

Publicato il 16/01/2017

N. 00366/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02664/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2664 del 2016, proposto da Piero Manna, rappresentato e difeso dagli avvocati Pasquale Cerbo C.F. CRBPQL73E30G620H, Luigi Manna C.F. MNNLGU73P11B715X, Antonella Coviello C.F. CVLNNL82M50B715V, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Roberto D'Aprano in Napoli, v.le Colli Aminei, 36/B - P.Co Saia;

contro

Consiglio Nazionale delle Ricerche (Cnr), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata in Napoli, via Diaz, 11;

nei confronti di

Cataldo Pulvento non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del decreto senza data del Presidente del CNR, recante bando di «concorso pubblico per titoli ed esami per l'assunzione con contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato di una unità di personale profilo ricercatore, III livello professionale presso l'Istituto per i sistemi agricoli e forestali del Mediterraneo di Ercolano (NA)- afferente al dipartimento di scienze bio-agroalimentari del consiglio nazionale delle ricerche», codice concorso 367.2 DISBA ISAFOM RIC, pubblicato in Gazzetta ufficiale-serie speciale concorsi il 25 marzo 2016 e di tutti gli atti presupposti e connessi, ivi espressamente compresi la delibera del Consiglio di amministrazione del CNR 2 dicembre 2015, n. 165, conosciuta a seguito della pubblicazione del suddetto bando in quanto in esso citata e —per quanto occorrer possa- del decreto del Presidente del CNR 26 gennaio 2016, n. 4535; nonché di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale;

nonché per la condanna

- del CNR all'emanazione della decisione di scorrimento della graduatoria ancora efficace relativa al concorso bandito con decreto del Presidente del CNR 22 dicembre 2009, codice bando 364.97, codice di riferimento della selezione NA84/2.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consiglio Nazionale delle Ricerche (Cnr);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2017 il dott. Umberto Maiello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente ha partecipato al concorso indetto dal CNR con bando del 22 dicembre 2009 per il reclutamento, tra gli altri, di un ricercatore di III livello in Scienze agrarie, agroalimentari e veterinarie che, per quanto di più diretto interesse (codice NA84/2), avesse svolto successivamente alla laurea attività di ricerca per almeno un triennio sulla tematica delle *«relazioni acqua-suolo-pianta, con applicazioni di modellistica su base fisica a livello multiscala (laboratorio, parcella, territorio)»*, da assegnare all'Istituto per i sistemi agricoli e forestali del Mediterraneo -ISAFOM di Ercolano (NA).

All'esito della svolta procedura selettiva il ricorrente, pur conseguendo l'idoneità, veniva graduato (giusta provvedimento n. 0059003 del 5.8.2011) al secondo posto, alle spalle dell'unico vincitore.

Rappresenta che, a seguito dell'approvazione del piano triennale del fabbisogno, all'ISAFOM è stato assegnato un nuovo posto di ricercatore di terzo livello e che, per la copertura di tale posto, il CNR ha anzitutto espletato la procedura di mobilità, che però è andata deserta.

Di poi, aggiunge il ricorrente, il CNR, invece di procedere con lo scorrimento delle graduatorie tuttora valide ed efficaci, con gli atti qui gravati, avrebbe inspiegabilmente indetto un nuovo concorso per reclutare un ricercatore che si fosse occupato della tematica delle *«risposte [delle piante, ndr] agli stress idrici e salini di specie ad elevato contenuto proteico di nuova introduzione in ambienti a clima mediterraneo»* (art. 2, lettera g, del bando), aggirando l'obbligo dello scorrimento attraverso l'inserimento del corpo del bando di una clausola di puro stile secondo cui *«in relazione alla professionalità richiesta con il presente bando, necessaria a soddisfare le esigenze funzionali di codesto Istituto, non sussistono idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti secondo un criterio di equivalenza»*.

Sottolinea, inoltre, che la tematica prescelta nel nuovo bando corrisponde quasi letteralmente al titolo di un articolo firmato da più autori, uno solo dei quali però non è già assunto presso l'ISAFOM, da ritenersi probabilmente partecipante alla procedura in corso.

Avverso gli atti organizzativi della selezione de qua il ricorrente ha, dunque, spiegato domanda impugnatoria all'uopo articolando le seguenti censure:

1) *Violazione di legge per errata applicazione dell'art. 4, commi 3 e 4, d.l. 101/2013 e dell'art. 35, comma 5-ter, d.lgs. 165/2001. Eccesso di potere per carenza e contraddittorietà della motivazione, per travisamento dei fatti, nonché per violazione del principio di ragionevolezza;*

Alla stregua di consolidati principi giurisprudenziali, recepiti a livello normativo, lo scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace

rappresenterebbe la regola mentre l'indizione di un nuovo concorso costituirebbe l'eccezione, che richiede un'apposita ed approfondita motivazione, che dia conto tanto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei, quanto delle preminenti esigenze di interesse pubblico. Nel caso di specie, viceversa, pur disponendo della graduatoria del 2011 ancora valida ed efficace, il CNR avrebbe, del tutto inspiegabilmente, deciso di dare corso ad una nuova procedura concorsuale. Né, peraltro, può ritenersi adeguatamente motivata siffatta scelta, rivelandosi tautologica la clausola di stile apposta nel preambolo del bando impugnato.

Peraltro, il bando, in modo contraddittorio, prevedrebbe -quale requisito alternativo di ammissione al concorso- il generico «possesso di un dottorato di ricerca attinente alla tematica del bando».

2. In via subordinata, eccesso di potere per violazione del principio di imparzialità.

Si tratterebbe di un «bando fotografia, ossia tagliato su misura», siccome la scelta della tematica sarebbe stata mutuata dal testo di un articolo, di cui sarebbe coautore l'odierno controinteressato.

Resiste in giudizio l'Amministrazione intimata che ha concluso per il rigetto del ricorso siccome inammissibile e/o infondato.

Con ordinanza n. 1022 del 22.6.2016 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare. La suddetta ordinanza è stata riformata con decisione del Giudice d'Appello n. 4659 del 10.10.2016.

All'udienza dell'11.1.2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

Vanno, anzitutto, disattese le eccezioni sollevate, in rito, dall'Avvocatura erariale.

Segnatamente, non può essere condivisa l'eccezione di irricevibilità del ricorso, emergendo l'interesse qui azionato solo per effetto della pubblicazione del bando di concorso fatto oggetto di gravame e non già, come viceversa sostenuto nell'eccezione in esame, a seguito della pubblicazione del presupposto avviso di mobilità.

Ed, invero, la mobilità, come forma speciale di trasferimento, costituisce un'opzione organizzativa alternativa a quella dell'assunzione e la precede, sul piano logico e giuridico, come forma di copertura del posto vacante, di talchè rispetto alla prima opzione, quella cioè di ricorrere alla mobilità, il ricorrente non avrebbe potuto far valere il suo titolo preferenziale rinveniente dalla perdurante efficacia della precedente graduatoria concorsuale.

Si è, infatti, evidenziato in giurisprudenza che l'esistenza di una graduatoria concorsuale ancora valida limita o addirittura esclude l'indizione di un nuovo concorso, ma non incide sulla potestà di avviare una procedura di mobilità, che è alternativa all'assunzione di personale nuovo rispetto al concorso o allo scorrimento delle relative graduatorie, atteso che con essa il personale non viene assunto, ma solamente trasferito con il consenso della Pubblica amministrazione di appartenenza, che esercita una valutazione circa la necessità di mantenere presso di sé determinati soggetti (cfr. Consiglio di Stato sez. V 23 agosto 2016 n. 3677; Consiglio di Stato, sez. V, 28/06/2016

n. 2929).

D'altro canto, argomentando a contrario, anche a voler ritenere già predicabile l'onere d'impugnare l'avviso di mobilità, l'esito negativo del relativo interpello e le nuove determinazioni, qui gravate, di sperimentare (questa volta) forme di reclutamento per la copertura del posto rimasto vacante varrebbero di per se stesse –siccome nuova forma di esercizio del medesimo potere - a rendere di nuovo attuale e concreto l'interesse attoreo a far valere il suddetto titolo preferenziale. Del pari, priva di pregio è l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad i controinteressati.

Sul punto, ed in disparte il fatto che il mezzo qui in rilievo è stato partecipato anche ad altro soggetto, è agevole opporre che, in caso d'impugnazione di un bando di concorso, non sono individuabili soggetti che ricavano da esso un beneficio diretto ed immediato, come tali qualificabili come controinteressati in senso tecnico, ai quali il ricorso debba essere necessariamente notificato (T.A.R. Perugia, (Umbria), sez. I, 10/06/2016, n. 494; Consiglio di Stato sez. V 08 novembre 2012 n. 5694). Senza contare che i nominativi dei soggetti che partecipano alla procedura – e dunque individuabili solo in un momento successivo – non possono essere evinti dagli atti qui impugnati né vi è prova che siano stati resi conoscibili al ricorrente.

