

Pubblicato il 10/09/2018

N. 05298/2018REG.PROV.COLL.

N. 05466/2017 REG.RIC.

N. 05896/2017 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 numero di registro generale 5466 del 2017, proposto da Mariagrazia Barone, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

contro

Concetta Mucci, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Collarile, con domicilio eletto presso lo studio Egidio Lizza in Roma, via Valadier, 43;

nei confronti

Comune di Ceppaloni, non costituito in giudizio;
Fabio Pallotta, non costituito in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5896 del 2017, proposto da Comune di Ceppaloni, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Imperlino, con domicilio eletto presso lo studio Marco Amore in Roma, via Sardegna n.50;

contro

Concetta Mucci, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Rauso, con domicilio eletto presso lo studio Egidio Lizza in Roma, via Valadier 43; Mariagrazia Barone e Fabio Pallotta, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione V n. 3433/2017, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Concetta Mucci;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte, Rauso, anche in dichiarata delega dell'avvocato Collarile e Imperlino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con distinti gravami – di cui, con ordinanza collegiale 23 gennaio 2018, n. 465, è stata disposta, con decisione meritevole di conferma, la riunione, in quanto proposti avverso la medesima statuizione (cfr. art. 96, 1° comma cod. proc. amm.) – il Comune di Ceppaloni e la dott.ssa Mariagrazia Barone impugnano la sentenza n. 3433 del 23 giugno 2017, meglio distinta in epigrafe, con la quale il TAR Campania – Napoli, in accoglimento del ricorso proposto dalla controinteressata dott.ssa Concetta Mucci, ha annullato (sull'assorbente e complessivo assunto che fosse stata illegittimamente pretermessa la prodromica e necessaria fase pubblicitaria, mercé la pubblicazione del bando di concorso in Gazzetta Ufficiale) gli atti della procedura selettiva, per titoli ed esami, indetta per il conferimento di un incarico a tempo determinato (24 mesi) e parziale (18 ore settimanali) di Vice segretario (cat. D), posizione giuridica ed economica C3, all'esito della quale era stato stipulato il contratto con la Barone, risultata prima graduata.

2.- A sostegno del gravame, in convergente prospettiva critica:

a) lamentano la violazione dei criteri di riparto della giurisdizione, avendo il primo giudice attribuito, in guisa asseritamente erronea, natura propriamente concorsuale ad una procedura che aveva in tesi, per contro, sia per struttura che per finalità (copertura di un incarico a tempo determinato), carattere meramente “*idoneativo*”, con conseguente rimessione della relativa controversia alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro;

b) assumono, in ogni caso, l'erronea valorizzazione degli obblighi pubblicitari imposti dall'art. 4 del D.P.R. n. 487/1994 alle procedure selettivamente propriamente concorsuali (*ex art. 63 T.U. n. 165/2001*), con conseguente svalutazione dell'operato dell'Amministrazione comunale che, all'incontro, in prospettata conformità a quanto previsto dall'art. 35 del T.U. cit. e del proprio Regolamento sulle modalità di assunzione, aveva, in fatto, dato ampia (e pretesamente inidonea) diffusione al bando di concorso, mediante pubblicazione sul proprio albo pretorio e su quello dei Comuni limitrofi, nonché sull'Albo della Provincia di Benevento, così assicurando forme di pubblicità utili ed adeguate per garantire un'effettiva partecipazione alla selezione.

3.- Si costituiva in giudizio, per resistere al primo dei proposti gravami, la controinteressata Concetta Mucci, che argomentava la complessiva infondatezza dell'avverso libello.

Con ordinanza 23 gennaio 2018, n. 465, il Collegio – sul rilievo: *a)* che in prime cure fosse stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti del dott. Fabio Pallotta, idoneo non vincitore, classificato al secondo posto nella graduatoria di merito approvata con determina n. 2 del 6 aprile 2016; *b)* che nessuno dei due appelli in trattazione risultasse notificato al ridetto Pallotta, già parte del giudizio di primo grado; *c)* che, ai sensi dell'art. 95, 1° comma cod. proc. amm., tutte le parti che avevano interesse a contraddire dovevano essere necessariamente evocate in

giudizio nelle fasi di gravame – disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti del ridetto Pallotta (*ex art. 96, 3° comma cod. proc. amm.*).

Alla pubblica udienza del 31 maggio 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Gli appelli sono infondati e meritano di essere respinti.

Le articolate ragioni di doglianza possono essere esaminate congiuntamente, in quanto incentrate sulla esatta e puntuale qualificazione della natura della procedura selettiva in contestazione, che il primo giudice ha ritenuto strutturare una vera e propria procedura concorsuale (facendone discendere: *a*) sul piano processuale, la sussistenza della giurisdizione amministrativa *ex art. 63 d.lgs. n. 165/2001*; *b*) sul piano sostanziale, la necessità di rispettare l'obbligo di previa pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale *ex art. 4 del D.P.R. n. 487/1994*) e che, per contro, gli appellanti ritengono, con diffusa argomentazione, procedura meramente idoneativa *ex art. 110 d.lgs. n. 267/2000* (facendone, per l'appunto, coerentemente discendere: *a*) la rimessione della relativa controversia alla giurisdizione ordinaria; *b*) la sottrazione ai formalismi pubblicitari propri del concorso pubblico in senso stretto).

2.- Osserva il Collegio che la nozione di “*concorso*” non riceve, nella materia della assunzione agli impieghi presso pubbliche amministrazioni, una propria definizione normativa, evocando genericamente (alla luce della direttiva costituzionale di cui all'art. 97, comma 4 Cost.) la sua attitudine a strutturare una procedura selettiva di matrice propriamente “*concorrenziale*”, come tale aperta al “*confronto comparativo*” tra una pluralità di candidati in possesso dei requisiti di partecipazione.

Se ne trae positiva conferma:

a) dall'art. 1, comma 1 lettera *a*) del d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487 (*Regolamento recante*

norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi), che ne scolpisce il requisito della generale “*apertura*” alla generalità dei soggetti interessati, in possesso dei necessari requisiti (“*generalisti*” ex art. 2 d.p.r. cit. e “*particolari*”, in relazione alla tipologia e qualifica del posto messo a concorso, ex art. 3);

b) dall'art. 3 dello stesso regolamento, che impone l'adozione di apposito “*bando*” (non già genericamente inteso a prefigurare le modalità della selezione, ma) recante puntuale indicazione: b1) delle modalità anche temporali di presentazione delle “*domande*” di partecipazione; b2) del diario, della sede, delle materie e del contenuto delle “*prove*” che ne costituiscono la specifica modalità operativa (e vuoi che si tratti di prove scritte, anche orali ed eventualmente pratiche): b3) della “*votazione*” necessaria per l'ammissione alla fase orale; b4) degli eventuali “*titoli*” preferenziali, suscettibili di valutazione;

c) dall'art. 6, comma 5 del regolamento, laddove rimette, in termini generali, ad una “*commissione giudicatrice*” appositamente costituita la formazione dell'elenco dei candidati esaminati, con indicazione dei voti da ciascuno riportati (la cui composizione e formazione è regolata dal successivo art. 9);

d) dal successivo art. 15, che prefigura l'obbligatoria elaborazione, al termine delle prove, di una “*graduatoria di merito dei candidati*”, formata “*secondo l'ordine dei punti della votazione complessiva riportata da ciascun[o]*” e seguita dalla elaborazione della “*graduatoria dei vincitori*”, destinata alla successiva approvazione e pubblicizzazione secondo le scolpite formalità.

In definitiva, alla luce del complesso dei dati riassunti, deve ritenersi, in conformità all'orientamento ricevuto (cfr., *ex permultis*, Cass, sez. un., n. 8799/2017 e Cons. Stato, sez. III, n. 1631/2016) propriamente “*concorsuale*” (di là dal *nomen* utilizzato in concreto dall'Amministrazione, notoriamente non rilevante ai fini qualificatori) una procedura preordinata alla selezione concorrenziale nell'ambito di una platea

indeterminata di potenziali candidati, mediante il programmatico svolgimento di prove rimesse all'apprezzamento comparativo di apposita commissione giudicatrice, destinato alla trasfusione in apposita graduatoria, inclusiva dei soggetti ritenuti idonei e di quelli dichiarati vincitori.

È evidente, per contro, che nessun rilievo discrezionale può essere conferito alla tipologia di posto messo a concorso e, segnatamente, alla natura temporanea o a tempo indeterminato del relativo contratto, a stipularsi a valle della procedura (*arg., si paret, ex art. 1, comma 3 d .p.r. 487/1994 cit.*).

3.- Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta con evidenza che la fattispecie del “*concorso pubblico*” rientra, come specie nel genere, nel più comprensivo alveo delle procedure “*selettive*”, all'interno delle quali si collocano anche le procedure (per le quali è invalsa la qualificazione come meramente “*idoneative*”) che – indipendentemente dalla prefigurazione e dall'esperimento di apposite prove – si caratterizzano per la valutazione meramente fiduciaria dei candidati, con esclusione della formazione – nei termini vincolanti dell'esercizio di una discrezionalità di ordine meramente tecnico, non a caso affidata a “*tecnici esperti*” (art. 9 d.p.r. cit.) – di una definitiva graduatoria di merito (la quale, per tal via, può essere riguardata come il vero e proprio elemento scriminante tra l'una e l'altra vicenda).

La distinzione, come è noto, non è di poco momento, incidendo sul riparto della giurisdizione (che, non a caso, è conferita al giudice amministrativo solo per le procedure propriamente concorsuali, in cui la posizione soggettiva di ciascuno dei candidati assume la consistenza dell'interesse legittimo).

Procedura meramente idoneativa deve, ai fini della controversia in esame, ritenersi quella prevista all'art. 110 del T.U.E.L. per la copertura, autorizzata dallo statuto dell'ente locale, di “*posti di responsabili dei servizi e degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione*”: la natura di mero “*incarico a contratto*”; la natura necessariamente

temporanea dello stesso; lo scolpito ancoraggio temporale *ne ultra quem* al “*mandato elettivo del sindaco o del presidente della provincia*”; la prefigurata modalità di automatismo risolutorio in caso di dissesto o di sopravvenienza di situazioni strutturalmente deficitarie; la possibilità di formalizzazione, sia pure eccezionalmente e motivatamente, di contratto propriamente “*di diritto privato*”; la mancata previsione della nomina di una commissione giudicatrice, del (necessario) svolgimento di prove e della (correlata) formazione di formali graduatorie concorrono ad evidenziare il triplice carattere di *temporaneità, specialità e fiduciarietà* che caratterizza la procedura in questione, che – per tal via – deve ritenersi, in conformità al comune intendimento, bensì selettiva ma non concorsuale.

4.- Alla luce delle riassunte coordinate ermeneutiche, deve allora condividersi, avuto riguardo alle concrete modalità di indizione e svolgimento della procedura in contestazione, la valutazione espressa dal primo giudice. Il quale ha esattamente valorizzato: *a)* l'espressa (auto)qualificazione in termini di concorso conferita alla selezione dal bando; *b)* il puntuale richiamo, ivi contenuto, alle previsioni del d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487, ossia al Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni; *c)* la sussistenza di tutti gli indici rivelatori della natura concorsuale della procedura assunzionale, avuto segnatamente riguardo alla emanazione del bando, alla nomina della commissione esaminatrice, alla attribuzione del punteggio per i titoli posseduti e per la prova scritta ed orale, sulla base della previa fissazione dei criteri di valutazione, alla compilazione di una graduatoria finale di merito, alla stregua dei punteggi complessivi conseguiti dai candidati, e, infine, alla nomina del primo classificato come vincitore.

Ne discende *de plano*: *a)* che correttamente è stata ritenuta la giurisdizione amministrativa; *b)* che con pari correttezza si è stigmatizzata – in adesione alle ragioni di doglianza di parte appellata – l'omissione delle indefettibili modalità

pubblicitarie (in adesione al consolidato orientamento giurisprudenziale che fa della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, prevista dall'art. 4 del d.p.r. n. 487/1994, una regola attuativa degli artt. 51 e 97 e, come tale, non incisa, neanche per incompatibilità, dall'art. 35, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 165 del 2001, che ha fissato il criterio della “*adeguata pubblicità*” in termini coerentemente aggiuntivi e non sostitutivi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2015, n. 2801 e Id. 25 gennaio 2016, n. 227).

5.- Le esposte considerazioni militano per la complessiva reiezione del gravame. Le spese seguono l'ordinario canone della soccombenza, sussistendo, peraltro, giustificate ragioni per la loro integrale compensazione nei confronti delle parti private.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna il Comune di Ceppaloni alla refusione delle spese di lite a favore di Concetta Mucci, che liquida in complessivi € 3.000, oltre accessori di legge, compensandole, per il resto, tra le altre parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO