

N. 1496/10 Reg.Dec.

N. 1287 Reg.Ric.

ANNO 2009

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

d e c i s i o n e

sul ricorso in appello n. 1287/2009, proposto da

BARNÀ MARIA G., RAFFAELE ANTONINA, ZAGONE FRANCESCA, MAIELI ORESTE, RIZZARI CARMELINA, MAISANO GIUSEPPINA, SMIRALDI PAOLA, ILACQUA MARIO, MARTINES ANTONELLA e DONIA GABRIELLA, rappresentati e difesi dall'avv. Alessandra Aragona, elettivamente domiciliati in Palermo, via Massimo D'Azeglio n. 8, presso lo studio dell'avv. Antonino Arena;

c o n t r o

PAZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA "GAETANO MARTINO" DI MESSINA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Romano, elettivamente domiciliata in Palermo, via Trentacoste n. 89, presso lo studio Allotta;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (sez. IV) - n. 1115 del 7 giugno 2008.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'avv. A. Romano per l'Azienda ospedaliera;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore, alla pubblica udienza dell'8 aprile 2010, il Consigliere Guido Salemi;

Udito, altresì, l'avv. A. Aragona per i ricorrenti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O e D I R I T T O

1) - Con il ricorso introduttivo del giudizio, gli odierni appellanti impugnavano innanzi al T.A.R. della Sicilia - sezione staccata di Catania: a) la deliberazione del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera universitaria "G. Martino" di Messina n. 2032 del 24 agosto 2000, con la quale era stato bandito un concorso pubblico per titoli ed esami a n. 318 posti di operatore professionale di 1^a categoria - collaboratore (infermiere professionale); b) il bando stesso; c) il provvedimento con cui era stata approvata la graduatoria; d) la mancata ammissione alle prove di esame.

A loro avviso, l'Amministrazione avrebbe deciso di coprire i posti in questione senza considerare che essi, in virtù di reiterate e continuative proroghe di contratti a tempo determinato, avevano diritto a essere ammessi al concorso senza dover sostenere la preselezione e in ogni caso, avrebbero avuto diritto

alla riserva di posti, al pari dei dipendenti a tempo indeterminato.

2) - Con sentenza n. 1115 del 7 giugno 2008, il giudice adito dichiarava il ricorso irricevibile.

A suo avviso, le censure proposte dai ricorrenti andavano fatte valere con una tempestiva impugnazione del bando al momento della sua emanazione.

3) - I ricorrenti hanno proposto appello contro la summenzionata decisione.

Resiste all'appello l'Azienda appellata.

4) - E' erronea la declaratoria del T.A.R. di irricevibilità del ricorso.

Per giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato e dei T.T.AA.RR., l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando si costituisce con riguardo a quelle sole disposizioni concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione e a quelle che integrano un'immediata preclusione alla partecipazione alla gara. (cfr., di recente, C.d.S., sez. VI, 24 settembre 2009, n. 5726 e T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 11 marzo 2010, n. 83).

Nella specie, il bando consentiva ai ricorrenti di partecipare al concorso, sicché è solo dopo il mancato superamento della preselezione che è sorto l'interesse dei ricorrenti medesimi all'impugnazione del bando.

5) - Nel merito gli appellanti reiterano le censure dedotte nell'atto introduttivo del giudizio.

A loro avviso, la decisione di imporre loro la preselezione è illegittima perché non ha tenuto conto della Direttiva CE n. 70/1999.

In proposito, gli appellanti osservano che il contratto a tempo determinato costituisce una eccezione per l'ordinamento, come affermato dalla Corte di Giustizia CE con sentenza del 7.9.2006, la quale, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato, ha ritenuto che tanto la direttiva 1999/70/CE quanto l'accordo quadro approvato dal Consiglio dell'Unione europea con la medesima direttiva "... si applicano ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico ..." e che quando il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche per gli abusi accertati, "spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per fare fronte a una siffatta situazione ..."

Di conseguenza, sempre secondo gli appellanti, l'Amministrazione aveva l'obbligo di ammetterli al concorso senza prova selettiva e, in subordine, di garantire una riserva di posti di 1/3, al pari del personale dipendente a tempo indeterminato.

In subordine, gli appellanti hanno chiesto il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata adozione di effettive misure riparatorie dell'abuso.

6) - L'appello è infondato.

Come rilevato dalla giurisprudenza (cfr. Cass., sez. lavoro, sentt. n. 11161 del 7 maggio 2008 e n. 12964 del 21 maggio 2008), a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 9 del 1993, convertito con modificazioni nella legge n. 67 del 1993, le forme di assunzione alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni vengono tipizzate nelle tre forme del concorso pubblico, dell'avviamento degli iscritti agli uffici di

collocamento e la chiamata numerica degli iscritti nelle categorie protette.

La c.d. contrattualizzazione del pubblico impiego non ha, infatti, prodotto innovazioni rispetto al regime pregresso, sicché, a parte l'avviamento al lavoro disciplinato da disposizioni inderogabili di legge che escludono l'esercizio di poteri amministrativi, il regime giuridico del reclutamento è rimasto inalterato, identico sia per il personale conservato in regime di diritto pubblico (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 4), sia per quello in regime contrattuale.

Per quanto concerne, in particolare il concorso pubblico, si è osservato che il principio sancito dall'art. 97 Cost. (secondo cui agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo le eccezioni stabilite dalla legge) è garantito solo dalla circostanza che l'aspirante abbia vinto il concorso, non essendo sufficiente il mero risultato di idoneità (cfr., Cass. sez. lav., n. 11161 del 2008, cit.).

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nella parte in cui dispone che "la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione".

Con sentenza n. 89 del 27 marzo 2003, il giudice della legittimità costituzionale delle leggi ha ritenuto non fondata la questione a lui sottoposta, rilevando, da un lato, che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97,

terzo comma, della Costituzione e, dall'altro, che l'assunto - secondo il quale la stabilizzazione del rapporto di lavoro dei cosiddetti precari, attraverso la conversione dei rapporti a termine irregolari in rapporti a tempo indeterminato, sarebbe rispondente al principio di buon andamento della pubblica amministrazione - trova smentita nella stessa norma costituzionale, là dove questa, al terzo comma, individua appunto nel concorso lo strumento di selezione del personale in linea di principio più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione.

Poste queste premesse di carattere generale, deve respingersi la tesi degli appellanti diretta a rinvenire nella normativa comunitaria di cui alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999 (relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) disposizioni particolari a favore dei titolari di rapporti di lavoro a tempo determinato, come appunto l'esenzione dalla preselezione ovvero il diritto alla riserva di posti.

Disposizioni del genere non si rinvengono nella normativa comunitaria né esse possono farsi derivare dalla sentenza della Corte di giustizia CE n. 53 del 7 settembre 2006.

Il problema che è stato posto alla Corte di giustizia CE con la summenzionata decisione (ma si veda anche la decisione n. 180 di pari data) è stato quello di conoscere se il summenzionato accordo quadro debba essere interpretato nel senso che esso osti a una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso risultante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi ultimi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre una tale trasformazione è prevista per quanto riguarda i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato.

La risposta della Corte CE non dà luogo a equivoci di sorta.

La Corte ha sostenuto che la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro si applicano ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico.

Entrando nel merito della questione, il giudice comunitario ha rilevato che, affinché una normativa nazionale, (come, ad esempio, quella italiana) la quale vieti, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo determinato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione.

In particolare, quanto alla normativa italiana, detto giudice ha espresso l'avviso che la stessa, "... nella misura in cui prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinati, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sembra *prima facie* soddisfare i requisiti ricordati ai punti 51 e 53 della presente sentenza ...", ma che, tuttavia, spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, secondo comma, prima frase, del d.lgs n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato.

7) - In conclusione, per le suesposte considerazioni, gli atti con cui l'Amministrazione ha stabilito di bandire il concorso in

questione e lo stesso bando sono immuni dalle censure formulate dai ricorrenti.

La sentenza appellata va, quindi, confermata con diversa motivazione, ossia nel senso che il ricorso di primo grado, pur ricevibile, deve essere respinto nel merito.

Ritiene altresì il Collegio che ogni altro motivo od eccezione possa essere assorbito in quanto ininfluyente ed irrilevante ai fini della presente decisione.

Circa le spese e gli altri oneri del grado di giudizio, si ravvisano giusti motivi per compensarli tra le parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe e, per l'effetto, respinge nel merito il ricorso proposto in primo grado.

Compensa tra le parti le spese, le competenze e gli onorari del grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, l'8 aprile 2010, dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei signori: Raffaele Maria De Lipsis, Presidente, Guido Salemi, estensore, Gabriele Carlotti, Filippo Salvia, Pietro Ciani, componenti.

F.to Raffaele Maria De Lipsis, Presidente

F.to Guido Salemi, Estensore

Depositata in Segreteria

Il 20 dicembre 2010