

Pubblicato il 13/12/2021

N. 07979/2021 REG.PROV.COLL.
N. 04239/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4239 del 2021, proposto da Elena Napolitano, rappresentata e difesa dall'avvocato Elena Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Comiziano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Responsabile Ufficio Avvocatura Comune di Comiziano, Avv. Angelo Salvatore Russo, non costituito in giudizio;

nei confronti

Angelo Salvatore Russo, rappresentato e difeso dall'avvocato Felice Tafuro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Michele Aiezza, non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa adozione di adeguate misure cautelari

- della delibera di Giunta comunale n. 76 del 29/07/2021 e successiva delibera di integrazione e rettifica n. 78 del 30/07/2021, dell'avviso pubblico per il conferimento incarico di Responsabile Area avvocatura\Ufficio contenzioso (allegato a), del fac simile di domanda, con cui si è provveduto a pubblicare un avviso pubblico per il conferimento di incarico di responsabile dell'ufficio contenzioso, a tempo parziale con contratto a tempo determinato, al di fuori della dotazione organica ai sensi dell'art. 110 comma 2 del D.Lgs. 267/2000;
- della delibera di Giunta Comunale n.77 del 30/07/2021 avente ad oggetto la revoca – ai sensi dell'art. 21 quinquies della l.241/90 - della deliberazione di G.C. n. 15 del 10/03/2021, “Modifica ed integrazione Regolamento incarichi legali – inserimento art.2 bis – conferimento incarico di patrocinio legale per tutto il contenzioso civile, tributario (e amministrativo) del Comune di Comiziano ad unico legale previa selezione per avviso pubblico- atto di indirizzo”, per sopravvenute valutazioni di opportunità considerata l' “economia per l'avvocatura al posto della Delibera citata”;
- della determina del I Servizio- Affari Generali, n.63 dell'11/08/2021, con la quale si annullava in autotutela la procedura di individuazione per il conferimento di incarico di patrocinio legale per tutto il contenzioso amministrativo-civile-tributario nonché per l'assistenza legale del Comune di Comiziano per 1 anno;
- della determinazione n. 49 del 13/08/2021 del Responsabile del IV Servizio avente ad oggetto “Presenza d'atto delle domande presentate per AVVISO PUBBLICO PER IL CONFERIMENTO INCARICO DI RESPONSABILE DELL'UFFICIO CONTENZIOSO, A TEMPO PARZIALE CON CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO, AL DI FUORI DELLA DOTAZIONE ORGANICA AI SENSI DELL'ART.110 COMMA 2 DEL D.LGS. 267/2000. Integrazione e rettifica deliberazione n.76 del 29.07.2021 come richiamato con delibera di G.C. n.78 del 30.07.2021”;

- del decreto sindacale n. 12 del 01/09/2021 a firma del Rappresentante p.t. dell'Ente, con cui si è provveduto a nominare il responsabile dell'ufficio avvocatura;
- nonché di ogni altro atto presupposto e/o presupponente quello impugnato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Angelo Salvatore Russo e di Comune di Comiziano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2021 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Oggetto dell'azione proposta dalla ricorrente è in primo luogo la procedura di conferimento incarico di Responsabile Area Avvocatura/dell'Ufficio contenzioso, a tempo parziale con contratto a tempo determinato e al di fuori della dotazione organica, ex art. 110 comma 2 del D. Lgs. n°267/2000, indetta dall'amministrazione comunale di Comiziano, con delibera di Giunta Comunale n. 76 del 29/07/2021, in pendenza di una procedura di selezione pubblica per il "conferimento di un incarico di patrocinio legale per tutto il contenzioso amministrativo civile- tributario nonché per l'assistenza legale del Comune di Comiziano per anni 1", già indetta con delibera di Giunta Comunale n. 15 del 10/03/2021, poi revocata, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della L. 241/90, con ulteriore delibera n.77, del 30/07/2021, all'indomani dalla pubblicazione della delibera di Giunta n.76 del 29/07/2021.

La ricorrente rappresenta di aver formalizzato manifestazione di interesse per entrambi gli incarichi.

Ad esito della valutazione dei curricula, il sindaco p.t. adottava il provvedimento di nomina del Responsabile dell'ufficio avvocatura, anch'esso

impugnato nel presente giudizio.

Il ricorso è articolato in vari motivi di violazione di legge ed eccesso di potere. Il Comune si è costituito ed ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito e l'inammissibilità del ricorso per mancata allegazione della cd. prova di resistenza; ha chiesto infine il rigetto del ricorso perché infondato.

Anche il controinteressato, Angelo Salvatore Russo, si è costituito con mero atto di stile.

All'udienza camerale del 2 novembre 2021, il Collegio assegnava alla ricorrente un termine per replicare alle memorie di controparte.

La ricorrente ha quindi depositato una memoria per argomentare sulla sussistenza della giurisdizione del giudice adito e sulla fondatezza del ricorso.

All'odierna udienza, il Collegio ha inoltre prospettato, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., alla ricorrente l'eventuale parziale inammissibilità del ricorso in relazione alla impugnazione della delibera n.77, del 30/07/2021, recante la revoca della delibera di indizione della procedura selettiva per il *“conferimento di un incarico di patrocinio legale per tutto il contenzioso amministrativo civile- tributario nonché per l'assistenza legale del Comune di Comiziano per anni 1”*, per acquiescenza al provvedimento, avendo la ricorrente stessa partecipato alla procedura di conferimento incarico di Responsabile Area Avvocatura/dell'Ufficio contenzioso.

La ricorrente ha, nel corso dell'udienza, controdedotto sul punto.

La causa, quindi, dato avviso della possibile definizione con sentenza in forma semplificata, è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è in parte inammissibile per difetto di giurisdizione e in parte inammissibile per acquiescenza.

Per una migliore comprensione della vicenda, occorre premettere che l'art. 110 del testo unico enti locali prevede, al primo comma, 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.”

In particolare, l'art. 110, comma 1, riguarda la copertura di posti previsti dalle dotazioni organiche. Con il D.L. n. 90/2014, in particolare, l'art. 110, comma 1, è stato modificato, recependo l'orientamento maturato in giurisprudenza, secondo il quale gli incarichi a contratto sono conferiti 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.

L'art. 110, comma 2, invece riguarda la stipula, al di fuori della dotazione organica, di contratti a tempo determinato per funzionari dell'area direttiva e le alte specializzazioni, rimettendo al regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, la previsione dei limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati detti contratti.

Il comma specifica che per gli enti in cui non è prevista la dirigenza, “il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, solo in assenza di professionalità analoghe presenti all'interno dell'ente, contratti a tempo determinato di dirigenti, alte specializzazioni o funzionari dell'area direttiva, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire.”

La differenza tra il comma 1 e il comma 2 del medesimo articolo riguarda dunque la circostanza che ai sensi del comma 2 possono essere stipulati contratti a tempo determinato al di fuori della dotazione organica, purché in assenza di professionalità analoghe presenti all'interno dell'ente.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha qualificato l'istituto in esame come di carattere eccezionale rispetto alle ordinarie modalità di reclutamento del personale della pubblica amministrazione. Gli incarichi esterni infatti devono far fronte a esigenze eccezionali e temporanee, che non possono in alcun modo coprire i fabbisogni ordinari e le esigenze di carattere duraturo, cui gli enti sono tenuti a dare risposta attraverso la programmazione triennale del

fabbisogno del personale, o attraverso la riqualificazione professionale del personale interno, secondo il noto principio di autosufficienza organizzativa". Con riferimento al conferimento di incarichi ai sensi dell'art. 110, del d.lgs. n. 267/2000, consolidata giurisprudenza afferma che le controversie concernenti il conferimento a tempo determinato e parziale di incarichi di natura direttiva a contratto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (del lavoro), in quanto riguardanti una procedura che difetta in radice dei requisiti del **concorso** e che 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. infra multis: Cassazione civile, Sez. lav. 13/01/2014, n. 478; Sez. lav. 19/03/2015, n. 5516; Cassazione civile Sez. Un. 04/09/2018, n. 21600).