Tanto premesso, e venendo al merito della *res indicanda* occorre muovere dai noti postulati giurisprudenziali a mente dei quali 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. 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.

L'Amministrazione, una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, deve sempre motivare circa 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 particolare, è stato rilevato che, nel motivare l'opzione preferita, l'Amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'attuale ordinamento afferma un generale favore circa l'utilizzazione della graduatoria degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalente che devono, comunque, essere puntualmente specificate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso (cfr. CdS, Adunanza Plenaria n. 14 del 2011).

Peraltro, il legislatore in termini ancora più perentori ha previsto, all'articolo 4 comma 3 del D.L. 31/08/2013, n. 101, che:

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, è 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.

Orbene, rileva il Collegio che l'Amministrazione qui intimata, nel bandire – con gli atti oggetto di gravame - un nuovo concorso per ricercatore che si fosse occupato della tematica delle «risposte [delle piante, ndr] agli stress idrici e salini di specie ad elevato contenuto proteico di nuova introduzione in ambienti a clima mediterraneo» non ha fatto buon governo dei principi qui esposti.

Come già anticipato nella narrativa in fatto, il ricorrente risultava graduato (giusta provvedimento n. 0059003 del 5.8.2011) al secondo posto, e dunque alle spalle dell'unico vincitore, del precedente concorso indetto dal CNR bando del 22 dicembre 2009 per il reclutamento, tra gli altri, di un ricercatore di III livello in Scienze agrarie, agroalimentari e veterinarie che, per quanto di più diretto interesse (codice NA84/2), avesse svolto successivamente alla laurea attività di ricerca per almeno un triennio sulla tematica delle «relazioni acqua-suolo-pianta, con applicazioni di modellistica su base fisica a livello multiscala (laboratorio, parcella, territorio)», da assegnare all'Istituto per i sistemi agricoli e forestali del Mediterraneo -ISAFOM

di Ercolano (NA).

Alcun dubbio residua sulla perdurante vigenza della graduatoria de qua ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, comma 5-ter, d_lgs. 165/2001 e 4 comma 4, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, quest'ultimo come modificato dall'articolo 1 comma 368 della legge dell'11/12/2016, n. 232.

Il mancato utilizzo della suddetta graduatoria è stato affidato alla clausola pur contenuta nel bando – e giustamente definita di mero stile – con la quale l'Autorità procedente attestava che *«in relazione alla professionalità richiesta con il presente bando, necessaria a soddisfare le esigenze funzionati di codesto Istituto, non sussistono idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti secondo un criterio di equivalenza»*.

Appare di tutta evidenza l'inettitudine strutturale di siffatta proposizione a veicolare all'esterno le ragioni per cui le graduatorie all'epoca ancora efficaci – e tra esse quella del ricorrente – fossero state ritenute non conferenti sotto il profilo della equivalenza rispetto alla professionalità richiesta. La clausola in argomento si limita, invero, a dare atto, ed in forma riassuntiva, dell'esito negativo dell'indagine all'uopo svolta.

Tanto più che dalla succinta descrizione del profilo professionale contenuta nel bando non si evidenziano chiare differenziazioni rispetto alle caratteristiche proprie del posto oggetto del concorso nel quale il ricorrente è risultato idoneo.

Né risultano allegati atti preparatori da cui poter cogliere persuasive spiegazioni.

In definitiva, le (eventuali) particolari caratteristiche del nuovo posto messo a concorso e le (eventuali) ragioni per le quali si rendeva necessario procedere comunque ad una nuova procedura concorsuale non sono state sufficientemente evidenziate nella motivazione degli atti con i quali l'Amministrazione ha ritenuto di dover avviare una nuova procedura concorsuale senza aver prima provveduto allo scorrimento della precedente graduatoria ancora valida. E tanto sarebbe già di per sé sufficiente per invalidare gli atti impugnati (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 09/08/2016 n. 3557).

Di contro, l'emersione delle argomentazioni valorizzate a sostegno dell'opzione di privilegiare, quanto al profilo qui in rilievo, lo strumento di un nuovo concorso è avvenuta solo nel corso del presente giudizio in ragione dei chiarimenti resi direttamente dall'Avvocatura erariale nel corpo della memoria difensiva. E', invero, solo in tale sede che si è evidenziato che nel bando 364.97 posizione NA84/2 era richiesta una specifica competenza sulle "Relazioni acqua-suolo pianta con applicazioni di modellistica su base fisica a livello multiscala (laboratorio, parcella, territorio)" e «tale professionalità appare diversa dalla dimostrazione della capacità di svolgere attività di ricerca sulle risposte agli stress idrici e salini" che chiaramente implicano la conoscenza dei meccanismi fisiologici a livello di pianta e non l'applicazione di modelli fisici a livello multiscala».

L'esigenza tutelata sarebbe quella di rinforzare il settore di ricerca nel campo della fisiologia delle piante, alla luce della necessità, per

l'agricoltura, e specificamente nella regione mediterranea, di innovare gli ordinamenti colturali attuali.

Vale, anzitutto, premettere che il contributo “chiarificativo” contenuto nella suddetta memoria difensiva, nella parte in cui individua ed indica le specifiche valutazioni di stima del peculiare fabbisogno soddisfatto con il bando qui avversato, costituisce, a ben vedere, un'inammissibile integrazione postuma della motivazione del provvedimento (Consiglio di Stato, sez. VI, 18/07/2016, n. 319; Consiglio di Stato, sez. IV, 09/06/2016, n. 2456; Consiglio di Stato, sez. III, 02/05/2016, n. 1656), peraltro anche irritualmente operato attraverso un atto difensivo.

Ciò nondimeno, e sotto diverso profilo, nemmeno i suddetti “chiarimenti” valgono a tracciare una netta linea di demarcazione tra i profili professionali qui in comparazione sì da escludere la sussistenza di un rapporto di equivalenza.

Occorre prendere abbrivio dal fatto che viene qui in rilievo il fabbisogno di un ricercatore appartenente alla medesima area scientifica e che le tematiche di ricerca in raffronto – poste a base cioè delle due procedure selettive - non possono dirsi, in mancanza di ulteriori e più conferenti elementi, in rapporto di chiara alterità.

Il Collegio non ritiene di potersi ingerire nell'ambito della discrezionalità tecnica riservata all'amministrazione ma, come consentito nell'ambito di un sindacato debole, intende rilevare le evidenti incongruità e distonie nella motivazione (sebbene postuma) della scelta adoperata.

Ed, invero, già sul piano semantico, emerge, ad una piana lettura delle relative descrizioni, la tendenziale omogeneità tra le competenze professionali richieste nella nuova procedura selettiva - consistenti nel fatto che il candidato si fosse occupato della tematica delle «risposte [delle piante, ndr] agli stress idrici e salini di specie ad elevato contenuto proteico di nuova introduzione in ambienti a clima mediterraneo» - e la specifica expertise del ricorrente apprezzata nella pregressa procedura concorsuale siccome riferita alle "Relazioni acqua-suolo pianta con applicazioni di modellistica su base fisica a livello multiscala (laboratorio, parcella, territorio)".

Ed, invero, tale ultima proposizione letterale pone in chiaro risalto, di per se stessa, come la specifica competenza professionale del ricorrente involga, in apice, lo studio dei processi naturali che si pongono fra piante, terreno e processi idrici, all'interno del quale la tematica introdotta nel nuovo bando di concorso (*agli stress idrici e salini di specie ad elevato contenuto proteico di nuova introduzione in ambienti a clima mediterraneo*) è destinata a rimanere assorbita come applicazione e fenomenologia specifica. E', infatti, indubitabile che anche le risposte delle piante agli stress idrici e salini costituiscano effetti delle relazioni acqua-suolo pianta e non è dato comprendere le ragioni per cui proprio lo studio dei suddetti processi causali sia estraneo alle competenze del ricorrente che, viceversa, sembrano giustappunto includerli.

Allo stesso modo, appare più che verosimile, contrariamente a quanto eccepito dalla parte resistente, che l'acclarata competenza nello studio

dei suddetti rapporti implichi, per definizione, anche la conoscenza degli stessi singoli termini della suddette relazioni fenomeniche e, dunque, della stessa fisiologia delle piante.

All'interno della descritta cornice di riferimento l'applicazione di modelli fisici a livello multiscala – sulla quale molto indugia l'Amministrazione intimata - costituisce, dunque, una particolare metodica di indagine che riflette solo una competenza aggiuntiva di mero ausilio rispetto alla professionalità di base che resta, viceversa, incentrata sullo studio delle relazioni acqua-suolo pianta.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso va accolto e, per l'effetto, s'impone l'annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Condanna l'Amministrazione intimata al pagamento delle spese processuali, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila), nonché al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Maria Barbara Cavallo, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO