

Melinda Calandra Checco

AVVOCATO

98031 CAPIZZI, Via Sacra, n. 38

98035 GIARDINI NAXOS, Via dei sei Mulini, n. 22 tel. 0942/615846

P.IVA 02732630831 PEC: avvmelindacalandrachecco@puntopec.it

ON.LE TRIBUNALE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

Memoria difensiva

RG 3815-1/2024 Dott.ssa Roberta Rando Udienza del 31 luglio 2024

Nell'interesse **dell'AZIENDA SERVIZI MUNICIPALIZZATI DI TAORMINA** (C.F.: 01982940833), in persona del Direttore Generale pro-tempore Dott. Giuseppe Bartorilla, rappresentata e difesa dall'Avv. Melinda Calandra Checco, del Foro di Messina, C.F. CLN MND 76L43 H792R, PEC: avvmelindacalandrachecco@puntopec.it, fax 0942615846), con studio legale in Giardini Naxos, Via dei sei Mulini, n. 22 per procura resa su atto separato da considerarsi in calce al presente atto anche ed in forza di determina n. 502/24 del 18.07.2024

resistente

Contro

la sig.ra Calabrò Carmen Roberta, rappresentata e difeso dall'Avv. Filippo Alessi come in atti

Ricorrente

Per resistere al ricorso proposto con atto dell'11 luglio 2024 iscritto al n. 3815-1/2024

PREMESSE:



- l'Azienda Servizi Municipalizzata di Taormina (ASM) è per espressa previsione dell'art. 114 Testo unico degli Enti locali D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e dell'art. 1 del relativo statuto ente strumentale del Comune di Taormina, di cui il medesimo Comune ne determina gli indirizzi generali, controlla i risultati, esercita la vigilanza, conferisce il capitale di dotazione e provvede alla copertura dei costi sociali eventualmente imposti all'Azienda;

- il Consiglio di Amministrazione dell'Azienda Servizi Municipalizzati di Taormina con verbale del 21 giugno 2023 e successiva delibera n. 16 dell'01 luglio 2023 indicava una procedura selettiva pubblica, per titoli e esami, finalizzata alla formazione di una graduatoria da cui attingere per eventuali future assunzioni a tempo indeterminato di n. 6 (sei) unità di personale con contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato aventi caratteristiche idonee all'espletamento del ruolo di ausiliario del traffico con parametro retributivo 151 del corrispondente CCNL Autoferrotranvieri;

-con successiva determinazione del Direttore Generale ff. n. 412 del 05 luglio 2023 si affidava alla società Ales S.r.l. servizi di Ricerca e Selezione di Personale;

-l'art. 9 ("approvazione graduatoria") del relativo avviso di selezione pubblica prevedeva, per quanto di nostro interesse, al comma secondo "*qualora si verificasse che ci siano parità di punteggio sarà preferito il candidato che al momento dell'assunzione è in possesso dei requisiti per poter effettuare l'assunzione mediante contratto di apprendistato, di qualificazione/riqualificazione ai sensi dell'art. 47, comma quarto D.lgs. n. 81/2015. In caso di ulteriore parità sarà preferito il candidato più anziano*";

- a tale procedura selettiva partecipavano 68 candidati tra cui l'odierna ricorrente con domanda recante il n. 490896, alla quale era attribuito un punteggio di 55 punti attribuito anche ad altri sette candidati;

- la Commissione di selezione, con riferimento a quanto disposto nell'avviso di selezione:

- con verbale n. 2 del 12/09/2023 attribuiva alla ricorrente il punteggio di 55 collocandola alla posizione n. 6;

- con successivo verbale n. 3 del 18/09/2023 attribuiva alla ricorrente il punteggio di 55 collocandola al settimo posto;



- con successivo verbale n. 4 del 19/09/2023 attribuiva alla ricorrente il punteggio di 55 collocandola al decimo posto

Con deliberazione n. 029 del 26 settembre 2023 il Consiglio di Amministrazione della ASM, approvava la graduatoria sopra indicata dalla Commissione (ALL.1).

La sig.ra Carmen Roberta Calabrò proponeva con atto dell'11/07/2024 innanzi a codesto On.le Tribunale – Sezione lavoro – ricorso iscritto al n. 3815/2024 contenente le seguenti due censure:

1) l'illegittimità della scelta dell'amministrazione di non procedere all'assunzione di personale attraverso lo scorrimento di tale graduatoria ma di assumere per il tramite Agenzie per il lavoro personale part-time e successivamente di costituire contratti apprendistato part-time verticale;

2) l'illegittimità dell'art. 9, comma secondo, dell'avviso pubblico nella parte in cui prevede che in caso di parità sarà preferito il candidato più anziano per presunta violazione del DPR 487/94 e del DPR 82/2023 che stabilirebbero che a parità di titolo e di merito l'ordine di preferenza sarebbe costituito dalla minore età anagrafica e non già la maggiore età anagrafica e se l'Amministrazione non avesse previsto tale clausola e si fosse uniformata ai DPR sopra indicati la ricorrente essendo la più giovane di età di quelli aventi il medesimo punteggio di 55 punti avrebbe avuto titolo alla collocazione al quinto posto in graduatoria e ad essere assunta.

Con tale ricorso si chiede conseguentemente l'annullamento, nei limiti dell'interesse della ricorrente, dei provvedimenti riguardanti la selezione pubblica sopra indicata e del provvedimento della ASM con cui si decide di assumere tramite Agenzia per il lavoro e di costituire contratto di apprendistato a partime verticale, nonché la nullità del bando di concorso e del Regolamento del personale di ASM per violazione del D.lgs. 175 del 19 agosto 2016.

A tale ricorso n. 3815/2024 si resiste nel presente atto per le seguenti ragioni di



DIFETTO DEI REQUISITI PER LA CONCESSIONE DELLA TUTELA D'URGENZA

DIFETTO DI GIURISDIZIONE

Si eccepisce, in primo luogo, il difetto di giurisdizione di codesto On.le Tribunale in ordine alla presente controversia in quanto tutti i motivi di ricorso rientrano nella giurisdizione del Tribunale amministrativo regionale contestandosi con esso: la presunta illegittimità dell'art. 9 dell'avviso di indizione di tale procedura selettiva; la conseguente illegittimità dei verbali della Commissione esaminatrice; la deliberazione del Consiglio di Amministrazione di approvazione della graduatoria definitiva nella parte in cui si colloca la ricorrente al decimo posto in graduatoria, mentre la stessa, a sua dire, avrebbe diritto ad essere collocata al quinto posto in graduatoria; la decisione dell'Amministrazione di non procedere allo scorrimento di tale graduatoria ma di assumere per il tramite Agenzie per il lavoro personale part-time e successivamente di costituire contratti apprendistato part-time verticale; la nullità del Bando di concorso.

Trattasi nella specie di una controversia in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti di pubblica amministrazione che in virtù di quanto disposto dall'art. 63, comma quarto del D.lgs. n. 165/2001 e s.m.i rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, anche per come chiarito dalla costante giurisprudenza la quale ha affermato:

“l'Azienda comunale speciale rientra – alla stregua delle coordinate sistematiche individuate dalle Sezioni Unite – tra gli enti pubblici non economici comunali, la procedura pubblica da essa bandita per la selezione del Direttore di Farmacia spetta alla cognizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d. lgs. 165/2001” (Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) n. 1842 del 2015; Tar Lombardia 15/10/2015 n. 2183)

La Corte di Cassazione, Sezione lavoro- con sentenza del 09/02/2023 n. 3984 nell'analizzare le procedure selettive nelle aziende speciali come sopra disciplinate, ha evidenziato come sia pacifico che le aziende speciali, previste e disciplinate dall'articolo 114 del Dlgs 18 agosto 2000 n. 267, sono enti strumentali del Comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione



diretta e destinati a rimanere in vita fino a quando permanga la relativa scelta; nonostante il riconoscimento, per ragioni funzionali, della personalità giuridica e della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine, costituiscono parti del Comune nel quadro unitario del suo assetto ordinamentale, sicché gli atti emanati configurano determinazioni riferibili all'ente territoriale che incide, oltretutto, sui processi decisionali dell'azienda speciale attraverso un'ampia ingerenza negli atti gestionali e organizzativi e una penetrante azione di controllo.

Continua la Corte che il già Consiglio di Stato con sentenza 22 febbraio 2014 n. 820, con speciale riferimento alla natura delle procedure selettive per l'assunzione dei dipendenti delle Aziende Speciali, non ha dubitato dovessero essere in tutto e per tutto assimilabili alle procedure concorsuali dell'ente pubblico (il Comune) cui l'azienda speciale è strumentale.

