i candidati non vincitori di concorso, ma utilmente collocati in graduatoria, né tantomeno vi è alcun diritto di tutela per queste figure. Il secondo è che la mobilità volontaria non deve essere considerata come un'assunzione a tutti gli effetti, trattandosi sotto molti punti di vista di un mero trasferimento. Questo comporta per ovvie ragioni un affievolimento della tutela degli idonei ai concorsi e questo principio è molto diverso da quanto affermato negli anni passati dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato che aveva ritenuto di far prevalere la tutela degli idonei.

Essere quindi utilmente collocato in graduatoria non obbliga l'ente a procedere all'assunzione, ma al massimo causerà il divieto di bandiere un nuovo concorso. Inoltre non costituiscono prova della volontà dell'amministrazione di effettuare nuove assunzioni né l'indizione di una procedura concorsuale, poi annullata, né il fatto di aver assunto a tempo determinato figure del medesimo profilo professionale.

Molto importante è il secondo profilo, cioè

che non vi è alcuna illegittimità nel ricorrere alla mobilità esterna invece che utilizzare lo scorrimento della graduatoria. Come abbiamo visto, al massimo il permanere di una graduatoria valida potrebbe rendere illegittima l'indizione di una nuova procedura concorsuale, ma certamente non rende illegittima l'attivazione della procedura di mobilità volontaria. A sostegno di questa impostazione i magistrati richiamano quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza 211/2012 in merito al carattere della mobilità volontaria, che differirebbe dall'assunzione di nuovo personale perché si tratterebbe solamente di un trasferimento dello stesso. Questo in quanto con la mobilità volontaria non si portano nuovi soggetti esterni all'interno della sfera del pubblico impiego, causando un consequenziale aumento dei pubblici dipendenti, ma si tratta di un passaggio fra amministrazioni che rende neutro per l'insieme della macchina pubblica il costo dell'operazione. A supporto di questo assunto i magistrati citano una serie di provvedimenti normativi volti a contenere la spesa tramite il blocco o la limitazione delle assunzioni, ma che non hanno mai toccato l'istituto della mobilità volontaria.

Diventa a questo punto fondamentale che il Governo, mentre si sta occupando di redigere la riforma del pubblico impiego, dia una disciplina chiara e specifica a questa materia. Una regolamentazione specifica diventa necessaria per capire quando lo scorrimento della graduatoria sia necessario o possibile e per chiarire definitivamente se la mobilità volontaria sia sempre da privilegiare nell'ottica di un'economia generale del mercato interno delle pubbliche amministrazioni, oppure debba essere declinata sulla base delle esigenze funzionali ed organizzative dei vari enti, con la conseguenza naturale di una sua forte limitazione. In questo quadro, va aggiunto che dal 31 dicembre 2016 scadrà la proroga della validità delle graduatorie concorsuali degli anni precedenti, quindi quantomeno dal 2007, e

la validità delle stesse tornerà ad essere solo triennale.

Alcuni chiarimenti circa la procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori per importi pari o superiori a 150.000,00 euro ed inferiori a 1.000.000,00 di euro

L'art. 36, comma 2, lett. c) del nuovo Codice dispone che i contratti di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000,00 euro e inferiore a 1.000.000,00 euro possono essere affidati *“mediante la procedura negoziata di cui all'art. 63”* con consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

La procedura delineata ricalca, in sostanza, quella dettata all'art. 36, comma 2, lett. b) per i lavori di valore compreso tra i 40.000,00 € ed i 150.000,00 € ma l'espresso richiamo alla procedura negoziata di cui all'art. 63 ha posto non pochi problemi interpretativi.

Così, già l'Autorità Nazionale Anticorruzione è intervenuta con proprie linee guida a chiarire che, fondamentalmente, si tratta di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di gara e specifiche formalità, se non quelle relative all'estensione a dieci del numero minimo di operatori economici da invitare al confronto competitivo, previo svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi di operatori economici.

Tuttavia l'ANAC ha parimenti invitato all'assunzione da parte delle stazioni appaltanti – anche alla luce dell'ampiezza del limite di soglia fino a 1.000.000,00 di euro, scaglione in cui si collocherà buona parte dei lavori pubblici degli enti locali – di meccanismi idonei a garantire la

trasparenza della procedura e la parità di trattamento degli operatori economici.

In particolare, poi, è stato affermato che per affidamenti di importo elevato, superiori a 500.000 euro, la scelta di una procedura negoziata deve essere adeguatamente motivata in relazione alle ragioni di convenienza.

Sull'argomento è intervenuto anche il parere n.1903/2016 del Consiglio di Stato che, a riguardo del richiamo della procedura negoziata di cui all'art. 63 (procedura negoziata senza bando in casi tassativi), conferma non essere chiara la portata di tale riferimento e, in particolare, se sia da intendere come rinvio alle sole regole procedurali, come sembrerebbe forse opportuno, o anche come rinvio ai presupposti sostanziali.

Va ricordato come nella previgente disciplina recata dall'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a un milione di euro era chiaro il richiamo alle sole regole procedurali della procedura negoziata senza bando, richiamandosi *“la procedura di cui all'articolo 57, comma 6”* e non l'intero art. 57, corrispondente all'attuale art. 63.

D'altronde se il richiamo all'art. 63 venisse inteso come riferimento ai presupposti sostanziali, la previsione sarebbe inutile: non avrebbe peraltro senso aggravare, a parità di presupposti sostanziali, la procedura negoziata per gli appalti inferiori a 1 milione di euro, prevedendo la consultazione di *“almeno dieci operatori”*, come prescrive l'art. 36, comma 2, lett. c), laddove l'art. 63, per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, prevede la consultazione di *“almeno cinque operatori”*.

Dunque sembra chiaro che la procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. c), prescindendo dai presupposti sostanziali di cui all'art. 63.

Ma, anche ove fosse inteso come richiamo alle regole procedurali, il rinvio può a ben

vedere rivelarsi inutile, atteso che le regole procedurali già dettate in modo esaustivo nell'art. 36 rendono superfluo l'utilizzo di quelle, più scarse, contenute nell'art. 63.

Apparentemente, l'unico significato utile del richiamo all'art. 63 potrebbe desumersi dalla circostanza che nel comma 6 dell'art. 63 si stabilisce che gli operatori invitati alla procedura negoziata senza bando devono essere in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti per procedure ordinarie di pari importo. Ma, anche in tal caso, tale regola, sicuramente applicabile alla procedura di cui all'art. 36, comma 2, lett. c), si desume già dall'art. 36, comma 5.

Il Consiglio di Stato ritiene pertanto utile vengano forniti con le linee guida chiarimenti esegetici, il tutto nelle more di un auspicabile decreto correttivo del codice, che sopprima, ove non emergano diverse ragioni ostative, il richiamo all'art. 63 nell'art. 36, comma 2, lett. c).

I ciclisti possono utilizzare le strade ordinarie, ma i mezzi a motore non possono mai attraversare le piste ciclabili

Il Tar Trento, con la sentenza numero 326 del 21 luglio ha ribadito che la pista ciclabile, visto l'interesse pubblico intrinsecamente correlato alla sua costruzione, non può essere attraversata da veicoli a motore anche solo parzialmente, salvo l'ammissione da parte della vigente normativa, in dettaglio dell'articolo 4 comma 6 del Dm 30 novembre 1999 numero 557, di una promiscuità dei percorsi ciclabili coi veicoli motorizzati, ma solo su carreggiata stradale. Questa pronuncia è arrivata a fronte della richiesta di ammissibilità della progettazione e realizzazione di una nuova pista ciclabile il cui percorso sarebbe stato destinato anche agli automezzi, seppur limitati a quelli dei proprietari dei fondi attraversati dalla pista al fine di rendere agevole ed accessibile

l'ingresso nelle proprietà per utilizzare i terreni agricoli.

Quindi, è lecito che le bici circolino sulle strade destinate alle auto, ma mai il contrario. Questo nonostante la consapevolezza che i percorsi misti sono quelli di maggior rischio per i ciclisti, ma che si rendono necessari per completare la rete di itinerari prevista dalla rete ciclabile ove per ragioni economiche o logistiche, come ad esempio l'insufficienza di spazi stradali, non sia possibile realizzare delle piste ciclabili.

E' il codice della strada a proibire espressamente che le piste ciclabili possano essere aperte al transito di veicoli a motore, anche solo parzialmente, in quanto l'articolo 3 definisce la pista ciclabile come parte longitudinale della strada riservata alla circolazione dei velocipedi. Gli articoli 157 comma 3 e 158 vietano in modo assoluto la sosta e la fermata dei veicoli motorizzati sulle piste ciclabili, mentre 182 comma 9 impone ai velocipedi di transitare solamente sulle piste loro riservate, ove esistenti. Inoltre, l'articolo 140 comma 7 del regolamento attuativo prescrive che le piste ciclabili siano separate dalle carreggiate mediante strisce continue affiancate o meglio ancora protezioni elevate sulla pavimentazione.

I giudici amministrativi confermano tale divieto di promiscuità citando l'articolo 2 del codice che ha definito come itinerario ciclopedonale la strada locale, urbana, extraurbana o vicinale, che sono quindi destinate prevalentemente all'utenza debole, cioè a ciclisti e pedoni, essendo caratterizzate da una sicurezza intrinseca a loro tutela, ma che per ovvie ragioni possono mantenere in alcuni casi un uso promiscuo a prevalenza di velocipedi e pedoni rispetto agli automezzi, ma mai il contrario.

L'articolo 4, comma 6, del Dm del 30 novembre 1999 numero 557, come ricorda la sentenza, individua una limitata possibile promiscuità delle piste ciclabili con i veicoli a motore, ma solo sulla carreggiata stradale e non sulle piste

dedicate ai velocipedi, con la sottolineatura che si tratta dei percorsi a maggior rischio per i ciclisti e quindi questo tipo di percorsi misti sono consentiti sol per dare continuità alla rete di itinerari prevista dal piano della rete ciclabili ove non sia possibile, come già abbiamo visto, costruire delle piste riservate.

In conclusione, la pur lecita necessità dell'amministrazione locale di contemperare la finalità di pubblico interesse nella costruzione di una pista ciclabile con le esigenze private dei proprietari dei terreni agricoli che necessiterebbero di attraversare la pista con mezzi motorizzati per poter lavorare i terreni, non può portare la discrezionalità amministrativa a piegarsi al punto tale di contravvenire ad espresse norme del codice della strada e del suo regolamento attuativo, oltre che alle indicazioni tecniche stabilite dal decreto ministeriale, finalizzate a garantire la maggior sicurezza possibile agli utenti della strada.

La mobilità fra gli enti pubblici prevale sull'interesse allo scorrimento della graduatoria

Mai come in questi anni le ormai rare assunzioni da parte dei Comuni hanno conosciuto vincoli e limiti, anche in termini procedurali.

Da ultimo, poi, la cd. riforma degli enti di area vasta ha portato con sé l'approvazione dell'art. 1, c. 424, della L. 190/2014, con cui si è cercato di disciplinare la ricollocazione del personale in soprannumero delle province destinatario dei processi di mobilità.

Ed è proprio su questi processi di mobilità che si è dovuto esprimere il Consiglio di Stato con la sentenza 23.8.2016, n. 3677, con cui è stata riformata la sentenza T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, n. 30/2016.

Avanti al giudice pugliese è stato

impugnato – da parte di una signora che aver partecipato ad un concorso pubblico bandito da un Comune nel 2009 ed utilmente collocata in graduatoria – l'avviso di mobilità esterna pubblicato dallo stesso comune riservata al personale di ruolo dichiarato in soprannumero degli enti di area vasta per la copertura di un posto di agente di polizia municipale, C1, in ragione del fatto che l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere allo scorrimento della graduatoria del concorso di mobilità prima di avviare la procedura di mobilità esterna.

L'adito tribunale, con la sentenza poi impugnata innanzi al Consiglio di Stato, ha accolto in parte il ricorso dichiarando, in particolare l'illegittimità dell'avviso di mobilità stante l'obbligo del Comune di procedere allo scorrimento della graduatoria ancora valida.

Ricorre in secondo grado l'Amministrazione, sostenendo che per effetto del vigente quadro normativo – L. 190 del 2014, comma 424 (secondo cui le regioni e gli enti locali per gli anni 2015 e 2016 possono procedere ad assunzioni solamente dei vincitori di concorso e non anche degli idonei, mentre il rimanente turn over deve essere destinato alla ricollocazione del personale in soprannumero delle province destinatario dei processi di mobilità, intesa questa ultima come cessione di contratto e non come assunzione, ciò in ragione della cosiddetta neutralità finanziaria per il pubblico erario) – correttamente si era avviata la procedura di mobilità esterna per la copertura del posto vacante di agente di polizia municipale invece che procedere allo scorrimento della graduatoria del precedente concorso.

Tale tesi viene apprezzata dai Giudici di Palazzo Spada i quali richiamano, ancor prima della L. 190/2014, la fondamentale esigenza di contenimento della spesa pubblica ed il conseguente primato dell'art. 30, comma 1, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale da la possibilità alla amministrazioni di ricoprire posti vacanti

in organico mediante passaggio diretto di dipendenti, appartenenti a una qualifica corrispondente in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell'amministrazione di appartenenza.

Tale modalità di assunzione del personale costituisce una ipotesi normale di reclutamento dei pubblici dipendenti, come precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza 30 luglio 2012, n. 211 che, in occasione dello scrutinio di legittimità dell'art. 13 della legge della Regione Basilicata 4 agosto 2011, n. 17, ha ritenuto che la predetta disciplina regionale prescriveva correttamente il ricorso obbligatorio alle procedure di mobilità dell'art. 30, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, prima di procedere all'utilizzazione delle graduatorie degli altri concorsi precedentemente espletati, oppure, in mancanza, di indire di nuovi.

In realtà l'esistenza di una graduatoria ancora valida limita – quando non esclude - l'indizione di un nuovo concorso, nondimeno non incide sulla potestà di avviare una procedura di mobilità: la mobilità è infatti alternativa all'assunzione di personale nuovo rispetto al concorso o allo scorrimento delle relative graduatorie; con la mobilità il personale non viene assunto, ma solamente trasferito con il consenso della amministrazione di appartenenza, che esercita una valutazione circa la necessità di mantenere presso di sé determinati soggetti.

Pertanto l'avvio della procedura di mobilità viene considerato legittimo da parte del Consiglio di Stato.