

Società in house e procedure di assunzione: il riparto di giurisdizione

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 9-10-2017

1) *Conformemente alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, deve affermarsi che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in materia di controversie relative alle procedure di assunzione di personale alle dipendenze di società c.d in house providing.*

Conf. Tar Lazio, Sez. II ter, 21 giugno 2017, n. 7254. Contr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7413 del 2016, proposto dal Signor Flavio Francesco Cedolia, rappresentato e difeso dagli avvocati Oreste Morcavallo, Fabrizio Criscuolo, con domicilio eletto presso lo studio Oreste Morcavallo in Roma, via Arno, 6;

contro

Società Sogesid s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Mirabile, Clizia Calamita Di Tria, con domicilio eletto presso lo studio Clizia Calamita Di Tria in Roma, via Borgognona N.47;

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, tutti rappresentati e difesi per legge dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, sono domiciliati, costituitisi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio –Sede di Roma- Sezione II n. 7588/2016, resa tra le parti, concernente selezione di vari profili professionali a seguito di valutazione comparativa.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Sogesid s.p.a., del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2017 il consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Vetere su delega di Morcavallo, Calamita di Tria, e l'avvocato dello Stato Melillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe impugnata n. 7588 dell'1 luglio 2016 il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Sede di Roma – ha respinto il ricorso proposto dalla odierna parte appellante Signor Flavio Francesco Cedolia volto ad ottenere l'annullamento dell'avviso pubblico in data 26.01.2015 nonché dell'avviso pubblico in data 28.01.2015, indetti dalla società Sogesid s.p.a per la selezione di vari profili professionali e degli atti concorsuali eventualmente intervenuti e delle relative graduatorie, ove nelle more approvate, nella parte di interesse.

2. L'originario ricorrente aveva impugnato i detti provvedimenti prospettando censure di violazione di legge ed eccesso di potere facendo presente che:

a) egli aveva partecipato alla procedura selettiva indetta con avviso di selezione di profili professionali del 4 dicembre 2009 e che, a seguito di valutazione comparativa, era risultato primo classificato nella graduatoria finale relativa al profilo professionale Rif. 8 lett. B per laureati in scienze economiche/politiche – senior (esperienza lavorativa 15 anni) con esperienza nella gestione della contabilità generale e/o del controllo di gestione e/o nella gestione amministrativa di progetti finanziati con fondi nazionali e/o comunitari;

b) con nota del 24 luglio 2014, aveva invitato la Sogesid a procedere alla sua assunzione con contratto di lavoro da dirigente e a tempo indeterminato, in considerazione del fatto che altri candidati, risultanti in graduatoria in posizione successiva, erano stati assunti con la qualifica e la tipologia contrattuale anzidetta;

c) la Sogesid, con nota del 12 settembre 2014, aveva respinto tali richieste in quanto, successivamente alla pubblicazione sul sito istituzionale delle graduatorie dei profili professionali di cui all'avviso di selezione del 4 dicembre 2009, essa aveva inviato al signor Cedolia una richiesta di manifestazione d'interesse per un rapporto di tipo subordinato alla quale, in data 19 ottobre 2010, il predetto aveva risposto di non essere interessato chiedendo di essere contrattualizzato con un incarico di collaborazione e, pertanto, a partita IVA;

d), successivamente, con bandi del 26 gennaio 2015 e del 28 gennaio 2015, la Sogesid s.p.a. aveva indetto avvisi di selezione di profili professionali omogenei a quelli oggetto della precedente selezione cui egli aveva partecipato;

e) tutto ciò, integrava violazione degli artt. 35 e 36 d.lgs n. 165 del 2001.

3. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la società Sogesid s.p.a, si erano costituiti chiedendo il rigetto del gravame.

4. Il T.a.r., – dopo avere rammentato che la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 11 dicembre 2015, n. 5643, nel riformare la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 7424 del 2015, aveva dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo ed aveva rimesso la causa al giudice di primo grado- con la sentenza impugnata ha respinto il ricorso sulla scorta di due considerazioni:

a) la Sogesid s.p.a non aveva bandito una procedura concorsuale per assunzione di dipendenti a tempo indeterminato, ma aveva (unicamente) manifestato la volontà di reperire profili professionali per il conferimento di incarichi in relazione a specifiche commesse, il che escludeva che l'originario ricorrente potesse vantare un titolo all'assunzione a tempo indeterminato quale dirigente;

a1) neppure l'eventuale assunzione a tempo indeterminato, nel corso tempo, di altri soggetti partecipanti al medesimo avviso o ad altri avvisi, poteva costituire il presupposto per il venire in essere di una pretesa priva di fondamento giuridico;

b) per altro verso, l'originario ricorrente aveva prestato acquiescenza agli avvisi di selezione indetti nell'arco temporale successivi all'avviso del 4 dicembre 2009 sino al 2014 ed a tutte le conseguenti graduatorie e quando era stato (in data 12 ottobre 2010) contattato dall'amministrazione per una successiva ed eventuale proposta di contrattualizzazione a tempo determinato, aveva dichiarato di non essere interessato a quanto prospettato, ma di essere interessato ad un contratto di consulenza per incarico professionale, così rinunciando a prestare servizio, sia pure a tempo determinato, alle dipendenze della Sogesid s.p.a. in esito alla procedura di selezione cui era risultato idoneo.

5. L' originario ricorrente rimasto soccombente, ha impugnato la detta decisione chiedendone la riforma e deducendo che:

a) in punto di qualificazione della procedura concorsuale cui egli aveva partecipato la sentenza

forniva una interpretazione “riduttiva” che si poneva in frontale contrasto proprio con la sentenza 11 dicembre 2015, n. 5643 con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato nel riformare la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 7424 del 2015, aveva dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo;

b) sotto il profilo della valutazione della condotta tenuta dall'originario ricorrente, la sentenza obliava che:

I) alcuni soggetti, classificatisi in posizione peggiore rispetto a quella ricoperta dall'appellante erano già stati assunti a tempo indeterminato come dirigenti;

II) l'eventuale pregresso rifiuto dell'appellante a ricoprire un impiego a tempo determinato offertogli dalla società Sogesid s.p.a non incidere sulla permanente vigenza della graduatoria.

6. In data 7.10.2016 la società appellata si è costituita depositando atto di stile.

7. In data 25.10.2016 il Ministero dell'Economia e delle Finanze si è costituito depositando una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello in quanto infondato.

8. In data 14.11. 2016 la società appellata ha depositato una articolata memoria nell'ambito della quale ha chiesto la reiezione dell'appello in quanto inammissibile e comunque infondato ed ha prodotto varia documentazione, tra cui la sentenza della Terza Sezione di questo Consiglio di Stato n. 795/2016.

6. Alla camera di consiglio del 17 novembre 2016 fissata per la deliberazione della domanda cautelare di sospensione della esecutività dell'impugnata decisione, su concorde domanda delle parti la trattazione della controversia è stata differita al merito.

7. Alla odierna pubblica udienza del 20 luglio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Rileva il Collegio che con la recente sentenza n. 27 marzo 2017 n. 7759 la Sezione Unite della Corte di Cassazione hanno dichiarato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in materia di controversie relative alle procedure di assunzione di personale alle dipendenze di società c.d in house providing ed hanno conseguentemente annullato la suindicata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015 n. 5643.

2, La detta sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015 n. 5643, nel riformare la sentenza del T.a.r. per il Lazio Sede di –Roma -Sezione II, n. 7424/2015, con la quale era stata declinata la giurisdizione in tema di domanda di annullamento degli avvisi pubblici per la selezione di vari profili professionali, indetto dalla società in house odierna appellata, aveva dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo rimettendo la causa al giudice di primo grado ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 105, comma 1, cod. proc. amm. .

3. La sentenza oggetto della odierna impugnazione è stata pronunciata dal T.a.r., proprio a

seguito della riassunzione del giudizio ex art. 105 del c.p.a. conseguente alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015 n. 5643.

4. La decisione della Suprema Corte suindicata impone pertanto:

a) l'annullamento senza rinvio della impugnata decisione, essendo venuto meno il presupposto giudiziale sulla quale la stessa si fondava riposante nella spettanza della giurisdizione sulla causa al Plesso giurisdizionale amministrativo;

b) la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di giurisdizione.

5. Quanto stabilito esaurisce il compito demandato al Collegio, mentre all'evidenza le spese processuali del doppio grado devono essere integralmente compensate tra tutte le parti, a cagione della complessità delle questioni prospettate ed esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, annulla senza rinvio la sentenza di primo grado impugnata.

Spese processuali del doppio grado compensate.

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

Guida alla lettura

La pronuncia in esame aderendo all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 7759 del 27 marzo 2017, si sofferma sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di **assunzioni alle dipendenze di società *in house***.

La Corte di Cassazione era stata chiamata a rispondere al seguente quesito: se una società *in house* sia obbligata a seguire per le assunzioni il regime del pubblico concorso, con conseguente giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine ad eventuali controversie.

La Corte Suprema smentisce detto assunto, tra l'altro, facendo chiarimento sul dettato normativo di cui all'art. 18 D.L. n. 112/2008 (convertito con Legge n. 193/2008), il quale, nel dettare regole diverse per le procedure di reclutamento del personale da parte, da un lato, delle società in mano pubblica di gestione dei servizi pubblici locali e, dall'altro, delle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, non incide in alcun modo sui criteri di riparto della giurisdizione in materia di assunzione dei dipendenti, che rimane devoluta, in entrambe le fattispecie anzidette, al Giudice ordinario, trattandosi ugualmente di società non equiparabili alle pubbliche amministrazioni.

Ed il più recente D.Lgs. n. 175/2016, all'art. 19, non fa altro che ribadire i medesimi principi della normativa del 2008 in ordine al reclutamento del personale da parte delle società a controllo pubblico – anche oggetto di recenti decisioni da parte della Corte Costituzionale - laddove mostra comunque l'intenzione del legislatore di non obbligare le società a controllo pubblico ad indire pubblici concorsi e di voler applicare, per quanto non espressamente derogato, le norme del codice civile e quelle del diritto privato. Il che necessariamente comporta la perdurante giurisdizione del Giudice ordinario per quanto sopra esposto.

Ed infatti, l'articolo 19, comma 1, del D.Lgs. 175/2016 rubricato "Gestione del personale" dispone che *"Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi"*.

Subito dopo, il comma 2 stabilisce che le stesse società disciplinino, con propri "provvedimenti", criteri e modalità per il reclutamento del personale *"nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"*.

Aggiunge, significativamente, lo stesso comma che ove le società non adottino i provvedimenti regolatori delle procedure di reclutamento *"trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"*.

Al fine di definire il contenuto specifico di tali obblighi, caratterizzati dal principio generale di estensione agli organismi partecipati, anche societari, di parte delle regole applicabili alla pubblica amministrazione sociale, appare necessario richiamare i principi indicati dal comma 3, dell'articolo 35 del D.Lgs. 165/2001 che, in virtù del richiamo operato dall'articolo 19 del d.lgs. 175/2016, devono costituire il riferimento per definire, nel regolamento delle società pubbliche, le modalità ed i criteri da seguire per l'assunzione di personale.

In proposito, l'art. 35, comma 3, del D.Lgs. 165/2001, prevede che le procedure selettive siano conformi a predeterminati principi, ovvero:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità;
- b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
- d) decentramento delle procedure di reclutamento;
- e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso.

In sostanza, le società pubbliche devono prevedere, nel proprio regolamento, procedure che garantiscano una scelta imparziale, fondata su criteri oggettivi e predeterminati (come accade per le assunzioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

Per completezza espositiva si rammenta il precedente e contrario orientamento della giurisprudenza a mente del quale per dissipare qualsiasi dubbio in merito alla natura pubblica di questa tipologia di società si rinvia alle Sezioni Unite 25 novembre 2013, n. 26283, punti 4 e 5 la quale delinea i connotati che qualificano le società *in house*; queste della società hanno solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà articolazioni in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi (si vedano a tale riguardo anche Cass. , SS. UU., nn. 5491, 7177 e 16622 del 2014, tutte sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e Corte dei conti, e inoltre Cons. Stato, Sez. VI, n. 2515 del 2015, p. 4.3. , sull'organismo *in house* come mera articolazione organizzativa interna dell'ente).

Conferma di ciò scaturisce, inoltre, dall'art. 1 comma 1 *ter* legge 241/90 che si estende a tutti quei soggetti privati comprese anche alle aziende speciali chiamate a svolgere una attività pubblica; dalla presenza di un vincolo che lega gli organi dell'*in house* rispetto alla p.a. in chiave gerarchica; dell'esistenza di un rapporto di servizio dei suoi dirigenti; della necessità del concorso pubblico per l'assunzione con annessa giurisdizione del g.a.

A ciò si aggiunge che invero l'art. 18 richiamato va letto in un'ottica sistematica. Infatti, laddove rimanda, per il reclutamento, all'art. 35 del D.Lgs. 165/2001 fornisce la dimostrazione di essere conforme al sistema che si fonda sul riparto *ex art.* 63, comma 4, e sull'indagine dell'attività sottesa all'azione resa dall'agente sia in forma pubblica originaria sia in forma pubblica derivata come la *in house* o la azienda speciale.

Da ciò conclude il Consiglio che sussiste una sostanziale identificazione fra *in house* e p.a. per cui ne consegue l' applicazione dell'art.1, comma2, dell'art. 63, comma 4, D.Lgs. 165/2001.