Anche il giudice amministrativo ha aderito a tale indirizzo (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 24/05/2021, n.3993; Consiglio di Stato, sez. V, 04/04/2017, n. 1549; Consiglio di Stato, sez. V, 29/05/2017, n. 2526; T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 10/03/2020, n.108), osservando che la procedura selettiva ex art. 110, comma 1, D.Lgs. n. 267/2000 (T.U. Enti locali) 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, essendo piuttosto 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.

Sotto altro, ma non meno determinante aspetto, va rilevato che, secondo l'insegnamento della Cassazione, in tutti i casi nei quali vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, in materia di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, è consentita esclusivamente l'instaurazione del giudizio davanti al giudice ordinario, nel quale la tutela è pienamente assicurata dall'eventuale disapplicazione degli atti

presupposti e dagli ampi poteri riconosciuti al giudice ordinario medesimo ai sensi del comma 2 del medesimo art. 63 d.lgs. 165 del 2001 (Cassazione, sezioni unite civili, sentenza 20 ottobre 2017 n. 24877).

Non mancano tuttavia pronunce di segno contrario, volte a valorizzare la necessità di una procedura selettiva assimilabile al **concorso** per l'individuazione delle professionalità con cui stipulare suddetti contratti, con conseguente affermazione della giurisdizione amministrativa (cfr. Tar Umbria, sez. I, n. 494/2016 e n. 195/2015).

Infine, in alcune pronunce si è sottolineata la necessità di una verifica, da effettuare caso per caso, circa le caratteristiche della selezione pubblica posta in essere dall'ente locale, riconoscendosi la giurisdizione del giudice amministrativo in presenza di procedure di carattere sostanzialmente concorsuale (cfr. TAR Salerno, sez. II, 10/04/2017, n.687).

Analoghe considerazioni valgono per quanto attiene alle procedure di individuazione dei professionisti cui conferire gli incarichi di cui all'art. 110, comma 2, TUEL.

Il Collegio, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati e del dato testuale normativo, osserva che la questione della giurisdizione in relazione alle procedure ex art. 110 TUEL deve essere esaminata valutando le specifiche fattispecie.

Per quanto riguarda, in particolare, gli incarichi di cui all'art. 110, comma 2, TUEL (quale è quello di cui si controverte nel caso di specie), non essendo espressamente previsto l'obbligo di effettuare una selezione pubblica, occorre guardare alle modalità con cui effettivamente il Comune ha deciso di procedere per individuare il soggetto cui conferire l'incarico.

Nel caso di specie, l'avviso pubblico allegato alla delibera n. 76 del 2021, ha previsto:

“- che l'individuazione del soggetto da incaricare sarà effettuata, direttamente dal Sindaco sulla base dei curricula presentati tra coloro che, in possesso dei requisiti richiesti, abbiano manifestato interesse al conferimento dell'incarico di responsabilità in oggetto mediante

presentazione di formale domanda di partecipazione in carta libera, secondo le modalità di seguito indicate;”.

Appare dunque evidente che nel caso di specie non si ravvisa alcuna procedura concorsuale o assimilabile ad essa.

Pertanto, quanto attiene alle censure del ricorso concernenti la procedura di conferimento dell'incarico di Responsabile Area Avvocatura/dell'Ufficio contenzioso, a tempo parziale con contratto a tempo determinato e al di fuori della dotazione organica, ex art. 110, comma 2, del D. Lgs. n. 267/2000, indetta dall'amministrazione comunale di Comiziano, con delibera di Giunta Comunale n. 76 del 29/07/2021, non sussiste la giurisdizione del giudice adito. Ci si riferisce in particolare al quinto, sesto e settimo motivo di ricorso, concernenti la procedura e le modalità di scelta del soggetto cui conferire l'incarico e la nomina del responsabile dell'area avvocatura. Rientra, infatti, nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia con cui si chiede l'annullamento del decreto con cui il sindaco del Comune ha conferito, ai sensi dell'art. 110 comma 1, 18 agosto 2000 n. 267, un incarico, deducendo il mancato rispetto dei criteri predeterminati nella delibera giuntale e la mancata puntuale valutazione dei curricula; si tratta, infatti, di una procedura selettiva per il conferimento di incarichi “a contratto” che difetta in radice dei requisiti del **concorso**. (cfr. in analogia fattispecie T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 10/03/2020, n.108).

Né la ricorrente può contestare, in questa sede, la presupposta decisione della Giunta comunale di istituire la posizione organizzativa dell'area avvocatura e di provvedere alla copertura della stessa mediante il ricorso ad un incarico esterno ai sensi dell'art. 110, comma 2 TUEL (delibera n. 76 del 29/07/2021), trattandosi di atto di micro-organizzazione, anch'esso conoscibile dal giudice ordinario.

Infatti, l'art. 2, comma 1, decreto legislativo n. 165 del 2001 definisce gli atti di macroorganizzazione, conoscibili dal giudice amministrativo, come quelli con cui si provvede alla definizione delle "linee fondamentali di organizzazione

degli uffici" e alla individuazione degli "uffici di maggiore rilevanza". Nel caso di specie, invece, si tratta della previsione della istituzione di una nuova singola posizione organizzativa, cioè di un atto che, pur avendo effetti sulla organizzazione dell'ente, non attiene alle linee fondamentali di organizzazione degli uffici ma rientra tra le determinazioni per l'organizzazione degli uffici assunte con i poteri datoriali di natura privatistica.

Come è stato infatti affermato in giurisprudenza, le controversie afferenti gli atti di istituzione e di attribuzione delle c.d. posizioni organizzative devono essere devolute alla cognizione del g.o., essendo tali atti da collocare nell'ambito degli atti di microorganizzazione e di gestione del rapporto di lavoro, devoluti d.lg. n. 165 del 2001 alla cognizione del g.o., non potendo essere legittimamente configurati come relativi all'individuazione e al conferimento della titolarità degli uffici di maggiore rilevanza. (T.A.R. Catanzaro, (Calabria) sez. II, 17/01/2007, n.12; T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 02/11/2015, n.12302)

Dunque, anche le censure volte a contestare la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 110 TUEL (primo motivo di ricorso), la mancanza di un'apposita variazione di bilancio (terzo motivo di ricorso) e l'incompetenza del sindaco (quarto motivo di ricorso) sono da ritenersi inammissibili per difetto di giurisdizione.

Per quanto riguarda invece il secondo motivo di ricorso, che ha ad oggetto la delibera di Giunta Comunale n.77 del 30/07/2021, di revoca della deliberazione di G.C. n. 15 del 10/03/2021, con cui era stata indetta una procedura di selezione pubblica per il "conferimento di un incarico di patrocinio legale per tutto il contenzioso amministrativo civile- tributario nonché per l'assistenza legale del Comune di Comiziano per anni 1", osserva il Collegio che, come rilevato in udienza mediante avviso ex art. 73 c.p.a., il ricorso è inammissibile per carenza di interesse.

Infatti, la ricorrente risulta aver partecipato non solo alla selezione revocata ma anche all'avviso pubblico per il conferimento di incarico di responsabile

dell'ufficio contenzioso ai sensi dell'art. 110 comma 2 del D.Lgs. 267/2000, indetto in sostituzione della precedente selezione pubblica. Ella dunque ha in tal modo prestato acquiescenza alla impugnata revoca della precedente selezione.

Il ricorso, pertanto, in relazione a tale censura va dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

In conclusione il ricorso va dichiarato in parte inammissibile per difetto di giurisdizione (con facoltà di riassunzione dinanzi al giudice competente in attuazione dei principi della *traslatio iudicij*) e in parte inammissibile per difetto di interesse.

Le spese possono essere compensate, sussistendo giusti motivi in considerazione della peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile per difetto del giudice adito, in favore del giudice ordinario, e in parte inammissibile per difetto di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 16 novembre 2021 e 7 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

Germana Lo Sapio, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Laura Maddalena

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO