Pubblicato il 28/01/2020

N. 00079/2020REG.PROV.COLL.

N. 01132/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 1132 del 2019, proposto da Agatino Lipara, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Mania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Catania, corso Italia 46;

contro

Comune di Vittoria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Monica Lo Piccolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Vincenzo Statelli, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Francesco Fidone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 1930/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Vittoria e di Vincenzo Statelli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Mania, Angela Bruno su delega di Monica Lo Piccolo e Giovanni Francesco Fidone;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La controversia riguarda gli atti della selezione, indetta con avviso 8 marzo 2018, n. 543, che hanno condotto il Comune di Vittoria al conferimento, con determina dirigenziale 24 maggio 2018, n. 1097, dell'incarico di revisore contabile indipendente per la verifica e la certificazione delle spese sostenute nell'ambito del progetto SPRAR per il triennio 2017/2019 al dott. Vincenzo Statelli.
2. Avverso tali atti ha proposto ricorso al Tar Sicilia – Catania il dott. Agatino Lipara, partecipante alla suddetta selezione.
3. Il Tar Catania ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione con sentenza 30 luglio 2019, n. 1930.
4. Avverso la sentenza di primo grado il soccombente ha interposto appello, con annessa istanza di sospensione, davanti a questo CGARS con ricorso n. 1132 del 2019.
5. Nel giudizio di appello si sono costituiti il Comune di Vittoria e il controinteressato al quale è stato conferito l'incarico di revisore.
6. Alla camera di consiglio del 15 gennaio 2020, chiamata la causa in sede cautelare, le parti sono state avvisate della possibilità di definizione della lite con sentenza in forma semplificata.
7. Il ricorrente soccombente in primo grado, con l'atto di appello, ha censurato la sentenza impugnata per avere declinato la giurisdizione, riproponendo poi i motivi non esaminati in primo grado.
8. Il motivo di gravame è meritevole di accoglimento.
9. Il Tar ha fondato la propria decisione sulle seguenti argomentazioni:
a) la giurisdizione del giudice amministrativo sarebbe esclusa per le controversie aventi ad oggetto provvedimenti relativi ad incarichi professionali a termine, quale quello oggetto di questo giudizio, in quanto non sussumibili nell'ambito dei rapporti di pubblico impiego contrattualizzato, bensì inerenti ad una prestazione d'opera intellettuale che, seppure resa a favore di un ente pubblico, sarebbe svolta dal libero professionista con piena autonomia organizzativa,
b) il conferimento di incarichi professionali, in particolare, costituirebbe espressione di mera autonomia privata, funzionale all'instaurazione di un rapporto di c.d. 'parasubordinazione' – da ricondurre pur sempre al lavoro autonomo – anche nella ipotesi in cui la collaborazione assuma carattere continuativo, ed il professionista riceva direttive ed istruzioni dall'ente,

c) in conseguenza, quanto alla fase anteriore alla costituzione del predetto rapporto, a fronte dell'eventuale assenza o illegittimità del procedimento selettivo, i privati potrebbero invocare tutela delle proprie situazioni soggettive dinanzi al giudice ordinario, restando la pubblica amministrazione soggetta ai soli principi di imparzialità e buon andamento *ex* art. 97 Cost.

10. L'appellante ha censurato la decisione di primo grado deducendo plurimi motivi di erroneità della declaratoria di difetto di giurisdizione:

1) l'incarico di revisore contabile ha natura di *munus publicum*, con la conseguenza che il relativo rapporto va configurato come rapporto di servizio onorario, a fronte del quale sarebbe di interesse legittimo la posizione soggettiva del soggetto che contesta gli atti amministrativi inerenti il conferimento dell'incarico stesso, con conseguente giurisdizione del g.a. sulla base del criterio generale di riparto;

2) la giurisdizione amministrativa sussiste anche a voler ipotizzare che la controversia riguardi il mero affidamento di un incarico professionale, considerato che l'art. 7, comma 6 *bis*, del d. lgs. n. 165 del 2001 impone alle amministrazioni pubbliche di disciplinare e rendere pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure selettive per il conferimento di incarichi a soggetti esterni all'ente interessato (e ciò allo scopo di garantire tanto la razionalizzazione della spesa pubblica, quanto e comunque percorsi trasparenti e concorrenziali per la scelta dei soggetti esterni);

3) il rilievo che l'art. 63, comma 4 del d.lgs. n. 165 del 2001 riservi al giudice amministrativo "*le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*" non implica che non debbano essere ricondotte alla giurisdizione generale amministrativa di legittimità tutte le procedure selettive orientate alla costituzione di rapporti di lavoro autonomo, rispetto alle quali la posizione dei candidati, in ordine allo svolgimento e regolarità delle procedure, non può che configurarsi come di interesse legittimo.

11. L'appellato ha controdedotto, oltre che in merito all'insussistenza del *periculum*, che:

- non è necessario espletare alcuna procedura concorsuale per conferire l'incarico di revisore contabile,
- la posizione che il ricorrente pretende di far valere è di diritto soggettivo (il bene della vita al quale aspira è la nomina a revisore).

12. Parte resistente ha sostenuto che:

- il revisore non svolge un *munus publicum*;
- l'incarico non è assimilabile alla fattispecie di cui all'art. 7, comma 6, del d. lgs. n. 165 del 2001;
- la procedura svolta non è una procedura concorsuale.

13. Il Collegio ritiene fondato il motivo di ricorso, atteso che sussiste la giurisdizione del g.a. sulla *res controversa*.

13.1. Si premette che è inconferente il richiamo all'art. 63 del d. lgs. n. 165 del 2001, che si occupa della giurisdizione sulle controversie relative ai rapporti di lavoro contrattualizzati, posto che la norma riguarda specificamente i rapporti di lavoro subordinato presso le amministrazioni e la procedura concorsuale prodromica. Né alla medesima disciplina si può approdare richiamando l'art. 7, comma 6 del d. lgs. n. 165 del 2001, considerata la rilevante distinzione fra gli incarichi ad esterni disposti ai sensi di quest'ultimo articolo (finalizzati allo svolgimento di identiche mansioni rispetto a quelle svolte dai dipendenti e conferibili solo previo accertamento dell'impossibilità di reperire risorse interne) e il conferimento controverso.

Oggetto della presente controversia è, infatti, la nomina del revisore di cui all'art. 25 del d.m. 10 agosto 2016, pubblicato sulla G.U. 27 agosto 2016, n. 200, *ratione temporis* vigente, incarico che non può che essere assegnato a soggetto esterno all'Amministrazione e che fonda la necessaria indipendenza che lo contraddistingue anche sulla mancanza di un vincolo di subordinazione con l'ente locale.

Ne deriva che la giurisdizione sulla nomina in esame fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'art. 63 e, in mancanza di specifica disposizione, deve essere valutata applicando il generale criterio di riparto basato sulla situazione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente.

13.2. Eccettuate le limitate ipotesi dei rapporti fiduciari, nei quali la fiducia permea sia la natura della relazione che la modalità di scelta del professionista, la linea di demarcazione tra giurisdizione del g.o. e giurisdizione amministrativa discende dalle modalità utilizzate per selezionare quest'ultimo (Cons. St., sez. VI, 14 febbraio 2017, n. 639 e sez. IV, 15 marzo 2017 n. 1176; Cass., SS.UU., primo luglio 2016, n. 13531).

Nel caso di specie le modalità seguite dall'Ente per individuare il professionista da nominare hanno determinato la procedimentalizzazione della selezione, senza che sia all'uopo necessario qualificare l'attività svolta in termini di concorso pubblico. In particolare, il Comune di Vittoria, con determina dirigenziale 8 marzo 2018 n. 543, ha indetto la procedura comparativa. Nell'avviso ha fissato i criteri e le modalità di selezione. Poi, con determina dirigenziale 30 marzo 2018 n. 664, ha nominato la commissione, che nella seduta del 19 aprile 2018 ha definito i parametri di assegnazione dei punteggi. Nella medesima seduta la commissione, aperte le buste, ha proceduto alla valutazione dei candidati e formato la graduatoria provvisoria. Nella seduta del 15 maggio 2018 ha poi confermato la predetta graduatoria, ritenendola definitiva. Infine, il dirigente competente ha conferito al controinteressato l'incarico di revisore contabile indipendente.

L'utilizzo del modulo procedimentale da parte del Comune si spiega in funzione, da un lato, del principio di buon andamento (nelle sue plurime sfaccettature, che si espandono dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica alla ricerca della migliore qualità possibile dell'apporto esterno)

e, dall'altro lato, del principio di uguaglianza e non discriminazione, che impone di utilizzare procedure pubblicizzate e trasparenti allorquando si offre un vantaggio economico (art. 12 della legge n. 241 del 1990).

In tale prospettiva l'Ente ha utilizzato un potere connotato in termini pubblicistici non in quanto destinato a produrre effetti autoritativi nei confronti del vincitore della selezione ma in quanto necessitato dall'essere finalizzato a conferire un incarico retribuito e, in quanto tale, contendibile, ponendo l'Amministrazione in una situazione analoga a quella nella quale si trova quando espleta una procedura ad evidenza pubblica tesa alla stipulazione di un contratto d'appalto.

In entrambi i suddetti casi (procedure di scelta del professionista e procedure ad evidenza pubblica) è proprio nei confronti dei non vincitori che si apprezza l'avvenuta funzionalizzazione della modalità di scelta, che permette il controllo, anche giurisdizionale, della condotta tenuta dall'Amministrazione nella selezione, legittimandoli (come nel caso del ricorrente) all'impugnazione dei relativi atti.

Posto ciò, la situazione giuridica soggettiva del partecipante alla selezione è di interesse legittimo in quanto si misura con quel potere (pubblico), che deve essere esercitato nel rispetto delle garanzie del procedimento amministrativo in virtù dei sopra richiamati principi di uguaglianza e non discriminazione che permeano l'ordinamento interno ed eurounitario.

Tanto è sufficiente per ritenere sussistente la giurisdizione generale di legittimità di questo giudice amministrativo (in senso conforme, in un caso analogo, Cons. St., 14 febbraio 2017, n. 639).

13.3. A ciò si aggiunge la considerazione che il revisore esercita, ai sensi dell'art. 25 del d.m. 10 agosto 2016 e al pari del collegio dei revisori di cui all'art. 234 e ss. del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, una funzione pubblica, nello svolgere la quale deve assicurare la necessaria indipendenza (affermata nel citato art. 25 e declinata nel TUEL).

Con riferimento allo specifico incarico oggetto della presente controversia, pertanto, il potere esercitato nella scelta del soggetto da nominare si colora di una caratterizzazione ancor più pubblicistica dall'obiettivo che lo permea durante tutta la procedura, cioè quello di assicurare il miglior svolgimento possibile della funzione pubblica da assegnare (CGA, 22 dicembre 2015, n. 736).

14. Per le ragioni sopra esposte l'appello è fondato e la sentenza impugnata deve essere annullata e rinviata al primo giudice posto che la pronuncia gravata integra una delle fattispecie (erronea declinatoria della giurisdizione amministrativa) di cui all'art. 105 c.p.a.

15. Ricorrono giuste ragioni per compensare le spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata, con rinvio della causa al primo giudice.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Sara Raffaella Molinaro	Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO