

Publicato il 06/04/2021

N. 02774/2021REG.PROV.COLL.
N. 01447/2013 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1447 del 2013, proposto dal signor Marco Ursini, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaella Baccaro e Corrado Bocci, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato Raffaella Baccaro in Roma, via Pofi, n. 6,

contro

il Comune di Monterotondo, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Iolanda Piccinini e Massimo Colarizi, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato Massimo Colarizi in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 49,

nei confronti

dei signori Giuseppina Antonelli, Laura Felici, Michele Lamanna, Luca Lozzi, Maurizio Raimondi, Dante Di Ventura, Pasquale Cefalini, non costituitisi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Lazio, sede di Roma (Sezione II *ter*), n. 5592 del 18 giugno 2012, resa *inter partes*, concernente un avviso pubblico per la

costituzione di n. 4 rapporti dirigenziali a tempo determinato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monterotondo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2021 (tenuta ai sensi dell'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27, come modificato dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70) il consigliere Giovanni Sabato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 1236/2011, integrato da motivi aggiunti, proposto innanzi al T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, i signori Marco Ursini, Maurizio Raimondi, Dante Di Ventura e Pasquale Cefalini avevano chiesto l'annullamento dei seguenti atti:

a) dell'avviso pubblico di selezione indetto dal Comune di Monterotondo per la costituzione di n. 4 rapporti dirigenziali a tempo determinato riservato al personale già in ruolo dell'Amministrazione;

b) della deliberazione G.C. n. 404/2010, con la quale veniva approvata la parziale modifica dell'ordinamento degli uffici e dei servizi;

c) della D.G.C. n. 423/2010, con la quale veniva approvato il modello organizzativo della struttura comunale;

d) del provvedimento del Sindaco del Comune di Monterotondo prot. n. 37199 dell'8 settembre 2011 avente ad oggetto "*conferma dirigenti con contratto a tempo determinato*", con il quale veniva disposto il mantenimento in vigore dei contratti stipulati con i dirigenti a tempo determinato in data 30 dicembre 2010 fino alla loro scadenza ai sensi dell'art. 6 comma 2 del d.lgs. 141/11 (atto impugnato con i motivi aggiunti).

2. A sostegno dell'impugnativa i ricorrenti, essendo in possesso dei requisiti per poter accedere dall'esterno alla selezione pubblica, lamentavano appunto

la violazione del principio del concorso pubblico per l'accesso agli incarichi alle dipendenze delle pubbliche Amministrazioni e del limite normativo per il conferimento degli incarichi dirigenziali a termine e di quello previsto per la riserva agli interni (al massimo il 50%) dei posti a concorso; coi motivi aggiunti avevano dedotto l'inapplicabilità del d.lgs n. 141/11, lo sviamento per l'inapplicabilità della “*sanatoria*” introdotta con tale disciplina, la nullità per la carenza di potere in capo al Sindaco.

3. Costituitasi l'Amministrazione comunale nonché i controinteressati Giuseppina Antonelli, Luca Lozzi, Laura Felici e Michele Lamanna, il Tribunale amministrativo adito (Sezione II *ter*) ha così deciso il gravame al suo esame:

- ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione (questo capo della sentenza non è stato impugnato ed è pertanto passato in giudicato);
- ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse in relazione al solo ricorrente Ursini (anche questo capo della sentenza non è stato impugnato);
- ha respinto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per mancata impugnativa degli atti presupposti (anche questo capo della sentenza non è stato impugnato);
- ha respinto l'eccezione d'improcedibilità del ricorso (anche questo capo della sentenza non è stato impugnato);
- ha respinto nel merito il ricorso proposto dal ricorrente Ursini;
- ha conclusivamente, quanto alla posizione del ricorrente Ursini, respinto sia il ricorso che i motivi aggiunti;
- ha condannato i ricorrenti, in solido tra di loro, al pagamento in favore dell'Amministrazione e dei controinteressati, in solido tra di loro, delle spese di giudizio (euro 3.000,00 oltre accessori).

4. In particolare, il T.a.r. ha ritenuto che “*deve escludersi che nella specie l'amministrazione fosse tenuta ad effettuare una selezione pubblicistica e, conseguentemente, a consentirne l'accesso a concorrenti esterni?*”.

5. Avverso tale pronuncia il signor Ursini ha interposto appello, notificato il 1° febbraio 2013 e depositato il 27 febbraio 2013, lamentando, attraverso cinque motivi di gravame (pagine 6-23), quanto di seguito sintetizzato:

I) erroneità della sentenza per non avere il T.a.r. ritenuto in violazione dell'art. 97 della Costituzione, oltre che degli artt. 28 e 35 del d. lgs. 165/01, la scelta dell'Amministrazione di riservare, in via transitoria, la copertura dei quattro posti vacanti in organico al personale già dipendente dell'ente di categoria D, in possesso dei requisiti (e posti contestualmente in aspettativa) invece che attivare una vera e propria procedura concorsuale;

II) il T.a.r. avrebbe erroneamente escluso la violazione dell'art. 35, comma 3, lett. e) del d.lgs. n. 165/01, con conseguente necessità di attivare una procedura concorsuale con accesso agli esterni;

III) il T.a.r. non avrebbe esaminato la censura formulata con il ricorso per motivi aggiunti, che pertanto si ripropone, di nullità dei provvedimenti di nomina e di conferma degli incarichi dirigenziali a firma del Sindaco;

IV) il T.a.r. ha ritenuto erroneamente inammissibile per difetto d'interesse la censura relativa al mancato rispetto del limite del 50 5 della riserva di posti in favore del personale già dipendente dell'Ente e che pertanto è stata riproposta;

V) il T.a.r. non avrebbe esaminato la censura, articolata con i motivi aggiunti, in ordine alla illegittimità degli atti organizzativi, pur rilevandone la lesività della posizione giuridica del ricorrente, illegittimità che è confermata dalla stessa modifica legislativa.

6. L'appellante ha concluso chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento dei ricorsi di primo grado e quindi l'annullamento degli atti ivi impugnati.

7. In data 30 marzo 2013, il Comune di Monterotondo si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

8. In vista della trattazione nel merito del ricorso le parti hanno svolto difese scritte, anche in replica, chiedendo la parte appellata (con l'opposizione di

controparte) la declaratoria d'improcedibilità del gravame in considerazione dell'evoluzione della vicenda di causa che ha comportato un diverso assetto organizzativo dell'Ente. Le parti si sono scambiate, infine, note d'udienza ai sensi del d.l. n. 28/2020 e del d.l. 137/2020.

9. La causa, chiamata per la discussione alla udienza pubblica svoltasi con modalità telematica del 16 febbraio 2021, è stata ivi trattenuta in decisione.

10. L'appello è infondato.

10.1 Giova premettere che, con la Deliberazione n. 423 veniva approvato il nuovo modello organizzativo dell'Ente, con la previsione della presenza nella pianta organica di n. 4 dirigenti cui affidare la responsabilità di quattro dipartimenti: "*Affari Generali*", "*Risorse Finanziarie ed Economiche*", "*Governo del Territorio*" e "*Vigilanza e Polizia Locale*" e l'istituzione dei relativi posti. Facendo seguito a tali atti, l'Amministrazione comunale ha stabilito di far luogo, in via provvisoria e sperimentale ed "*in ossequio ai principi stabiliti dal D.L. 78/2010, convertito con modificazioni dalla Legge 122/2010*", alla copertura dei quattro posti dirigenziali di nuova istituzione mediante conferimento di incarichi attribuiti in base a selezione interna a personale già in servizio in diversa posizione lavorativa.

10.2 L'eccezione di improcedibilità del gravame deve essere disattesa stante quanto affermato da parte appellante in ordine alla permanenza del suo interesse alla decisione dell'appello.

11. Venendo alla disamina dei motivi d'appello, si deve rilevare l'infondatezza dei primi due motivi, suscettibili per il loro tenore di trattazione congiunta, con cui si lamenta la violazione della disciplina inerente le modalità di accesso al reclutamento di personale alle dipendenze delle pubbliche Amministrazioni sia per l'obliterazione del pubblico concorso sia per il principio di separazione ed autonomia dei pubblici dipendenti dal potere politico. L'appellante infatti evidenzia non solo che, attraverso il conferimento fiduciario degli incarichi dirigenziali, si farebbe a meno della selezione pubblica, ma anche che l'individuazione dei dirigenti sarebbe così effettuata dal Sindaco quale organo

politico con conseguente ingerenza sull'autonomia dei pubblici dipendenti; il T.a.r., si deduce, avrebbe anche travisato la richiamata pronuncia della Corte dei Conti (parere della sez. controllo per il Lazio) non avendo escluso la necessità di ricorrere alle procedure selettive ordinarie anche nel caso di conferimento - ai sensi dell'art.110, comma 1, TUEL - di incarichi dirigenziali al personale già dipendente dell'Ente.

11.1 Di contro va rilevato che, anche all'indomani della modifica del T.U.P.I. ad opera del d.lgs. 150 del 2009, permane per gli enti locali la possibilità di conferire incarichi dirigenziali a contratto sia nell'ambito della dotazione organica (art. 110, comma 1), che al di fuori di essa (art. 110, comma 2), in ossequio all'autonomia statutaria e regolamentare degli enti locali in punto di organizzazione degli uffici. Il primo comma, infatti, statuisce che *“lo statuto può prevedere 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”*, mentre il secondo comma che *“il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, negli enti in cui è prevista la dirigenza, stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, contratti a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire”*. La norma testè richiamata ammette pertanto, quale specifica modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali, la stipula di contratti a tempo determinato senza che possa configurarsi la pur prospettata violazione costituzionale, trattandosi del conferimento di incarichi a soltanto a tempo determinato e che pertanto sfugge al perimetro applicativo dell'evocato principio.

11.2 La questione di costituzionalità sollevata dall'appellante, per la dedotta violazione del principio, sancito dall'art. 97 della Costituzione, dell'ingresso al pubblico impiego mediante concorso, risulta infondata già solo per il fatto che, in base all'art. 110 su richiamato, l'affidamento di detti incarichi non può non essere preceduto da una procedura selettiva adeguatamente pubblicizzata (T.a.r. Umbria, sez. I, 10 giugno 2016, n. 494). La formula volutamente

generica utilizzata dal legislatore e la natura temporalmente limitata dell'incarico non richiede tuttavia l'attivazione di una procedura concorsuale in senso tecnico con accesso (anche) dall'esterno e pertanto non rileva il fatto che il Sindaco si sia riservato di effettuare la scelta non sulla base di criteri precostituiti. E' proprio in considerazione delle peculiari caratteristiche di tale procedura che questo Consiglio ha ravvisato sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, giustappunto trattandosi di *“una procedura che difetta in radice dei requisiti del concorso e sarebbe connotata dal carattere fiduciario della scelta da parte del Sindaco operata nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei sulla base dei requisiti di professionalità”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2867). Tali modalità di individuazione del soggetto meritevole dell'incarico di tipo fiduciario non risultano in contrasto con la previsione normativa in esame, e ciò è sufficiente per scongiurare ogni possibile frizione con l'evocato principio, risultando così inconferente l'orientamento della Corte dei Conti che, a parere dell'appellante, il T.a.r. avrebbe erroneamente valorizzato.

12. Infondato è anche il terzo motivo, di cui controparte eccepisce l'inammissibilità, perché proposto tardivamente nel corso del giudizio di prime cure (eccezione da cui si può prescindere stante l'infondatezza della deduzione di parte appellante), col quale si lamenta che il T.a.r. non avrebbe esaminato la deduzione relativa alla pretesa nullità del provvedimento perché non rientrante nelle competenze sindacali. L'infondatezza si deve all'orientamento espresso da questo Consiglio, dal quale non vi è motivo di discostarsi in questa sede, secondo cui la procedura ai sensi del richiamato art. 110 non consiste in una selezione comparativa di candidati svolta sulla base dei titoli o prove finalizzate a saggiarne il grado di preparazione e capacità, da valutare (gli uni e le altre) attraverso criteri predeterminati, valutazione poi versata 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

(Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2017, n. 1549; vedi anche sentenza 2526 del 2017; di recente, Cons. giust. amm. Sicilia, 17 marzo 2020, n. 175). Il fatto che non viene in considerazione una procedura in senso tecnico quanto una scelta fiduciaria previa acquisizione dei *curriculum* dei candidati, consente di escludere la dedotta incompetenza funzionale dell'organo sindacale. Palesa quindi l'infondatezza del rilievo il fatto che questo postula la natura propriamente concorsuale della procedura attivata dall'Amministrazione che invece, per le ragioni anzidette, è da escludere. La competenza del Sindaco quindi trae fondamento nella previsione generale di cui all'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000, secondo cui *“il sindaco e il presidente della provincia [...] attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali”*. Infondato è quindi il motivo in esame, col quale si ripropone il vizio di nullità del provvedimento di conferma dei contratti con i dirigenti a tempo determinato (impugnato con i motivi aggiunti come riportato *sub d*) per incompetenza assoluta dell'organo sindacale, e ciò *“sia nel caso di attivazione delle procedure per l'assunzione che a maggior ragione nel caso di conferma o sanatoria del provvedimento di assunzione”* (cfr. pagina 18 dell'appello), dovendosi peraltro rilevare che la mancata disamina di uno dei motivi di ricorso non inficia *ex se* la sentenza impugnata se (come nel caso di specie, trattandosi della pretesa obliterazione di una sola censura tra le varie articolate in primo grado) non assurge al rango di difetto assoluto di motivazione, il quale solo giustifica la revocazione della sentenza impugnata.

12.1 Per quanto riguarda l'altro versante della doglianza, quello col quale non si esclude che la procedura in questione non sia un vero e proprio concorso pubblico, si lamenta al riguardo la violazione dell'art. 35 del d. lgs. n. 165/01, che attribuisce all'organo dirigenziale il potere di selezionare i candidati per le assunzioni alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Premesso che tale violazione, impingendo nei criteri di riparto della competenza tra organi politici e dirigenziali, non può dar luogo al vizio di incompetenza assoluta e quindi alla più grave patologia della nullità, come denunciato quindi infondatamente dall'appellante, va rilevato che la norma evocata,

nell'escludere che i soggetti che ricoprono cariche politiche possano far parte della commissione di concorso (comma 3, lett. e), disciplina le procedure selettive in senso tecnico per cui nel suo alveo applicativo non rientra la particolare procedura *ex art.* 110 cit. L'investitura del Sindaco, in tal caso, anche a fini di conferma della precedente individuazione, ben si concilia con la natura fiduciaria dell'incarico a tempo determinato, in quanto l'individuazione del soggetto incaricato non discende dall'applicazione di criteri automatici e precostituiti.

13. Col quarto motivo, l'appellante, nel ritenere la procedura illegittima per il mancato rispetto del limite del 50% della riserva di posti in favore del personale già dipendente dell'Ente, avversa la statuizione di inammissibilità per difetto d'interesse recata dalla sentenza impugnata, valorizzando il fatto che il tenore della censura era nel senso che il Comune non avrebbe potuto prevedere, come ha fatto, una riserva di posti integrale ai dipendenti già in servizio. L'appellante deduce che il profilo d'interesse in realtà ben ricorrerebbe tanto è vero che, non essendo più dipendente dell'Amministrazione, non ha presentato la domanda di partecipazione alla selezione.

Il motivo è infondato in quanto, come rappresentato dal Comune nella sua memoria (pagina 9), l'odierno appellante è stato ammesso a partecipare alla selezione per il conferimento dell'incarico dirigenziale a tempo determinato ai sensi dell'art. 110, comma 1, del T.U.E.L. per il Dipartimento Governo del Territorio (avviso di selezione interna prot. 8502 del 6 marzo 2015) - l'unico per il quale era in possesso dei requisiti per il conferimento. Deve quindi essere confermata la declaratoria d'inammissibilità per difetto d'interesse della censura di prime cure.

14. Col quinto ed ultimo motivo, l'appellante deduce che il T.a.r. non avrebbe esaminato la censura, articolata con i motivi aggiunti, relativa alla illegittimità degli atti organizzativi (segnatamente la D.G.C. n. 404 del 16 novembre 2010 con la quale è stata approvata la parziale modifica dell'ordinamento degli

uffici e dei servizi e la D.G.C. n. 423 del 2 dicembre 2010 con la quale è stato approvato il nuovo modello organizzativo della struttura comunale) per la dedotta violazione dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 (*“Gli incarichi di cui ai commi da 1 a 5 possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, entro il limite del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 e dell'8 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia, a tempo determinato ai soggetti indicati dal presente comma”*). L'appellante afferma di avere tuttora interesse, sia ai fini del governo delle spese di giudizio che risarcitori, alla disamina di tale censura la cui fondatezza sarebbe comprovata dall'intervento del d.lgs n. 141/11 laddove riconosce la diretta applicabilità dell'art. 19 su richiamato anche al sistema delle autonomie locali.

Orbene, l'art. 1 del d.lgs. n. 141 del 1° agosto 2011 espressamente statuisce che *“all'articolo 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dopo il comma 6-ter, è inserito il seguente: «6-quater. Per gli Enti locali, che risultano collocati nella classe di virtuosità di cui all'articolo 20, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, come individuati con il decreto di cui al comma 2 del medesimo articolo, il numero complessivo degli incarichi a contratto nella dotazione organica dirigenziale, conferibili ai sensi dell'articolo 110, comma 1, del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, non può in ogni caso superare la percentuale del diciotto per cento della dotazione organica della qualifica dirigenziale a tempo indeterminato”*. L'art. 6, comma 2, del medesimo plesso normativo a sua volta prevede che *“per gli enti locali i contratti stipulati in base a previsioni legislative, statutarie e regolamentari, nel rispetto delle limitazioni finanziarie sulla spesa del personale e sull'utilizzo dei contratti di lavoro a tempo determinato, che hanno superato i contingenti di cui all'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001 ed in essere al 9 marzo 2011, possono essere mantenuti fino alla loro scadenza, fermo restando la valutabilità della conformità dei contratti stessi e degli incarichi ad ogni altra disposizione normativa”*. Dal complessivo tenore di tale disciplina, sopravvenuta agli atti impugnati col ricorso di primo grado coi

quali si attivava la procedura selettiva per il conferimento degli incarichi dirigenziali, è dato inferire che, al momento della loro adozione, il tetto percentuale di cui all'art. 19 non riguardava anche i contratti stipulati *ex art.* 110, comma 1, del TUEL, assumendo l'art. 6, comma, in sintonia con la sua rubrica, la valenza di norma transitoria al fine di non incidere sui contratti in corso di esecuzione. Non si configura, pertanto, la violazione dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 né in relazione agli atti originari di indizione della procedura selettiva né rispetto al successivo provvedimento di conferma che si inquadra appunto nella sfera applicativa della riprodotta norma transitoria.

15. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

16. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo il criterio della soccombenza, sono liquidate nella misura stabilita in dispositivo secondo i parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 1447/2013), lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore del Comune appellato, delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%) se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato, con sede in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 16 febbraio 2021, convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Francesco Frigida, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE
Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO