

Publicato il 10/04/2017

N. 01683/2017REG.PROV.COLL.
N. 04462/2016 REG.RIC.
N. 06214/2016 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 in appello iscritto al numero di registro generale 4462 del 2016,
proposto da:

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Luisa Torchia e Rosaria Basile, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luisa Torchia in Roma, viale Bruno
Buozzi, n. 47;

contro

Amedeo D'Onghia, rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Profeta, con
domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Pompeo Colacicco, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Pesce, con
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

Vincenzo Guerra, non costituito in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6214 del 2016,
proposto da:

Pompeo Colacicco, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Pesce, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Pesce in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luisa Torchia, Rosaria Basile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47;

nei confronti di

D'Onghia Amedeo, rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Profeta, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

Guerra Vincenzo, non costituito in giudizio;

Comune di Mottola, non costituito in giudizio;

entrambi per la riforma

della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari: Sezione III n. 00671/2016, resa tra le parti, concernente la procedura di mobilità esterna per la copertura di un posto di dirigente tecnico;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Amedeo D'Onghia, di Pompeo Colacicco e del Comune di Bari e;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2017 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Luisa Torchia, l'avvocato Emanuele Bufano, su delega dell'avvocato Profeta, e l'avvocato Giovanni Pesce.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso di selezione del 30 gennaio 2015 il Comune di Bari ha indetto una procedura “di mobilità volontaria esterna per la copertura di un posto di dirigente tecnico” della Ripartizione Edilizia ed Urbanistica, ai sensi dell’art. 30 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Alla procedura selettiva sono stati ammessi a partecipare tre concorrenti, l’ing. Amedeo D’Onghia, l’ing. Pompeo Colacicco e l’ing. Vincenzo Guerra.

All’esito della valutazione dei titoli professionali l’ing. Colacicco è stato ammesso al colloquio orale.

L’ing. D’Onghia ha conseguito, invece, 9,99 punti, non superando la soglia minima per essere ammesso alla fase orale.

2. Con ricorso innanzi al T.a.r. Puglia, sede di Bari, l’ing. D’Onghia ha impugnato, proponendo istanza cautelare, la sua mancata ammissione alla fase orale e l’ammissione degli altri candidati alla procedura selettiva.

Con ordinanza cautelare n. 457 del 2015, il T.a.r. Puglia ha accolto l’istanza cautelare, disponendo la rivalutazione dei candidati, da compiersi tenendo conto anche degli incarichi dirigenziali svolti senza qualifica dirigenziale.

3. In sede di rivalutazione, la Commissione ha ammesso a punteggio l’incarico ricoperto dall’ing. D’Onghia presso il Comune di Mottola, attribuendo al candidato ulteriore tre punti rispetto a quelli inizialmente riconosciutigli.

L’ing. D’Onghia è stato quindi ammesso al colloquio orale, all’esito del quale ha totalizzato un punteggio complessivo di 21,99 punti.

4. Con determinazione dirigenziale n. 2015/9589 del 6 agosto 2015, il Comune di Bari ha preso atto delle operazioni di riesame della Commissione giudicatrice ed ha approvato la graduatoria finale della procedura, che ha visto come primo classificato l’ing. Colacicco (con 22,50 punti), secondo classificato l’ing. D’Onghia (21,99 punti) e terzo l’ing. Guerra (21,41 punti).

Con la stessa determina dirigenziale il Comune ha disposto l’accoglimento dell’istanza di mobilità presso il Comune di Bari del vincitore e la stipula, a seguito di cessione di contratto di lavoro da parte dell’amministrazione di

provenienza del candidato (il Comune di Monopoli), del relativo contratto individuale di lavoro.

5. Con ricorso per motivi aggiunti, l'ing. D'Onghia ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 2015/9589.

6. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il T.a.r. Puglia, ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo, ha dichiarato improcedibile il ricorso principale ed ha accolto il ricorso per motivi aggiunti, annullando, per l'effetto, la determinazione n. 9589 del 6 agosto 2015, nella sola parte riferita all'attribuzione dei punti relativi ai titoli di studio posseduti dall'ing. Colaccio.

7. La sentenza in oggetto è stata impugnata, con separati appelli, dal Comune di Bari e dall'ing. Colaccio.

Entrambi gli appellanti, oltre a sostenere l'infondatezza dell'originario ricorso, hanno, in via pregiudiziale, censurato la sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo.

8. Si è costituito in giudizio l'ing. D'Onghia, proponendo anche appello incidentale, con il quale, oltre a riproporre alcuni motivi non esaminati in primo grado, ha sostenuto che all'ing. Colacicco per la seconda laurea triennale in Scienze dell'Amministrazione non avrebbe dovuto essere assegnato alcun punteggio (anziché il punteggio di 0,50 autonomamente assegnato dal T.a.r.).

9. Alla pubblica udienza del 2 marzo 2017, gli appelli sono stati trattenuti per la decisione.

10. Occorre, anzitutto, disporre la riunione degli appelli, in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

11. Gli appelli principali proposti, rispettivamente, dal Comune di Bari e dall'ing. Colacicco meritano accoglimento, risultando fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Risulta dirimente la considerazione che la procedura in esame non importa la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo, ma attiene alla mera gestione di un rapporto di lavoro già instaurato.

12. La procedura oggetto del presente contenzioso determina, infatti, soltanto una modifica soggettiva della parte datrice di lavoro, con il consenso di tutte le parti: all'esito della procedura, il dipendente viene trasferito, a sua istanza, da un'amministrazione ad un'altra, previo parere favorevole dell'amministrazione di provenienza.

Più nel dettaglio, nel caso di specie viene in rilievo una procedura di mobilità esterna ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui *“le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione di contratto di lavoro dei dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni”*.

L'art. 2 dell'avviso di selezione della procedura imponeva, infatti, ai candidati di essere già titolari di un “rapporto di lavoro a tempo indeterminato e a tempo pieno in una Pubblica amministrazione di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001”. L'art. 3 dello stesso avviso imponeva, inoltre, di allegare alla domanda di partecipazione, a pena di esclusione, “il nulla osta preventivo o parere favorevole alla mobilità rilasciato dall'ente di appartenenza”.

Va ancora evidenziato che la procedura non prevede l'attribuzione di una nuova qualifica al candidato vincitore, che deve, infatti, già possedere, come requisito di ammissione, la qualifica dirigenziale.

Manca, pertanto, una procedura concorsuale finalizzata all'assunzione di un nuovo rapporto di lavoro, come, invece, richiesto dall'art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001, ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa.

13. In tal senso, si è, del resto, in più occasioni espresse la giurisprudenza (sia del Consiglio di Stato sia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione), la quali ha affermato, appunto, che appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto la mobilità esterna (relativa al trasferimento del dipendente pubblico tra enti del medesimo comparto o tra enti di comparti diversi), configurandosi quest'ultima come cessione del contratto di lavoro che si verifica nel corso di un rapporto già instaurato e non determina la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o

una nuova assunzione, ma comporta solo la modificazione soggettiva del rapporti di lavori già in atto (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2271; Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2014, n. 5907; Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2014, n. 5903; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 178; Cass. Sez. Un. ord. 9 settembre 2010, n., 9251).

Non rileva, in senso contrario, l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 5077 del 2015 (richiamata dalla sentenza appellata per ritenere sussistente la giurisdizione amministrativo), atteso che in quel caso la procedura selettiva non prevedeva il previo nulla osta dell'amministrazione di provenienza ai fini dell'assunzione dell'incarico ordinaria.

14. L'accoglimento degli appelli principali determina l'annullamento senza rinvio della sentenza appellata e la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario.

15. Ne consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dall'ing. D'Onghia.

16. Sussistono i presupposti per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, ne dispone la riunione e li accoglie; per l'effetto, annulla la sentenza appellata senza rinvio e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; rimette le parti dinnanzi al giudice ordinario innanzi al quale la causa potrà essere riassunta nei termini di legge.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO