

Corte di Cassazione, sentenza n. 17843 del 2012

Svolgimento del processo

Il Comune di Aprilia con Delib. successiva 22 dicembre 2006, n. 78 e Delib. 15 luglio 2008, n. 28 adottate con richiamo alla facoltà attribuita dal D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 110, comma 6 procedette ad "esternalizzare" il procedimento di selezione concorsuale per la nomina del dirigente del Corpo di polizia locale, pertanto affidando ad un consulente esterno - P.V. - l'intera sequenza degli atti di indizione del bando e di scelta della commissione esaminatrice sino alla nomina del vincitore, atti pedissequamente recepiti da determinazioni dirigenziali del Comune. All'esito del procedimento venne nominato il dr. M.M..

Per l'annullamento dell'intera sequenza di atti ebbe a proporre ricorso innanzi al TAR del Lazio, sezione di Latina, il dr. G.M. ed il giudice adito, all'esito di plurime ordinanze cautelari, impugnate innanzi al Consiglio di Stato, con sentenza 19.4.2010 accolse il ricorso annullando gli atti 78/2006 e 28/2008 ed affermando, in dissenso dalla eccezione sollevata dai controinteressati, che si verteva in tema di procedura preordinata a coprire a tempo pieno ed indeterminato un posto dirigenziale all'esito di concorso pubblico.

La sentenza è stata quindi impugnata da M.M. e si è costituito G.M.: il Consiglio di Stato con sentenza del 21.10.2011 ha dichiarato inammissibile l'impugnazione del G. innanzi al giudice amministrativo, ha dichiarato la giurisdizione del giudice del lavoro, ha annullato senza rinvio la sentenza del TAR. Ha affermato in motivazione il giudice di appello che erano impugnati atti di affidamento dell'incarico esterno volto predisporre e portare ad esecuzione una procedura di selezione concorsuale il cui esito era stato impugnato separatamente innanzi al TAR: per la cognizione della impugnazione dei primi, espressivi di un incarico professionale speciale con obbligo di risultato ex art. 2222 c.c., si verteva in tema di incarichi sottoposti alla cognizione del giudice ordinario. Per l'esito finale, già fatto segno ad atto di annullamento in autotutela della nomina del M., esso non era coinvolto nella controversia in disamina.

Ricorre con atto 13.1.2012 il G. e resiste il M. con controricorso 24.2.2012 nel mentre non svolgono difese gli intimati Comune di Aprilia e prof. P..

Ad avviso del ricorrente erano stati impugnati gli atti autorizzatori della intera procedura esternalizzata, e proprio in ragione della illegittimità della scelta di esternalizzare la complessiva sequenza, in violazione del principio di imparzialità, trasparenza e correttezza che avrebbe dovuto improntare la decisione del Comune e che si sarebbero dovuti accertare dal giudice amministrativo ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4.

Ad avviso del controricorrente, invece, l'inerenza della scelta di esternalizzazione alla selezione di personale al quale conferire incarico dirigenziale sottraeva la cognizione al giudice amministrativo, vieppiù trattandosi di atti privatistici di conferimento dell'incarico di selezione.

Motivi della decisione

Ritiene il Collegio, in condivisione delle doglianze e deduzioni articolate dal ricorrente, che la sentenza impugnata abbia errato nel declinare la propria giurisdizione in favore di quella del giudice ordinario e che, per tal ragione, essa debba essere cassata, spettando indiscutibilmente alla cognizione del giudice amministrativo la impugnazione delle delibere (78 del 2006 e 26 del 2008) con le quali il Sindaco del Comune di Aprilia ha inteso affidare ad un consulente esterno - sull'assunto che fosse necessario prescindere dalla possibilità di sua gestione diretta con l'organizzazione dell'Ente - l'intera sequenza degli atti del procedimento concorsuale corrente tra il bando e la formazione della graduatoria. La sentenza del Consiglio di Stato, recante motivazione stringata, nondimeno lascia ben comprendere la ratio sottesa alla declinatoria, quella per la quale la scelta di "esternalizzare" e cioè di conferire incarico privatistico a professionista esterno, con l'obiettivo di progettare, organizzare e gestire tecnicamente la procedura selettiva a quiz per la individuazione dei candidati ai quattro posti di dirigente del Comune, fosse ex lege (D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 110, comma 6) rientrante nell'ambito dei poteri privatistici dell'Ente e come tale fosse sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, ferma restando la spettanza a quel giudice della competenza a conoscere dell'impugnazione dei risultati concorsuali (nella specie già incisi da atti di autotutela del Comune e nondimeno impugnati) e ferma restando la sindacabilità dei criteri e degli atti di esecuzione dell'intera procedura.

La decisione sulla esattezza o meno delle ragioni dispiegate dal Consiglio di Stato a sostegno della contestata declinatoria deve muovere dal dato, inteso pienamente dal TAR Lazio, costituito dalla delimitazione del thema decidendi sottoposto dalla impugnazione innanzi a quel giudice delle due delibere sindacali di "esternalizzazione", impugnazione che specificamente invocava proprio il controllo di legalità (alla stregua dei valori di imparzialità - trasparenza - correttezza) sulla scelta di esternalizzazione e del suo articolarsi e solo indirettamente e per riflesso quello della legalità degli esiti concorsuali.

La giurisprudenza di queste Sezioni Unite è ferma nel rilevare, come rammentato dalle decisioni 8522 e 6330 del 2012, 28819 e 21060 del 2011, che le controversie relative al conferimento degli incarichi dirigenziali, anche se tale conferimento implica l'assunzione a termine di soggetti esterni, sono di pertinenza del giudice ordinario in applicazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, semprechè, la selezione del destinatario dell'incarico, e quindi anche dell'assunzione a termine, non abbia carattere concorsuale.

Ma, ad avviso della sentenza impugnata, la contestata delibera di assegnazione del complesso di incarichi a soggetto esterno e la sua conseguente attuazione negoziale sono elementi esterni al potere organizzativo ed al momento dell'Autorità e le loro patologie vanno sottoposte al giudice ordinario alla stregua di quanto è azionabile per un rapporto rientrante nell'art. 2222 c.c..

Sulla base di tali premesse risulta conseguente la decisione del Consiglio di Stato per la quale la controversia in esame appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario posto che le doglianze avanzate, e si rammenta essere consistenti nella dedotta violazione delle regole di trasparenza ed imparzialità, avrebbero ignorato che le delibere impugnate erano esplicazione del potere di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 110, comma 6, (vieppiù alla luce della modifica apportata al disposto di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 6, dal D.Lgs. n. 150 del 2009, art. 40, secondo cui gli incarichi a tempo determinato a soggetti esterni possono essere conferiti "a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione"): un potere di ricorrere alla esternalizzazione della selezione con strumenti contrattuali con la conseguente sottoposizione al sindacato del G.O. delle singole scelte attuative. Il Collegio non condivide tale assunto.

Il Comune di Aprilia intese infatti "gestire" i momenti centrali della procedura concorsuale attraverso il conferimento di un incarico a professionista esterno, sostituendo, attraverso intesa negoziale autorizzata da delibera, la propria organizzazione (ritenuta inadeguata) con quella del professionista e predisponendosi a "riceverne" i risultati facendoli propri con delibere di approvazione finale (esatto pendant di quella autorizzatola iniziale).

La potestà dell'Amministrazione di fronte alla esigenza di procedere alle assunzioni dei quattro dirigenti non è dunque per nulla esclusa ma è solo parzialmente (auto)limitata nei contenuti: quel che rileva è che lo strumento prescelto per individuare ed assumere tali dirigenti resta quello del concorso, se pur le fasi progettuali, organizzative e gestionali sono "delegate" a terzi, sì che di fronte alla platea degli interessati-candidati l'Amministrazione permane nella sua pienezza della potestà decisionale quand'anche i suoi atti siano eterointegrati da determinazioni altrui (frutto di previe intese negoziali).

Non vi è quindi selezione negoziale e apertura di trattative con i candidati, dati che avrebbero fatto ritenere giustiziabili innanzi al giudice ordinario gli interessi dei candidati stessi alla leale e corretta selezione (si ricorda, tra le altre, le decisioni 10153 del 2012, 15983 del 2011, 15487 del 2003).

Vi è una inusuale procedura concorsuale - segnata dalle peculiarità dianzi rammentate - nella quale, nondimeno, la posizione dei candidati è, e non può che essere, quella di soggetti muniti dell'interesse al controllo di legittimità delle decisioni sul procedimento e, prima tra tutte, di quella di "esternalizzare" le predette fasi progettuali, organizzative, gestionali del concorso stesso.

Un interesse quindi che, se neanche si può scorgere come si sarebbe potuto in concreto prospettare innanzi al giudice ordinario, ben ha fondato l'impugnazione delle decisioni stesse innanzi al giudice amministrativo, la giurisdizione del quale va dunque pienamente confermata.

Statuita la giurisdizione del giudice amministrativo e cassata la sentenza del Consiglio di Stato, che la ha erroneamente declinata, le parti vanno rimesse innanzi a tale Giudice per l'ulteriore corso. Le spese del giudizio innanzi a questa Corte regolatrice si regolano secondo soccombenza: la liquidazione delle spese avviene, come in dispositivo, alla stregua dei soli

parametri di cui al D.M. n. 140 del 2012 sopravvenuto a disciplinare i compensi professionali (in tal senso queste Sezioni Unite hanno pronunciato con la decisione 17405 del 2012).

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, rimette le parti innanzi al Consiglio di Stato e condanna M.M. a corrispondere a G.M. per spese di giudizio la somma di Euro 4.650,00 (di cui Euro 4.000 per compensi, Euro 200 per esborsi ed Euro 450 per contributo unificato) oltre agli accessori dovuti per legge.