

LINEE GUIDA ANCI

II

1. I SISTEMI DI VALUTAZIONE E LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DAL D. LGS. N. 150/2009

Per tracciare le linee di confine tra i poteri organizzativi degli enti in materia di sistema di valutazione ed il ruolo della contrattazione collettiva, occorre armonizzare, con riferimento alla realtà concreta degli Enti, le norme del D. Lgs. n. 150/09 (articoli 7, 31) relative alla valutazione e misurazione della performance con le nuove disposizioni del D. Lgs. n. 165/01 in merito alla contrattazione collettiva ed alla distribuzione del salario accessorio. Il tutto anche alla luce dell'art. 65 del D. Lgs. n. 150/09 sulle tempistiche di adeguamento dei contratti integrativi.

Nel merito, l'art. 7 del D. Lgs. n. 150/09 si occupa del sistema di misurazione e valutazione della performance. In particolare, il comma 3 ne definisce gli elementi essenziali, mentre il comma 1 ne rimanda l'adozione ad apposito provvedimento. Tale atto rientra evidentemente nella competenza unilaterale dell'ente.

Non è altrettanto agevole stabilire la specifica competenza in materia di - successiva - definizione delle risorse economiche e relativa modalità di erogazione. A questo proposito l'art. 31, comma 2, definisce (per gli Enti Locali) la cornice di massima entro la quale l'Ente si deve muovere (almeno tre fasce di merito e prevalenza delle risorse al fine di corrispondere il trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale). La stessa norma prevede anche che la definizione della "cornice" di cui sopra rientra tra le "potestà normative" dell'ente. Ciò sembra voler dire che, per i Comuni, sia necessaria l'adozione di un apposito regolamento ai sensi dell'art. 48, ultimo comma, del D. Lgs. n. 267/2000.

Il contenuto di questo regolamento dovrà necessariamente essere raccordato con le disposizioni contenute nel D. Lgs. 165/01 (come innovato dal D. Lgs. 150/09), in materia di contrattazione.

In particolare, il nuovo art. 40 del D. Lgs. 165/01, al comma 1 - dopo aver escluso dall'ambito della competenza contrattuale una serie di materie - stabilisce che in tema di "valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio" è consentita la contrattazione collettiva "negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge".

La norma citata sembra fare riferimento agli artt. 2 e 45 del D. Lgs. 165/01, laddove il primo, al comma 3, ribadisce che l'attribuzione "di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi" mentre il secondo, al comma 1, stabilisce una competenza esclusiva del contratto relativamente al "trattamento economico fondamentale ed accessorio" e al comma 3 attribuisce ai contratti la definizione dei trattamenti economici accessori collegati, fra l'altro, alla performance.

Da quanto detto, dunque, il trattamento accessorio resta (anche dopo la riforma Brunetta) competenza esclusiva della contrattazione. Il quadro che emerge dal raccordo dell'art. 31, comma 2, del D. Lgs. 150/09 con le disposizione del novellato D. Lgs. 165/01 si potrebbe così riassumere: il potere "normativo" degli enti potrà spingersi sino a definire la cornice di riferimento del sistema di valutazione entro la quale la contrattazione dovrà determinare le relative conseguenze economiche per i lavoratori.

Infatti, per una corretta esegesi dell'art. 31 comma 2 non si può prescindere dall'esame di quanto stabilito per le altre Amministrazioni dall'art. 19 in cui per legge (potere normativo) è fissata la ripartizione della quota percentuale di risorse destinabili a ciascuna fascia, affidando poi alla contrattazione integrativa (comma 4) lo spazio per eventuali deroghe alle percentuali previste seppure entro *range* prestabiliti.

Diversamente si dovrebbe affermare che ai soli Enti Locali è dato un potere derogatorio non previsto neanche per lo Stato.

Questo scenario (di cui all'art. 19) è peraltro quello che si applicherà agli Enti Locali che si troveranno inadempienti al 1° gennaio 2011.

Volendo dare un senso concreto a quanto sostenuto, nello specifico, l'atto espressione della potestà normativa dell'ente locale ovvero il regolamento svolge la stessa funzione della legge ai cui principi deve adeguarsi.

Pertanto appare coerente con il sistema normativo così definito articolare un riparto di competenze per cui il regolamento dovrebbe definire un quadro di riferimento entro il quale la contrattazione integrativa disciplinerà la ripartizione delle risorse disponibili. Definito da parte dell'ente il sistema di valutazione, gli effetti della valutazione sulla retribuzione accessoria sono gestiti in sede di

contrattazione decentrata nell'ambito delle regole vigenti definite dai CCNL in materia di erogazione degli emolumenti accessori direttamente connessi al sistema di valutazione.

In tal modo si preserverebbe la capacità unilaterale dell'ente di attuare la riforma, lasciando alla contrattazione integrativa di livello aziendale la competenza in ordine alla distribuzione delle risorse già presenti nel fondo; competenza che, alla luce del riformato D. Lgs. 165/01, resta propria ed esclusiva della contrattazione collettiva.

Tenuto conto della *ratio* della norma, ovvero di consentire un'autonoma applicazione in senso meno rigido e vincolato, è ragionevole ritenere che l'autonomia dell'ente locale non possa introdurre percentuali peggiorative per i lavoratori rispetto al sistema dell'art. 19.

Giova ribadire infine che (sul punto si veda il paragrafo 4 delle "Linee guida ANCI" del 4 febbraio 2010), parallelamente all'adeguamento di carattere ordinamentale, gli Enti dovranno realizzare ai sensi dell'articolo 65, comma 4, un processo di adeguamento ed efficacia dei contratti collettivi integrativi vigenti in ordine al riparto di competenza tra contrattazione e potere normativo, nonché in merito alle disposizioni del Titolo III (Merito e premi) (cfr. le progressioni economiche, comunque realizzabili pro quota e selettivamente o più in generale i principi dell'art. 18).

2. GLI ISTITUTI PREMIANTI

2.1 MODALITÀ E TEMPI DI ADEGUAMENTO

L'adeguamento alle disposizioni recate dal Titolo II del D. Lgs. n. 150/2009, ivi compresa la ridefinizione del sistema di valutazione alla luce dei principi recati dal medesimo Decreto, è di particolare importanza in quanto per espressa previsione legislativa è possibile attivare gli strumenti finalizzati a valorizzare il merito e i metodi di incentivazione della produttività, disciplinati dal Titolo III, solo se ed in quanto le amministrazioni hanno adeguato i propri ordinamenti alle previsioni in materia di misurazione e valutazione recati dal Titolo II (cfr. art. 18, comma 2, a norma del quale *“È vietata la distribuzione di premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del presente decreto.”*).

Relativamente agli strumenti per premiare il merito e la professionalità, ai sensi dell'art. 31, comma 3, gli Enti utilizzano gli strumenti di cui all'articolo 20, comma 1, lettere:

- c) le progressioni economiche, di cui all'articolo 23;
- d) le progressioni di carriera, di cui all'articolo 24;
- e) l'attribuzione di incarichi e responsabilità, di cui all'articolo 25;
- f) l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale, in ambito nazionale e internazionale, di cui all'articolo 26.

Le amministrazioni inoltre utilizzano, adattandoli alla specificità dei propri ordinamenti, gli strumenti di cui alle lettere a) e b) dell'art. 20, comma 1, vale a dire:

- a) il bonus annuale delle eccellenze, di cui all'articolo 21;
- b) il premio annuale per l'innovazione, di cui all'articolo 22;

Ai sensi del comma 1 dell'art. 31, l'utilizzo di tali strumenti avviene attraverso l'adeguamento dei relativi ordinamenti, conformandosi ai principi recati dagli artt. 23, commi 1 e 2, 24, commi 1 e 2, 25, 26 e 27, comma 1.

Di particolare complessità appare l'interpretazione dell'inciso *“oltre a quanto autonomamente stabilito”* (cfr. comma 3 dell'art. 31) che sembrerebbe lasciare intendere la possibilità, da parte delle singole amministrazioni, di definire ulteriori e diversi istituti premianti non previsti dalla norma; in merito, tuttavia, occorre sottolineare che la possibilità da parte delle amministrazioni di individuare e disciplinare in sede regolamentare nuovi strumenti ed istituti premianti non potrebbe mai essere

esercitata senza la necessaria mediazione contrattuale nazionale, atteso quanto stabilito dagli artt. 2, comma 3 e 45, comma 2, del D. Lgs. n. 165/2001, e ribadito anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 308 del 2006).

Relativamente al regime transitorio, si ritiene che nelle more della sottoscrizione del CCNL relativo al triennio 2010-2012, gli Enti possano continuare ad utilizzare gli strumenti premianti disciplinati dai vigenti CCNL, salvo quelli (progressioni verticali) divenuti illegittimi alla luce del nuovo quadro legislativo definito dal D. Lgs. n.150/2009.

In merito ai tempi di adeguamento, il comma 4 dell'art. 31 prevede il 31 dicembre 2010 quale termine ultimo per effettuare l'adeguamento *“di cui al comma 1”* del medesimo art. 31, ossia l'adeguamento ai principi contenuti negli artt. 23, commi 1 e 2, 24, commi 1 e 2, 25, 26 e 27, comma 1.

Ciò significa che le amministrazioni, entro tale data dovranno disciplinare, nei propri ordinamenti, le progressioni economiche, le progressioni di carriera, l'attribuzione di incarichi e responsabilità, l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale, in ambito nazionale e internazionale, ed il premio di efficienza.

Decorso tale termine, si applica la disciplina prevista per le amministrazioni statali.

Nessun termine di adeguamento né sanzione sono previsti per l'adeguamento agli istituti di cui di cui alle lettere a) e b) dell'art. 20, vale a dire il bonus annuale delle eccellenze (disciplinato dall'articolo 21) ed il premio annuale per l'innovazione (disciplinato dall'art. 22), richiamati dal comma 3 dell'art. 31.

Nel prosieguo della trattazione si forniranno chiarimenti in merito alla disciplina delle progressioni di carriera, istituto particolarmente delicato in quanto direttamente afferente alla materia dell'accesso al pubblico impiego e sul quale appare particolarmente urgente fornire le prime indicazioni operative; successivamente, poi, si provvederà a fornire ulteriori indicazioni sulle modalità di adeguamento degli ordinamenti a tutti gli istituti di cui all'art. 20.

2.2 LE PROGRESSIONI DI CARRIERA

Gli Enti, entro il 31 dicembre 2010, dovranno provvedere alla regolamentazione delle progressioni di carriera.

In particolare, ai sensi del comma 1 dell'art. 31, le amministrazioni adeguano i propri ordinamenti ai principi desumibili dall'art. 24, commi 1 e 2, secondo il quale la copertura dei posti disponibili nella dotazione organica avviene attraverso concorsi pubblici, *“con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di*

assunzioni”. L’attribuzione dei posti riservati al personale interno è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti, in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni.

Occorre inoltre sottolineare che anche se il comma 3 dell’art. 24 non è qualificato dall’art.31, comma 1, come “principio generale dell’ordinamento”, tale qualifica è riconosciuta dall’art.74, comma 2, per il comma 1-bis dell’art.52 del D. Lgs. n.165/2001, come modificato dall’art.62 del D. Lgs. n.150/2009, a norma del quale: *“la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell’attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l’accesso all’area superiore”*.

Occorre dunque che gli Enti rivedano i propri regolamenti, provvedendo a definire un unico Regolamento per l’accesso, superando quindi la distinzione tra regolamento dei pubblici concorsi e regolamento sulle progressioni verticali.

Requisiti per l’ammissione

In via generale, per quanto attiene alle novità più rilevanti rispetto alla previgente disciplina contrattuale in materia di progressioni verticali, occorre prioritariamente sottolineare che il nuovo dettato normativo non consente una deroga al possesso, da parte del personale interno, del titolo di studio previsto per l’accesso dall’esterno. Per l’ammissione al concorso dunque e per godere della relativa riserva, occorre il possesso dei requisiti previsti per l’accesso dall’esterno.

In secondo luogo, occorre chiarire l’ammissibilità o meno alla riserva dei dipendenti interni collocati in categoria non immediatamente inferiore a quella per la quale l’Amministrazione bandisce il concorso (a titolo esemplificativo, l’ammissibilità di dipendenti interni collocati in categoria B a concorsi per l’assunzione di categoria D).

Per risolvere tale dubbio interpretativo occorre richiamare le finalità generali sottese alle progressioni di carriera. Il legislatore, così come recita il comma 2 dell’art. 24 del D. Lgs. n. 150/2009, ha espressamente finalizzato l’attribuzione dei posti riservati al personale interno a *“riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti, in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni”*; orbene, tali competenze professionali, che danno titolo a

godere della riserva stessa, devono evidentemente essere connesse al posto per il quale si bandisce il concorso; alla luce di ciò, dunque, appare verosimile che le stesse possano essere state maturate solo dal personale che abbia esercitato mansioni afferenti alla categoria immediatamente inferiore rispetto a quella per la quale si bandisce il concorso.

D'altronde, una lettura sistematica del nuovo art. 52 del D. Lgs. n. 165/2001 sembra confermare tale interpretazione; il nuovo art. 52, recente la "*Disciplina delle mansioni*", infatti, definisce, dal momento dell'assunzione del pubblico dipendente, il relativo percorso di evoluzione professionale, che può essere orizzontale (all'interno della stessa area) e verticale (tra aree); tale percorso non può che essere sequenziale, coerentemente con l'assetto complessivo del vigente ordinamento professionale.

Si ritiene infine che per le assunzioni relative a qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, ai sensi della lett. b) del comma 1 dell'art. 35 del D. Lgs. n. 165/2001, occorre procedere mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento e dunque non sia possibile attivare i concorsi con riserva di cui all' art. 24 del D. Lgs. n. 150/2009.

Appare evidente dunque la necessità di **una urgente revisione della disposizione**; per effetto del particolare sistema di reclutamento previsto per il personale da inquadrare nelle qualifiche per le quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, infatti, a tale personale risulta essere preclusa qualunque forma di progressione di carriera, con ciò realizzandosi una forte sperequazione rispetto al restante personale pubblico, sperequazione che tra l'altro contraddice i principi e le finalità del medesimo D. Lgs. n. 150/2009.

Modalità di realizzazione dei concorsi con riserva e trattamento economico del personale riservatario

Il concorso con posti riservati, come affermato dal T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 6 agosto 2004 con sentenza n. 11130, deve essere ritenuto un unico procedimento concorsuale, cui partecipano, in condizione di parità, tutti i concorrenti, sia esterni all'amministrazione che lo ha bandito, sia interni alla medesima, e tutti sono egualmente tenuti a sostenere le prove previste dal bando di concorso. Solo al momento di attribuzione in concreto dei posti messi a concorso ai soggetti che hanno superato le prove previste (cioè in sede di redazione della graduatoria finale dei vincitori), l'appartenenza alla p.a. che ha bandito il concorso rileva come causa di precedenza - nei limiti dei posti riservati - rispetto ad altri concorrenti che, ancorché meglio collocati in graduatoria, non possono tuttavia far valere identica "causa di prelazione", sulla quota di posti riservata fin dall'origine dal bando.

Una questione di particolare interesse è relativa al computo dei titolari di riserva che si siano collocati utilmente nella graduatoria tanto da risultare vincitori per merito o ex se, ossia se gli stessi

debbero essere considerati quali riservatari al fine di computare il numero complessivo di candidati titolari di una determinata riserva.

La questione ha da sempre costituito un conflitto giurisprudenziale e dottrinario; la giurisprudenza ha oscillato in questa materia: con la sentenza sez. VI, 16 maggio 2001, n. 2759, il Consiglio di Stato ha ribadito una precedente giurisprudenza secondo la quale il vincitore per merito non deve essere computato nel numero complessivo dei riservatari; di contro, lo stesso Consiglio di Stato, con la più recente sentenza n. 3176 del 2002, ha affermato il principio contrario.

Tale ultimo orientamento sembra essersi consolidato: da ultimo infatti il CGA, Sez. Giurisdizionale con sentenza 24 febbraio 2010 n. 166, relativa all'applicazione di riserve di legge a favore di personale avente determinati requisiti di professionalità già maturata nell'ambito del settore oggetto di reclutamento, ha confermato il proprio orientamento già espresso con decisione n. 875 del 2008, ed ha ritenuto che *“le volte in cui un candidato riservatario si sia collocato tra i vincitori per merito, egli avrà, al contempo, soddisfatto i due interessi in gioco: quello costituzionale alla selezione dei migliori e quello della legge alla presenza, nella Amministrazione, di un soggetto dotato di quelle determinate caratteristiche che inducono la riserva. In tal modo, la legge di eccezione è soddisfatta, poiché lo scopo è stato raggiunto e tale scopo, come si è premesso, deve essere indagato con criteri ermeneutici ristretti e non ampliativi”*.

Secondo il Consiglio, dunque, il candidato vincitore per merito deve essere computato nel totale dei soggetti titolari di una riserva.

Nel dubbio interpretativo, dunque, anche in considerazione del recentissimo orientamento giurisprudenziale, pare essere preferibile l'interpretazione tesa a favorire la maggiore partecipazione possibile del personale esterno, in quanto certamente più aderente al dettato costituzionale.

Per quanto riguarda l'adeguamento al principio per cui “la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore” occorre prioritariamente sottolineare come nell'adeguamento a tale principio è necessario individuare meccanismi tali per cui il criterio del merito (attestato da valutazione positiva almeno triennale) non sovverta la graduatoria frutto dell'espletamento delle prove. In tal caso infatti sarebbe vanificato lo strumento del pubblico concorso, finalizzato all'imparzialità; in buona sostanza, il merito deve essere pesato, incidere, ma non essere preponderante.

Per evitare ciò, dunque, pare opportuno definire una unica graduatoria (per gli esterni e per gli interni); per gli interni, poi, si provvede alla definizione di una separata “classifica” nell'ambito della quale si considera il merito attestato da valutazione triennale positiva. Ovviamente, la valutazione



positiva deve essere adeguatamente “pesata” e comunque il peso della stessa non deve essere tale da sovvertire il risultato delle prove concorsuali.

Relativamente al triennio da considerare, si ritiene che gli Enti possano realizzare concorsi con riserva già a decorrere dal 1 gennaio 2010 utilizzando le valutazioni sin qui realizzate sulla base dei sistemi di valutazione adottati prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 150/2009 solo ed esclusivamente se tali sistemi sono conformi ai principi recati dal medesimo decreto, ossia sono adeguatamente selettivi, trasparenti e caratterizzati da criteri connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi prodotti dall'Ente.

Relativamente al trattamento economico del personale interno che viene assunto nell'area superiore a seguito di un concorso con riserva, è opportuno innanzitutto sottolineare che nel caso di assunzione mediante concorso con riserva si realizza la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, con relativa sottoscrizione di un nuovo e distinto contratto rispetto al precedente; sembrerebbe dunque che in tal caso non possa trovare applicazione quanto disposto dall'art. 9 del CCNL 09.05.2006 che espressamente prevedeva, nel caso di passaggio tra categorie ai sensi dell'art.4 del CCNL del 31.3.1999 (disciplina ormai non più applicabile per le nuove progressioni verticali) la conservazione dell'eventuale differenza economica da parte del dipendente a titolo di assegno personale assorbibile.

Tale disposizione - applicabile, per espressa previsione, ai soli passaggi tra categorie ai sensi dell'art.4 del CCNL del 31.3.199 - infatti trovava fondamento nella diversa natura della progressione verticale di cui al citato art. 4: la progressione verticale, infatti, non comportava la cessazione del precedente rapporto di lavoro nella categoria inferiore e l'inizio di un rapporto nuovo nella categoria superiore ma soltanto una modificazione parziale del rapporto di lavoro già in essere che continuava anche nella nuova categoria senza soluzione di continuità.

Nell'assunzione mediante concorso con riserva, invece, trattandosi di costituzione di un rapporto ex novo, non permangono i diritti e gli obblighi correlati al rapporto pregresso per tutti i relativi istituti contrattuali.

Ovviamente, le conseguenze di ciò sono evidenti: la mancata conservazione dei diritti e degli obblighi connessi al pregresso rapporto di lavoro nel caso di concorso con riserva può implicare che il dipendente riclassificato si ritrovi a percepire un trattamento economico inferiore rispetto a quello già in godimento nella precedente categoria di inquadramento (a titolo esemplificativo, il personale inquadrato precedentemente in Categoria C, Posizione economica C5, successivamente riclassificato in D1).

L'effetto ultimo - e paradossale - di ciò è evidentemente un totale snaturamento delle finalità dell'istituto della progressione di carriera, volto a premiare e ad incentivare i dipendenti più meritevoli, dipendenti che invece sarebbero in alcuni casi addirittura penalizzati.

Stante la delicatezza del tema e i connessi profili di responsabilità, l'ANCI si è fatta portavoce di tale problematica presso il Dipartimento della Funzione Pubblica e presso la Corte dei Conti, Sez. Autonomie, al fine di addivenire ad un opportuno ed urgente chiarimento circa il regime giuridico ed il connesso trattamento economico da attribuire al personale interno assunto in categoria superiore a seguito del superamento di un concorso con riserva ex art. 24 del D. lgs n. 150/2009.

Posti unici in organico e concorsi riservati

In merito all'indizione di un concorso con riserva nel caso di posto unico in organico, la giurisprudenza maturata sul tema sembra essere concorde nell'escludere la possibilità di applicare riserve nel caso di posti unici.

In particolare, si segnala il TAR Lazio Sez. II bis - Sentenza 4 agosto 1999 n. 1626, che, nel riferirsi all'applicazione da parte di un Comune dell'art. 5 D.P.R. 13.5.1987 n. 268 (che disponeva per il personale interno una generale riserva del 35% dei posti messi a concorso), ha evidenziato che *“ove il bando preveda un solo posto da coprire, l'interesse pubblico alla scelta di candidati più capaci e meritevoli prevale su quello alla copertura dei posti con candidati appartenenti a particolari categorie di cittadini, atteso che, diversamente opinando, il concorso resterebbe snaturato, e vanificato l'interesse pubblico alla suddetta scelta (cfr. Cons. Stato, V, 19.4.1991, n. 602, Foro amm. 1191, 1133 e Cons. Stato 1991, I, 713).* Il TAR tuttavia prosegue *“Se il Comune avesse, per qualche ragione, ritenuto di dover favorire l'accesso al posto da ricoprire al personale interno, avrebbe potuto indire un diverso concorso interno e non già un concorso pubblico riservando l'unico posto al personale interno”.*

Dunque con la sentenza in oggetto il giudice amministrativo, richiamandosi ad un orientamento consolidato (cfr. TAR Puglia sez. Bari, 10 febbraio 1998 n. 56, Foro Amm. 1988, 3829) sancisce che l'unicità del posto da conferire per pubblico concorso esclude, per principio generale, l'applicabilità di alcuna riserva a favore di soggetti interni all'amministrazione ma non esclude la possibilità di indire concorsi interamente riservati quando ragioni specifiche lo rendano necessario.

L'impossibilità di effettuare concorsi con riserva nel caso di posti unici in organico rende di fatto inapplicabile l'istituto della progressione di carriera di cui all'art. 24 negli Enti di minori dimensioni demografiche per i quali, nella maggior parte dei casi, per effetto dell'esiguità degli organici, tutti, o quasi, i posti sono unici.

Sul punto, dunque, **si rende urgente una revisione della normativa** al fine di consentire anche agli Enti con organici ridotti l'utilizzo del concorso con riserva, superando la sperequazione di fatto esistente tra i dipendenti di Enti grandi e i dipendenti di piccoli Enti, ai quali risulta essere preclusa ogni forma di crescita professionale.

Si fa presente infine che, in via generale, conformemente ad un orientamento ormai consolidato della Corte Costituzionale (tra le altre, Cort. Cost. sentenza n. 141/1999), le Amministrazioni al fine di valorizzare l'esperienza pregressa maturata nell'ambito della pubblica amministrazione, nell'ottica del perseguimento del buon andamento dell'azione amministrativa, possono considerare tra i titoli valutabili anche il servizio prestato, con valutazione positiva almeno triennale, da parte del personale interno. Ciò infatti non si tradurrebbe nella realizzazione di una riserva ma solo ed esclusivamente nella valutazione di un titolo.

2.3 MOBILITÀ VOLONTARIA E PROCEDURE CONCORSUALI

Si rammenta alle amministrazioni che non è stato modificato il comma 2 bis dell'art. 30 del D. Lgs. n. 165/2001 che prevede che *“Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio”*.

Sul punto si è ormai consolidato un orientamento giurisprudenziale (cfr. TAR Emilia Romagna – Bologna Sez. I - sentenza 2 dicembre 2009 n. 2634; TAR Toscana Sez. I - sentenza 9 luglio 2009 n. 1212 ; TAR Campania - Napoli, Sez. V - sentenza 18 ottobre 2006 n. 8616) secondo il quale è da ritenersi immediatamente applicabile anche alle pubbliche amministrazioni diverse da quelle statali la disposizione che vincola le amministrazioni ad effettuare le procedure di mobilità volontaria prima di indire il concorso.

Si sottolinea, tuttavia, che in diverse pronunce (TAR Emilia Romagna – Bologna Sez. I - sentenza 2 dicembre 2009 n. 2634; TAR Toscana Sez. I - sentenza 9 luglio 2009 n. 1212) il giudice amministrativo ha ritenuto derogabile tale obbligo; così in particolare si esprime il Tar Toscana: *“solo una diffusa motivazione circa la necessità di procedere ad una selezione pubblica può consentire una deroga, potendo sussistere specifiche situazioni in cui può risultare opportuno e più corrispondente all'interesse pubblico privilegiare lo strumento del concorso, prescindendo dalla*

mobilità; in tali casi, tuttavia, la deroga alla regola generale dettata dal citato art. 30 comma 2 bis va puntualmente e congruamente motivata”.

La mobilità è dunque uno strumento previsto nell'esclusivo interesse dell'amministrazione che, ai sensi del citato art. comma 2 bis dell'art. 30, prevale sul pubblico concorso.

Tra tutti gli aspiranti all'inquadramento in un medesimo posto, sussiste una distinzione: da un lato ci sono coloro che sono già inseriti nella struttura di destinazione in posizione di comando o di fuori ruolo, che godono di un diritto di precedenza, dall'altro vi sono quanti aspirano a transitare in una struttura diversa da quella nella quale sono impiegati.

Per questi ultimi opera il criterio della comparazione e i singoli enti devono dunque prevedere delle procedure trasparenti per consentire a tutti gli interessati di presentare domanda di partecipazione alla procedura di mobilità nonché dei criteri di valutazione dei curricula.

L'unica eccezione ad una procedura aperta può essere costituita dalla mobilità per compensazione, ossia lo scambio di dipendenti tra enti, su iniziativa dei dipendenti e con il consenso degli stessi; in tal caso si realizza una scelta organizzativa “a somma zero” che non lascia margini alle aspettative di altri soggetti (Tar Brescia, Lombardia, sez. I 16 giugno 2008, n. 645).

Si raccomanda alle amministrazioni di disciplinare preventivamente le modalità attraverso le quali esperire le procedure di mobilità volontaria prima di espletare le procedure concorsuali.

Si consiglia, prima di espletare ciascuna procedura concorsuale, ed al fine di evitare eventuale contenzioso, di pubblicare un avviso di mobilità volontaria, nel quale si specificano in maniera chiara:

- il profilo professionale, la categoria ed il settore di assegnazione;
- le conoscenze richieste per svolgere le attività proprie del posto da ricoprire;
- tempi e modalità di presentazione delle domande;
- modalità di valutazione delle domande e di eventuale espletamento di colloquio conoscitivo.

Nel caso in cui l'esito della valutazione delle domande non sia positivo e dunque occorre procedere con l'espletamento del pubblico concorso, occorre dare atto nella determinazione di approvazione del Bando di concorso dell'aver esperito le procedure di mobilità volontaria.

Nel caso in cui la mobilità volontaria vada a buon fine, la quota di riserva applicabile ai dipendenti interni va calcolata in relazione al numero residuale di posti da coprire con pubblico concorso.