

Pubblicato il 04/04/2017

N. 01549/2017REG.PROV.COLL.
N. 05240/2016 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5240 del 2016, proposto da:

Comune di Spoleto, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Cancrini, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, piazza San Bernardo 101;

contro

Antonio Lavorato, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Maria Montaldo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale delle Milizie 38;

nei confronti di

Claudio Gori, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA, SEZIONE I, n. 494/2016, resa tra le parti, concernente una procedura selettiva ex art. 110 t.u.e.l. per il conferimento di un incarico di qualifica dirigenziale a tempo determinato

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Antonio Lavorato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Montaldo e Luca Nicoletti, su delega di Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria il dott. Antonio Lavorato impugnava gli atti della procedura selettiva indetta dal Comune di Spoleto (con avviso pubblico in data 23 settembre 2014) per il conferimento di incarico dirigenziale "a contratto" ai sensi dell'articolo 110, comma 1, del testo unico sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) nell'area economico-finanziaria. Il ricorrente contestava il mancato scorrimento della graduatoria di un precedente concorso per un posto di dirigente della medesima area svoltosi nel 2010 nel quale si era collocato tra gli idonei non vincitori. Quindi, lo stesso dott. Lavorato impugnava con motivi aggiunti gli atti di conferimento dell'incarico all'esito della selezione a favore del controinteressato dott. Claudio Gori (delibera di giunta n. 325 del 13 novembre 2014 e decreto del sindaco n. 224 in pari data).

2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito accoglieva l'impugnazione, statuendo che:

a) la graduatoria del precedente concorso era ancora valida al momento della indizione della nuova procedura di reclutamento del settembre 2014 (in virtù dell'art. 4, comma 3, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, recante: *Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, convertito dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125); b) vi era quindi sostanziale equivalenza tra le mansioni relative al profilo professionale messo precedentemente a concorso e quelle invece concernenti il posto assegnato

all'esito della procedura selettiva impugnata; c) il Comune non aveva inoltre espresso particolari esigenze organizzative che giustificassero il ricorso a professionalità esterne invece del ricorso a graduatorie concorsuali ancora vigente, né vi era stata alcuna trasformazione del posto di funzione prima della procedura ex art. 110 t.u.e.l.

3. Per la riforma della sentenza di primo grado ha proposto appello il Comune di Spoleto. Oltre a contestare nel merito la decisione di accoglimento del ricorso, l'amministrazione ripropone le eccezioni pregiudiziali già respinte dal Tribunale amministrativo.

4. Per resistere all'appello si è costituito il dott. Lavorato.

5. Quest'ultimo ha anche chiesto che in parziale riforma della pronuncia *ex adverso* appellata il Comune sia condannato a corrispondergli le differenze retributive che avrebbe percepito qualora fosse stato assunto alle dipendenze dell'amministrazioni, pari a complessivi € 234.693,95 fino al 2019.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello il Comune di Spoleto ripropone la questione di giurisdizione già risolta dal Tribunale amministrativo nel senso della sussistenza di quella amministrativa sulla presente controversia. Per contro, l'amministrazione resistente ritiene che la giurisdizione sia devoluta al giudice ordinario, sul rilievo che la procedura selettiva impugnata, finalizzata al conferimento di un incarico a tempo determinato, non ha carattere concorsuale, ma si sostanzia in una selezione condotta sulla base di *curricula* professionali e di un colloquio, senza l'approvazione di una graduatoria finale.

2. Il motivo è fondato ed assorbente.

3. L'art. 110, comma 1, t.u.e.l., regolante la procedura, prevede che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato *«previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico»*.

Per quanto rivestita di forme atte a garantire pubblicità, massima partecipazione e selezione effettiva dei candidati, la procedura in questione non ha le caratteristiche del concorso pubblico e più precisamente delle *«procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni»*. In base all'art. 63, comma 4, del testo unico sul pubblico impiego di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito del pubblico impiego "privatizzato" solo queste procedure radicano la giurisdizione amministrativa.

4. Per contro, come fondatamente rileva l'amministrazione appellante, la procedura selettiva in contestazione non consiste in una selezione comparativa di candidati svolta sulla base dei titoli o prove di finalizzate a saggiarne il grado di preparazione e capacità, da valutare (gli uni e le altre) attraverso criteri predeterminati, attraverso una valutazione poi espressa in una graduatoria finale recante i giudizi attribuiti a tutti i concorrenti ammessi. Tale procedura è invece finalizzata ad accertare tra coloro che hanno presentato domanda quale sia il profilo professionale maggiormente rispondente alle esigenze di copertura dall'esterno dell'incarico dirigenziale.

Di ciò si trae in particolare conferma dagli atti di conferimento dell'incarico a favore del controinteressato dott. Gori impugnati con motivi aggiunti dal dott. Lavorato. In essi non compare alcuna graduatoria, ma solo un giudizio finale di maggiore idoneità del candidato selezionato dall'amministrazione.