Tra l'altro, se la pretesa allo scorrimento della graduatoria ed il sotteso diritto all'assunzione si ritengano lesi da un provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, l'idoneo contesta l'esercizio del potere dell'amministrazione (ovvero la scelta di non procedere allo scorrimento della graduatoria), cui corrisponde una sua posizione giuridica di interesse legittimo, con conseguente cognizione del giudice amministrativo, quale giudice dei concorsi pubblici. (cfr Cass., ordinanza 27 febbraio 2024, n. 5166)

Ed ancora, una recente pronuncia della Corte di Cassazione (sezione lavoro, 28 maggio 2024, n. 14919) ha chiarito un aspetto fondamentale riguardante le graduatorie pubbliche e il diritto degli idonei all'assunzione. Nella sentenza, la Corte ha ribadito che, in caso di posizioni vacanti, non esiste un diritto soggettivo all'assunzione per scorrimento degli idonei in graduatoria. La discrezionalità di decidere se coprire il posto o la posizione disponibile rimane nelle mani della pubblica amministrazione.

Detta sentenza conferma che il diritto degli idonei in graduatoria all'assunzione per scorrimento non è un diritto assoluto, ma soggetto alle valutazioni e decisioni discrezionali della pubblica amministrazione, nel rispetto delle norme costituzionali e legislative

Nel caso di specie, l'Azienda Servizi Municipalizzata di Taormina (ASM) è per espressa previsione dello Statuto, in conformità dell'art. 114 Testo unico degli En-



ti locali D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, un ente strumentale del Comune di Taormina, istituita per l'esercizio di servizi sociali pubblici (ALL.2).

Il Consiglio Comunale determina gli indirizzi cui l'Azienda deve attenersi nell'espletamento dei compiti ed emana le direttive generali necessarie al raggiungimento degli obiettivi di interesse collettivo che l'assunzione dei pubblici servizi è destinata a soddisfare ed è sottoposta alla vigilanza del Sindaco e dalla Giunta Comunale.

Conseguentemente, sussiste il difetto di giurisdizione per tutte le domande e le censure contenute nel ricorso al quale si resiste.

Nella denegata e non temuta ipotesi in cui il Tribunale dovesse ritenere la propria giurisdizione, in ogni caso il ricorso è totalmente infondato.

E' infondata la censura con la quale si lamenta l'illegittimità della scelta dell'amministrazione di non procedere allo scorrimento della graduatoria, ma di assumere per il tramite Agenzie per il lavoro personale part-time e successivamente di costituire contratti apprendistato part-time verticale.

Successivamente, il Comune di Taormina con deliberazione di Giunta Municipale dell'08 maggio 2024 n. 92 avente ad oggetto "potenziamento corpo di polizia locale. Assunzioni ausiliari del traffico dipendenti ASM. Atto di indirizzo", a seguito di esplicita richiesta del Corpo di Polizia Municipale, stante l'approssimarsi della stagione estiva che avrebbe comportato un incremento esponenziale del numero di presenze di veicoli all'interno del centro storico, non potendo procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato per il notorio dissesto finanziario del Comune faceva ricorso agli operatori della mobilità urbana e demandava ad ASM di disporre gli atti consequenziali per procedere a far fronte alla straordinaria e temporanea esigenza lavorativa (ALL.3).

Conseguentemente, ASM, sulla scorta del predetto indirizzo dell'Amministrazione Comunale, procedeva a reclutare altro personale a tempo determinato attraverso le agenzie interinali, per le predette finalità ad anche per coinvolgere giovani nell'assunzione con un notevole risparmio di costi rispetto alle assunzioni in regime ordinario.

Ciò anche in linea con la norma sopravvenuta che regola le assunzioni nella pubblica amministrazione.



L'Amministrazione non ha solo il potere, ma anche l'obbligo di sospendere i provvedimenti di assunzione che non siano coerenti con le necessità oggettive di incremento del personale ex D.L. n. 75/2023, conv. L. 112/2023 - Art. 28, comma 1, lett. b), n. 2-bis: Assunzioni di giovani nella Pubblica amministrazione La norma, riguarda i contratti di apprendistato e formazione lavoro e amplia le possibilità di utilizzare le misure per favorire il reclutamento dei giovani nella pubblica amministrazione, già previste dall'art. 3-ter del D.L. n. 44/2023.

Con verbale dell'01 luglio 2024 le rappresentanze sindacali, a seguito di opportuno confronto e dialogo, condividevano le scelte dell'Amministrazione attraverso l'assunzione di lavoratori somministrati per far fronte alle esigenze stagionali di Taormina ed il ricorso al part-time verticale in regime di apprendistato (ALL.4).

Ne deriva, pertanto, che non solo la scelta dell'amministrazione di non procedere alla provvista del personale attraverso la graduatoria degli idonei esistente è motivata, ma addirittura tale scelta è condivisa dalle stesse rappresentanze sindacali in ragione delle reali esigenze straordinarie dell'Azienda e l'assenza al momento in pianta organica di altri posti vacanti.

Tra l'altro, contrariamente al rilievo di parte avversa, *il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.lgs. 175/2016) non si applica alle Aziende Speciali e agli Enti pubblici economici, in quanto l'art. 1 di detta disciplina ne circoscrive l'applicazione alla "costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta".*

Infondata, è altresì, la censura con la quale si lamenta la violazione del DPR 487/94 e s.m.i di cui al successivo DPR 82/2023.

Il DPR 16 giugno 2023, n. 82 "Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, concernente 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 ha introdotto per la prima volta come titolo di precedenza a



parità di punteggio la minore età in luogo della maggiore età così come previsto dalla precedente normativa DPR 487/94 è entrato in vigore il 14 luglio 2023.

La procedura di selezione per cui vi è giudizio veniva indetta dall'ASM con deliberazione del Consiglio di Amministrazione della ASM n. 16 dell'01/07/2023 (ALL.5), in seno alla quale si dava al Direttore Generale l'atto di indirizzo relativo alla procedura di acquisizione del personale per la rideterminazione della dotazione organica e contestualmente si dava mandato allo stesso di avviare la procedura concorsuale come da avvisi di selezione approvati ed allegati.

In esecuzione della predetta delibera del Consiglio di Amministrazione, il Direttore Generale procedeva a pubblicare l'avviso di selezione così come approvato ed allegato dall'Organo deliberativo.

E' evidente che la procedura concorsuale resta soggetta alla disciplina vigente al momento della indizione (DPR 487/94) ed è insensibile alla normativa sopravvenuta di cui al successivo DPR 82/2023.

In ordine alle richieste istruttoria concernente l'acquisizione di informazioni presso le sigle sindacali sull'indirizzo politico assunzionale dell'Azienda Servizi Municipalizzata, nonché l'audizione del Direttore generale FF Dott. Bartorilla circa l'utilizzo dell'agenzia di somministrazione lavoro per la stipula contratto di apprendistato a part time si rileva la totale inammissibilità delle stesse, sia per la loro genericità, sia in considerazione del fatto che quanto forma oggetto di tale richiesta istruttoria risulta dal verbale delle organizzazioni sindacali che si produce e dalla deliberazione dell'Azienda.

Anche la richiesta di produzione in giudizio dei contratti di lavoro stipulati tra ASM e i vincitori di concorso è inammissibile perché non ha alcuna rilevanza ed incidenza ai fini del giudizio, essendo la questione formante oggetto del giudizio la legittimità o meno dell'art. 9 del bando di concorso e conseguentemente della collocazione in graduatoria della ricorrente, nonché la legittimità o meno della scelta dell'Amministrazione di non procedere per le motivate ragioni allo scorrimento della graduatoria.

ISTANZA CAUTELARE ex art. 700 c.p.c.



La palese assenza del “fumus” (determinata dal difetto di giurisdizione di Code-
sto On.le Tribunale e dalla totale infondatezza della predetta domanda) è da sola
sufficiente a legittimare il rigetto della predetta domanda cautelare.

Sulla mancanza del periculum in mora

Nel non temuto caso in cui il giudicante dovesse ritenere verosimilmente fonda-
te le ragioni della ricorrente si evidenzia che difetta il periculum in mora, conside-
rato che la sig.ra Calabrò non allega né fornisce alcuna prova utile ad integrarlo.
La ricorrente avrebbe dovuto allegare e provare circostanze (in ordine alla sua si-
tuazione familiare, alla necessità di affrontare spese indilazionabili, alla compro-
missione del suo equilibrio psico-fisico) dalle quali emerga che la perdita del posto
di lavoro o la mancata assunzione e quindi la conseguente perdita (o mancata ac-
quisizione) della retribuzione possa configurarsi come fonte di pregiudizio irropa-
rabile, così da permettere alla controparte l'esercizio di un'effettiva difesa ed al
giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concreta-
mente e non teoricamente irrimediabile, non potendo il "periculum in mora" repu-
tarsi esistente "in re ipsa" neppure nel fatto stesso della disoccupazione, poiché,
in caso contrario, ogni licenziamento integrerebbe il pregiudizio imminente ed ir-
reparabile, così da rendere il ricorso all'art. 700 c.p.c. il rimedio ordinario per la
contestazione della legittimità del recesso datoriale, in contrasto con la disciplina
del processo del lavoro che prevede che la forma naturale di impugnativa del li-
cenziamento sia il ricorso ex art. 414 c.p.c. (Tribunale S. Maria Capua Vetere,
Sez. lav., 13 maggio 2010).

La ricorrente, però, non sembra avere adempiuto a tale onere.

Peraltro, va anche considerato il ritardo col il quale la Sig.ra Calabrò ha invoca-
to la tutela d'urgenza che determina la mancanza del periculum in mora.

Infatti, la giurisprudenza ha chiarito:

*“la ricorrenza del requisito del periculum in mora, che, secondo il dettato dell'art.
700 c.p.c., deve ricorrere in aggiunta a quello del fumus boni iuris, va esclusa allor-
quando la parte abbia fatto trascorrere un apprezzabile lasso di tempo tra il fatto
lesivo del suo diritto e la proposizione del ricorso (principio applicato in fattispecie di
licenziamento nella quale il ricorso d'urgenza era stato depositato a quasi sei mesi
di distanza dal recesso” (Tribunale Torre Annunziata, Sez. lav., 28 dicembre
2007).*



Nel caso che ci occupa, la procedura concorsuale si è conclusa con la deliberazione del Consiglio di Amministrazione della ASM – Azienda Servizi Municipalizzati n. 029 del 26 settembre 2023, mentre il deposito del presente ricorso è avvenuto l'11 luglio 2024, vale a dire oltre dieci mesi dopo!

Se riteneva di avere subito una lesione dei suoi diritti ed interessi e avesse avuto urgenza di ottenere una tutela anticipata, avrebbe dovuto agire immediatamente e presso le competenti sedi giudiziarie.

Tra l'altro, il pregiudizio imminente ed irreparabile che non sussiste assolutamente nell'ipotesi in questione, dato che il concorso è stato completato da oltre dieci mesi e che tutti i vincitori e gli idonei utilmente collocati in graduatoria in seguito a rinuncia di alcuni soggetti sono stati già assunti e contrattualizzati.

Le deduzioni che precedono, pertanto, escludono anche l'esistenza del periculum in mora con la conseguenza che deve essere negata l'invocata tutela d'urgenza.

Per questi motivi,

SI CHIEDE

Che Codesto On.le Tribunale – Sezione Lavoro – voglia:

- 1) rigettare la domanda cautelare predetta, ex art. 700 c.p.c.;
- 2) dichiarare il difetto di giurisdizione di codesto On.le Tribunale in ordine all'intero ricorso rientrando le relative domande nella giurisdizione del Giudice Amministrativo competente per territorio;
- 3) in ogni caso, rigettare tutte le domande e le censure contenute nel ricorso;
- 4) rigettare le richieste istruttorie formulate;
- 5) Con vittoria di spese giudiziali e compensi difensivi.

Si offrono in comunicazione i seguenti documenti:

- 1) deliberazione il Consiglio di Amministrazione della ASM – Azienda Servizi Municipalizzati n. 029 del 26 settembre 2023;
- 2) stralcio statuto ASM;
- 3) deliberazione di Giunta Municipale dell'08 maggio 2024 n. 92;
- 4) verbale_dell'01 luglio 2024 tra ASM e rappresentanze sindacali;
- 5) deliberazione del Consiglio di Amministrazione della ASM n. 16 dell'01/07/2023;



6) determina ASM n. 502/24 del 18/07/2024.

Giardini Naxos, li 18 luglio 2024

Avv. Melinda Calandra Checco

