



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 3637 del 2012, proposto da:
Emanuela Bambara, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, Foro Traiano 1/A;

contro

Zetema Progetto Cultura S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Elisabetta Rampelli, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Cicerone 28;

nei confronti di

Roberto Guantario, Alessandra Olivieri, Gianluigi Cesta;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 03333/2012, resa tra le parti, con cui il giudice amministrativo ha dichiarato il difetto di giurisdizione sull'impugnativa della procedura di selezione di nove unità full-time a tempo indeterminato

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Zetema Progetto Cultura Srl;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti tutti gli atti della causa;
visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti l'avvocato Satta;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La d.ssa Emanuela Bambara ha partecipato alla procedura selettiva per l'assunzione di 9 unità di personale dipendente indetta dalla Zètema Progetto Cultura s.r.l., società partecipata al 100% da Roma Capitale, con avviso pubblicato il 22 marzo 2011 sulla gazzetta ufficiale.
2. Non essendosi utilmente collocata nella graduatoria relativa al profilo professionale di “addetto alla gestione delle attività di ufficio stampa e comunicazione pubblica”, la predetta impugnava gli atti della procedura davanti al TAR Lazio – sede di Roma, che tuttavia con la sentenza oggetto dell'odierno appello declinava la giurisdizione, sul rilievo che la società resistente non possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico, né essendo alla stessa applicabili le disposizioni del t.u. del pubblico impiego di cui al d.lgs. n. 165/2001.
3. Nel presente appello la d.ssa Bambara sostiene, in contrario, che la Zètema risponda alle caratteristiche ontologiche dell'organismo di diritto pubblico, in particolare in ragione del fatto di essere deputata allo svolgimento di funzioni di “*evidente natura pubblicistica*”, concernenti la gestione, manutenzione e valorizzazione del patrimonio artistico e culturale della città di Roma, ed essendo l'organo amministrativo della stessa sottoposto, in virtù di specifiche disposizioni statutarie, alle direttive ed al controllo dell'amministrazione capitolina. Da ciò –

secondo l'appellante – conseguirebbe, giusto il disposto dell'art. 7 cod. proc. amm., la giurisdizione del giudice amministrativo.

3.1 Questa conclusione sarebbe avvalorata – sempre secondo l'appellante - dall'imposizione nei confronti di società a partecipazione pubblica totalitaria di modelli procedurali per il reclutamento di personale dipendente conformi ai principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità, il tutto come disposto dall'art. 18, comma 2, d.l. n. 112/2008 ("Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria").

3.2 In via di subordine l'appellante chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale del principio di diritto vivente che prevede per tale tipologia di società la giurisdizione del giudice ordinario, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.

3.3 Infine, con riguardo al merito, vengono riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. i motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal TAR.

4. La società appellata, per contro, pur qualificandosi come organismo di diritto pubblico, nega che il giudice amministrativo abbia il potere di giudicare la presente controversia, sul rilievo che la giurisdizione amministrativa è configurabile per tale tipologia di soggetti unicamente per le procedure di affidamento di contratti pubblici, come del resto stabilito dalle Sezioni unite della Cassazione a proposito di una procedura selettiva per l'assunzione di personale da parte della RAI (ordinanza 22 dicembre 2011, n. 28329).

5. Così riassunte le opposte prospettazioni delle parti in causa, occorre innanzitutto risolvere il problema qualificatorio circa la natura giuridica di Zetema Progetto Cultura.

5.1 In contrario a quanto statuito dal TAR nella sentenza qui appellata, non sembra dubitabile che essa sia riconducibile alla nozione di organismo di diritto pubblico.

Militano in questo senso le previsioni statutarie concernenti l'oggetto sociale (art. 5) ed i criteri e le modalità di funzionamento dell'organo amministrativo (artt. 10 – 15).

Con riguardo al primo profilo, è palese che le attività di valorizzazione del patrimonio artistico, culturale e museale della città, nonché la progettazione e l'attuazione di interventi di manutenzione e restauro di tale patrimonio, costituisca un'attività di interesse generale non avente carattere industriale e commerciale, ma anzi rappresenti una tipica funzione pubblicistica attribuita, giustamente disposta dall'art. 9 Cost., ai governi nazionale e locali nei quali si articola la Repubblica italiana.

5.2 Ciò detto del requisito teleologico, in modo altrettanto evidente risulta integrato quello c.d. della *governance* pubblica, visto che il consiglio di amministrazione è integralmente nominato *“dal socio Comune di Roma ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile”* (art. 10 dello statuto), così come la nomina dell'amministratore delegato deve avvenire previa *“indicazione”* del medesimo ente partecipante (art. 14); e visto che l'organo amministrativo collegiale, nell'ordinaria e straordinaria amministrazione, *“assicura il rispetto delle direttive del Comune di Roma”* (art. 12) ed è soggetto ad autorizzazione preventiva dell'amministrazione capitolina con riguardo alla pianificazione finanziaria e strategica (art. 15).

5.3 Concludendo sul punto, non essendo in discussione il requisito della personalità giuridica, che secondo incontrastata opinione può essere anche di tipo privatistico, deve affermarsi la natura di organismo di diritto pubblico della Zetema Progetto Cultura.

6. Venendo ora alla questione di giurisdizione, il Collegio è consapevole dell'orientamento della Cassazione, espresso nell'ordinanza richiamata da parte appellata, a proposito delle procedure di reclutamento del personale dipendente

degli organismi di diritto pubblico, in una fattispecie quindi analoga a quella oggetto della presente controversia.

In sostanza, il Giudice della giurisdizione ha ritenuto che:

- 1) il presupposto fondante la giurisdizione amministrativa è l'esercizio di un potere di stampo pubblicistico, come statuito dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 204/2004 e 191/2006, alla stregua del quale l'art. 7, comma 2, cod. proc. amm. va interpretato;
- 2) detto potere che non può dirsi sussistente in relazione alle procedure di selezione del personale da parte di organismi di diritto pubblico, dovendosi a questo riguardo dare prevalenza alla loro veste formale privatista;
- 3) tale veste colloca i suddetti soggetti al di fuori dell'alveo tracciato dall'art. 1, comma 2, del testo unico del pubblico impiego, e cioè dalle pubbliche amministrazioni in esso contemplate, in relazione al quale alveo l'art. 63, comma 4, del medesimo testo unico fonda la giurisdizione amministrativa sui concorsi per il reclutamento di personale dipendente.

Nell'ordinanza in questione le Sezioni unite hanno anche precisato che non giova in senso opposto invocare l'obbligo, posto con il citato art. 18, comma 2, d.l. n. 112/2008 a carico dei soggetti a partecipazione pubblica totalitaria, di adottare *“criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità”*, giacché tale dovere *“si inserisce pur sempre nell'agire (jura privatorum) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà”*.

7. Il Collegio reputa di dissentire dall'avviso della Cassazione, in base alla considerazione che ciò che viene in rilievo in procedure concorsuali per il reclutamento di personale dipendente da parte di soggetti, quali la società odierna appellata, è appunto un potere di stampo pubblicistico e non già espressione di capacità di diritto privato.

Depone in questo senso proprio la disposizione della manovra finanziaria del 2008 sopra richiamata, la quale è chiara nell'imporre il rispetto di canoni tipici dell'agire amministrativo, di fronte ai quali la posizione del privato non può che assumere la consistenza di interesse legittimo al loro rispetto.

Del resto, tale disposizione normativa va letta in coerenza con la finalità ad essa sottostante, che è evidentemente quella di contrastare il fenomeno della fuga dai modelli organizzativi propri della pubblica amministrazione ed alle connesse stringenti regole di coordinamento della finanza, contabilità e gestione delle risorse finanziarie e patrimoniali pubbliche. In estrema sintesi, essa si colloca nello sforzo di politica legislativa volta a ripubblicizzare le forme di intervento nell'economia e nella gestione delle funzioni amministrative, in relazione alle quali è stato notoriamente massiccio il ricorso a strumenti di diritto privato.

7.1 Questa finalità è la stessa che fonda l'obbligo di rispettare i moduli propri dell'evidenza pubblica per l'affidamento di contratti d'appalto, e cioè la necessità di realizzare i principi di non discriminazione, parità di trattamento, imparzialità e trasparenza nell'attribuzione di commesse da parte di soggetti il cui agire non è regolato da criteri di tipo economico propri dell'imprenditore privato, ma può confidare sul sostegno del soggetto pubblico di riferimento.

Vi è quindi per gli organismi di diritto pubblico, allorché questi procedano alla selezione di personale dipendente, una *ratio* comune a quella che informa l'affidamento da parte loro di contratti.

Stessi scopi non possono che riverberarsi sull'individuazione del giudice munito di giurisdizione, conducendo a tale soluzione evidenti esigenze di coerenza ed armonia legislativa. E' infatti il giudice amministrativo, quale "*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*" (sentenza Corte Cost. n. 191/2006, punto 4.3 della parte in diritto) quello istituzionalmente preposto al contenzioso sulle "*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*" ai

sensi del ridetto art. 63, comma 4, testo unico del pubblico impiego, laddove per queste ultime non devono intendersi solo quelle in senso formale ai sensi del parimenti menzionato art. 1, comma 2, del medesimo testo unico, ma appunto, in conformità al criterio teleologico poc'anzi esplicitato, tutti i soggetti ad esse equiparabili, *in primis* gli organismi di diritto pubblico.

Criterio teleologico, del resto, che è alla base dell'enucleazione in ambito comunitario di tale tipologia di soggetto, in luogo di uno di tipo meramente formale, basato su elenchi tassativi di pubbliche amministrazioni. Cosicché sono gli elementi sostanziali che ne permeano l'organizzazione e l'attività a ricondurlo alla nozione di pubbliche amministrazioni e, dunque, a rendere operativo il richiamo contenuto nel comma 4 del citato art. 63.

8. Conseguentemente, in accoglimento del presente appello, la sentenza del TAR deve essere annullata, con rinvio allo stesso Giudice di primo grado giusto il disposto dell'art. 105, comma 2, cod. proc. amm.

L'esistenza di indirizzi giurisprudenziali contrastanti costituisce giusto motivo per compensare le spese di causa.

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, annulla con rinvio la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)