5. Del resto, anche il Tribunale amministrativo ha rilevato questa circostanza, laddove ha affermato che la procedura selettiva prevista dall'art. 110 t.u.e.l. *«non può essere identificata in una vera e propria procedura concorsuale»*, ma ha nondimeno ritenuto la propria giurisdizione in base all'assunto che essa si contraddistingue per una valutazione *«di tipo comparativo e procedimentalizzata»*.

6. Ciò non è tuttavia sufficiente a radicare la giurisdizione amministrativa in una materia, quella del pubblico impiego privatizzato, in cui vige una generale giurisdizione del giudice ordinario, salvo le materie specificamente ad esso sottratte dal testo unico sul pubblico impiego. E tra queste materie vi è appunto quella del concorso pubblico, con le sue peculiari caratteristiche

sopra descritte, in assenza delle quali si deve applicare la regola generale della giurisdizione ordinaria.

Al riguardo devono essere richiamati i principi espressi in materia dalle Sezioni unite della Cassazione, secondo cui è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia originata dall'impugnazione di atti di una procedura selettiva finalizzata al conferimento di incarichi dirigenziali a carattere non concorsuale, laddove per concorso si intende la procedura di valutazione comparativa sulla base dei criteri e delle prove fissate in un bando da parte di una commissione esaminatrice con poteri decisori e destinata alla formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati, mentre al di fuori di questo schema l'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico invece costituisce l'esito di una valutazione di carattere discrezionale, che rimette all'amministrazione la scelta, del tutto fiduciaria, del candidato da collocare in posizione di vertice, ancorché ciò avvenga mediante un giudizio comparativo tra *curricula* diversi (da ultimo: Cass., SS.UU, ord. 8 giugno 2016, n. 11711, 30 settembre 2014, n. 20571). In particolare, in base a questo indirizzo giurisprudenziale le controversie relative al conferimento degli incarichi dirigenziali, anche se implicanti l'assunzione a termine di soggetti esterni, sono di pertinenza del giudice ordinario, in applicazione dell'art. 63, comma 1, del testo unico sul pubblico impiego, mentre esulano dalla nozione di «*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*» prevista dal citato comma 4 della medesima disposizione.

7. Pertanto, solo laddove la selezione si manifesti nelle forme tipiche del concorso vengono in rilievo, in base alla scelta del legislatore, posizioni di interesse legittimo contrapposte alle superiori scelte di interesse pubblico dell'amministrazione, espresse attraverso forme procedimentalizzate ed una motivazione finale ritraibile dai criteri di valutazione dei titoli e delle prove e dalla relativa graduatoria. Quando invece la selezione, pur aperta, non si esprima in queste forme tipiche, la stessa mantiene i connotati della scelta

fiduciaria, attinente al potere privatistico dell'amministrazione pubblica in materia di personale dipendente.

8. Per completezza, va ricordato che le stesse Sezioni unite della Cassazione attribuiscono invece nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale (e del relativo contratto di lavoro), previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione operata dal ricorrente investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo che si assume non essere conforme a legge, perché non lo sono a loro volta gli atti di macro-organizzazione mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi (Cass., SS.UU., 27 febbraio 2017, n. 4881, la quale ha anche precisato che la giurisdizione ordinaria non può nemmeno essere configurata sulla base del potere di disapplicazione spettante a quest'ultima in materia di pubblico impiego, ex art. 63, comma 1, t.u. di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, poiché questo potere *«presuppone che sia dedotto in causa un diritto soggettivo su cui incida un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo, mentre nel caso in esame si deduce una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo soltanto all'esito della rimozione del provvedimento di macro organizzazione»*).

9. Sennonché, nella presente controversia non viene in rilievo alcun atto di macro-organizzazione ai sensi dell'art. 2 del testo unico di cui al d.lgs. n. 165 del 2001. Il dott. Lavorato ha invece contestato la scelta specifica con cui il Comune di Spoleto ha inteso ricoprire un posto di dirigente all'interno della propria organizzazione mediante lo strumento previsto dall'art. 110 d.lgs. n. 267 del 2000.

In altri termini, l'atto da cui è sorta la lesione sulla cui base è stata proposta l'impugnazione è quello di indizione della procedura selettiva, a sua volta adottato in assenza di una presupposta regolamentazione delle *«linee fondamentali di organizzazione degli uffici»* o dei *«modi di conferimento della titolarità dei*

medesimo», nell'ambito della quale in base all'art. 2 ora richiamato si esplica la potestà di auto-organizzazione dell'ente pubblico conoscibile dal giudice amministrativo, fino agli atti applicativi conseguentemente adottati.

10. In conclusione, in accoglimento dell'appello il ricorso ed i motivi aggiunti dal dott. Antonio Lavorato devono essere dichiarati inammissibili, perché proposti al giudice non munito di giurisdizione. Inoltre, in applicazione dell'art. 11 cod. proc. amm. quest'ultimo va indicato nel giudice ordinario.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate in ragione della natura della questione controversa.

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 di primo grado, dichiara inammissibile il ricorso ed i motivi aggiunti proposti dal dott. Antonio Lavorato; indica ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm. il giudice ordinario quale giudice cui è devoluta la giurisdizione sulle presente controversia.

Compensa le spese 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 16 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Troiano, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO