

## **COMPITO A CASA N. 2**

### **QUESITO DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Sempronio è un ingegnere che lavora da anni in una società a partecipazione pubblica quotata in mercati regolamentati.

Nell'estate del 2022 ha presentato la propria candidatura ad una procedura interna, tramite job posting, per l'individuazione del responsabile di un ufficio di stretta collaborazione con i vertici societari.

Alla procedura hanno partecipato 5 candidati. All'esito della valutazione dei curricula e dei colloqui conoscitivi, l'incarico è stato assegnato a Mevia.

Sempronio in data 31 ottobre 2022 ha presentato un'istanza, in cui contesta gli esiti della procedura, asserendo la totale irregolarità della stessa e chiede, in forza sia della legge n. 241/1990 che del d. lgs. n. 33/2013, l'accesso a tutti gli atti del procedimento, ivi compresi i provvedimenti di nomina della commissione esaminatrice, i verbali di individuazione preventiva dei criteri di valutazione dei candidati, i nominativi e i curricula di tutti i candidati, il giudizio reso su tutti i candidati, i verbali contenenti le valutazioni comparative dei candidati. L'istanza è motivata sulla base delle esigenze difensive di Sempronio che intende contestare in giudizio gli esiti della procedura.

L'Amministratore Delegato della società si rivolge al proprio legale di fiducia, rappresentando che per tali procedure l'azienda ha predisposto delle linee guida che contengono la declinazione dei criteri di accesso alle selezioni per l'assegnazione di tali incarichi e che le selezioni in questione avvengono tramite una ricognizione delle risorse a livello interno, in cui è garantita la pubblicità degli incarichi vacanti e la raccolta di candidature spontanee. Inoltre, i colloqui sono tenuti direttamente dai vertici aziendali, senza particolari formalità nella nomina della commissione o nella verbalizzazione dettagliata in chiave comparativa dei candidati.

Il candidato, assunto le vesti del legale della società, esamina la vicenda sopra descritta, illustrando gli istituti giuridici in gioco, sia sostanziali che processuali, ed esprime il proprio parere sulle scelte adottabili dalla società, rappresentando gli scenari e conseguenze, anche processuali, che ne possono derivare.

## Possibile soluzione schematica

### Tipologia di atto da predisporre

Nel caso di specie non è necessario predisporre un atto giudiziario.

### Argomenti da approfondire:

- accesso agli atti (art. 22 e ss L.241/1990) e accesso civico generalizzato (D.Lgs. n. 33 del 2013)
- Consiglio di Stato Ad. Pl. sentenza n. 13 del 28.6.2016

### Possibili argomentazioni in forma riassuntiva:

Ai fini della risoluzione del quesito occorre tenere presente, in particolare, la tipologia di procedura di selezione e la natura della società (società a partecipazione pubblica quotata in mercati regolamentati).

Nel caso di specie si trattava di una selezione interna per per l'individuazione del responsabile di un ufficio di stretta collaborazioe con i vertici societari.

Per la suddetta procedura l'azienda aveva predisposto delle linee guida che contengono la declinazione dei criteri di accesso alle selezioni per l'assegnazione di tali incarichi e che le selezioni in questione avvengono tramite una ricognizione delle risorse a livello interno, in cui è garantita la pubblicità degli incarichi vacanti e la raccolta di candidature spontanee. Inoltre, i colloqui sono tenuti direttamente dai vertici aziendali, senza particolari formalità nella nomina della commissione o nella verbalizzazione dettagliata in chiave comparativa dei candidati.

Gli atti richiesti sono in parte inesistenti.

Ai sensi dell'art. 22, L. n. 241/1990, i soggetti di diritto privato sono soggetti alla disciplina sull'accesso "*limitatamente alla loro attività di pubblico interesse*" e per quanto attiene il rapporto di lavoro, l'accesso è consentito solo laddove tale rapporto sia strumentale alle attività di pubblico interesse e solo con riferimento ai settori di autonoma rilevanza "pubblicistica" (e non di quotidiana gestione del contratto di lavoro). Ciò trova conferma, oltre che nel divieto espresso di istanze di accesso preordinate al mero controllo generalizzato dell'operato delle pp.aa. (art. 24, co. 3, l. 241/90).

Anche l'art. 2 bis co. 3 del D.Lgs 33/2013, con riferimento all'accesso civico, stabilisce che i destinatari degli obblighi di trasparenza sono i seguenti "*società a partecipazione pubblica, associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato soggetti alla medesima disciplina in materia di trasparenza prevista per le p.a. «in quanto compatibile» e «limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea*".

Sul tema si è espressa in particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 13/2016 dell'Ad. Plen. del Cons. Stato) stabilendo che "*Per quanto riguarda il rapporto di lavoro – strumentale a tutte le attività svolte – gli obblighi di trasparenza appaiono dunque coerentemente suscettibili di delimitazione, con riferimento al combinato disposto degli articoli 11, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013 (ambito soggettivo degli obblighi di trasparenza), 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in tema di organizzazione degli uffici e di ottimale utilizzazione delle risorse umane) e 1, comma 16 della già ricordata legge delega n. 190 del 2012: disposizioni, quelle appena richiamate, che consentono di circoscrivere l'accesso ai settori di autonoma rilevanza pubblicistica (e non di quotidiana gestione del contratto di lavoro), ovvero alle prove selettive per l'assunzione del personale, alle progressioni di carriera e a provvedimenti attinenti l'auto-organizzazione degli uffici, quando gli stessi – benchè doverosamente ispirati a tutti i principi, di cui all'art. 24 del già citato d.lgs. n. 150 del 2009 –*

*incidano negativamente sugli interessi dei lavoratori, protetti anche in ambito comunitario (ad esempio, in tema di mobilità, o di stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari). Nella situazione in esame, pertanto, doveva ritenersi ammissibile l'accesso agli atti richiesti, in quanto attinenti a procedura selettiva di avanzamento, soggetta alle ricordate regole di imparzialità e trasparenza"* (procedura selettiva, indetta dalla società Poste Italiane s.p.a. per un posto di "Capo Squadra", procedura svolta presso il CMP di Bologna).

Proprio con riferimento alle procedure di candidatura tramite *job posting* posta in essere da una società a partecipazione pubblica che gestisce un pubblico servizio si segnala che il TAR Lazio, Roma, sent. n. 1354/2018 ha avuto modo di precisare che:

*"Con riguardo al primo aspetto – assoggettamento, in generale, della RAI S.p.a. alle norme in materia di accesso agli atti amministrativi di cui agli artt. 22 e ss. della Legge n. 241 del 1990 e, conseguentemente, legittimazione passiva al ricorso oggi proposto dal dott. Gaeta – il Collegio ritiene che la risposta non possa che essere affermativa, atteso il riferimento della norma anche ai "gestori di pubblici servizi". La RAI, pur nella sua veste formalmente privatistica di S.p.a. e pur agendo mediante atti di diritto privato, conserva certamente significativi elementi di natura pubblicistica, ravvisabili in particolare: a) nella prevista nomina di numerosi componenti del C.d.A. non già da parte del socio pubblico, ma da un organo ad essa esterno quale la Commissione parlamentare di vigilanza; b) nell'indisponibilità dello scopo da perseguire (il servizio pubblico radiotelevisivo), prefissato a livello normativo; c) nella destinazione di un canone, avente natura di imposta, alla copertura dei costi del servizio da essa gestito.*

*L'azienda è inoltre di proprietà pubblica ed è la concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo, sicché non è revocabile in dubbio la sua riconducibilità "pleno iure" all'ambito di applicazione della normativa sul diritto di accesso, entro i confini delimitati dall'art. 23 della Legge n. 241 del 1990 che, non a caso, menziona tra i soggetti passivi del diritto di accesso, accanto alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici, anche i "gestori di pubblici servizi", nel cui novero va certamente collocata la RAI.*

***Con più specifico riguardo al tema in controversia, e cioè alla possibilità di estendere l'esercizio dell'accesso, da parte di un dipendente dell'azienda, ad atti che non attengono in via diretta allo svolgimento del servizio pubblico radiotelevisivo ma ad un "job posting", selezione interna per la copertura di mansioni di caporedattore, la quale è conseguenza di una decisione meramente organizzativa attinente allo svolgimento del rapporto di lavoro con gli interessati (vedi memoria RAI pag. 11), inducono, anche sotto questo aspetto, ad una risposta affermativa le coordinate ermeneutiche già fissate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 28 giugno 2016, n. 13. Il caso ivi esaminato riguardava l'esercizio del diritto di accesso nei confronti di Poste Italiane S.p.a. e presentava evidenti analogie con il caso all'odierno esame; anche in quel caso si trattava, infatti: di una società avente forma privata ma sottoposta a controllo pubblico; dell'esercizio di un servizio pubblico (quale è il servizio postale universale); dell'istanza di accesso da parte di un dipendente in relazione ad una selezione interna indetta da Poste Italiane.***

*Le conclusioni del Supremo Consesso sono così riassumibili:*

- a) deve affermarsi sia che il rapporto di lavoro implichi lo "svolgimento di un'attività strettamente connessa e strumentale alla quotidiana attività di gestione del servizio pubblico" (Ad. Plen. n. 4/1999 cit.), sia che i dipendenti della società, incaricata di tale servizio possono vantare un "interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento a cui si chiede l'accesso" (art. 22, comma 1, lettera "b" della legge n. 241/1990 cit), sia infine che configurerebbe una disparità di trattamento l'attuazione di modalità differenziate di tutela del predetto interesse, a seconda che si tratti di utenti o di lavoratori;*
- b) "...è anche necessario, tuttavia, attribuire significato alla disposizione legislativa (art. 22 cit., lettera "e") che assimila all'amministrazione ai fini di cui trattasi i soggetti privati, ma "limitatamente alla loro attività di pubblico interesse"; a quest'ultimo riguardo "...l'Adunanza*

Plenaria ritiene che non si possa prescindere dal recente rafforzamento del principio di trasparenza, operato col già richiamato d.lgs. n. 33 del 2013, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). Nello stesso articolo, al quindicesimo comma, la trasparenza dell'attività amministrativa è definita come "livello essenziale....delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili", anche con specifico riferimento, per quanto qui interessa (al comma 16), a "concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale", nonché alle "progressioni in carriera", di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009 (Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni); è altresì specificato (al comma n. 34 del medesimo art. 1) che "Le disposizioni dei commi da 15 a 33 si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165....agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea"; quanto sopra con la precisazione (al comma 36), secondo cui "Le disposizioni, di cui al decreto legislativo adottato ai sensi del comma 35 integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione....".

c) con la medesima legge (art. 1, comma 37) è stato modificato l'art. 1, comma 1 ter della legge n. 241 del 1990, inserendo tra i principi generali dell'attività amministrativa l'assicurazione che i soggetti privati, "preposti all'esercizio di attività amministrative", forniscano – per l'attuazione di detti principi (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza) – "un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni....";

d) dall'esame sistematico delle disposizioni sopra citate emerge la considerazione del rapporto di lavoro, come fattore strumentale alla normale gestione del servizio pubblico postale (Cons. Stato, sez. VI, n. 2855/2002 cit.), non diversamente, da quanto accade per quello "pubblico radiotelevisivo"; inoltre deve riconoscersi "la rilevanza ex se di tale rapporto, per l'osservanza di regole di imparzialità e trasparenza, che vincolano tutti i soggetti chiamati a svolgere funzioni pubbliche (anche nella veste di datori di lavoro), nell'ambito di servizi che le amministrazioni intendono assicurare ai cittadini, direttamente o in regime di concessione (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 13/2016 cit.);

e) per quanto riguarda il rapporto di lavoro – strumentale a tutte le attività svolte – gli obblighi di trasparenza appaiono dunque coerentemente suscettibili di delimitazione, con riferimento al combinato disposto degli articoli 11, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013 (ambito soggettivo degli obblighi di trasparenza), 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in tema di organizzazione degli uffici e di ottimale utilizzazione delle risorse umane) e 1, comma 16 della già ricordata legge delega n. 190 del 2012: disposizioni, quelle appena richiamate, che consentono di circoscrivere l'accesso ai settori di autonoma rilevanza pubblicistica (e non di quotidiana gestione del contratto di lavoro), ovvero alle prove selettive per l'assunzione del personale, alle progressioni di carriera e a provvedimenti attinenti l'auto-organizzazione degli uffici, quando gli stessi – benchè doverosamente ispirati a tutti i principi, di cui all'art. 24 del già citato d.lgs. n. 150 del 2009 – incidano negativamente sugli interessi dei lavoratori, protetti anche in ambito comunitario (ad esempio, in tema di mobilità, o di stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari).

**Nella situazione in esame e alla luce dei principi sopra affermati deve ritenersi ammissibile, nei limiti che ora si specificano, l'accesso agli atti richiesti, in quanto attinenti a procedura selettiva di avanzamento, soggetta alle ricordate regole di imparzialità e trasparenza cui anche l'azienda radiotelevisiva deve ritenersi assoggettata.**

*La domanda, peraltro, può avere accoglimento soltanto parziale rispetto alle conclusioni formulate da parte ricorrente che, anche in questa sede, continua a richiedere, tra gli altri documenti, copia “dei criteri seguiti”, delle note di comunicazione ai comitati di redazione in merito ai criteri selettivi seguiti, dei verbali relativi al colloquio avuto con il ricorrente. Con riguardo a tali specifici documenti, l’infondatezza della domanda di esibizione (o, meglio, l’insussistenza del relativo interesse) appare evidente in quanto:*

*- la RAI ha dimostrato di avere trasmesso la nota DG/2016/0005043 del 29.11.2016 contenente i criteri selettivi;*

*- ha puntualizzato che le comunicazioni sugli esiti delle procedure selettive riguardanti la singola testata sono state fornite in modo informale, ritenendo ciò conforme all’art. 34 del Contratto Collettivo dei Giornalisti che non prevede forme particolari ma solo la “necessaria informativa”; ne consegue che il ricorrente non può insistere nella richiesta di documenti che la RAI dichiara inesistenti;*

*- l’azienda ha anche affermato (non smentita dal ricorrente) di avere già trasmesso i verbali dei colloqui intercorsi con lo stesso dott. Gaeta per la copertura delle posizioni di capo redattore responsabile.*

*Devono essere, viceversa, forniti dalla società resistente i documenti di cui ai seguenti punti delle conclusioni rassegnate:*

*d) - verbali dei colloqui intercorsi con i candidati risultati vincitori e di ogni utile documento oggetto di valutazione ai fini della promozione a caporedattore, ivi compresi i curricula di tutti gli altri concorrenti;*

*e) - nominativi della rosa dei nomi comunicata alla Direzione Generale.*

***Infatti, stante l’assoggettamento della procedura selettiva di avanzamento (“job posting”) alle ricordate regole di imparzialità e trasparenza, che l’azienda radiotelevisiva è tenuta ad osservare, non vi sono ragioni per opporre un rifiuto alla esibizione legato a malintese ragioni di “privacy” degli altri concorrenti, le quali vengono meno e sono comunque recessive di fronte ad un accesso di tipo difensivo quale è quello proposto dal sig. Gaeta (arg. ex art. 24, comma 7. c.p.a.). Si può anzi rilevare che, una volta ritenuti sussistenti il dovere ostensivo in capo alla RAI ed il diritto del giornalista dipendente all’accesso ai documenti attinenti alla procedura selettiva interna, non vi sono ragioni per non ritenere applicabili, anche nella specie, gli indirizzi consolidati della giurisprudenza amministrativa secondo cui sussiste il diritto di un candidato che ha partecipato ad una procedura concorsuale e che è stato dalla stessa escluso, di accedere agli atti attinenti alla situazione giuridicamente rilevante relativa alla sua posizione di concorrente di un pubblico concorso (ex multis, TAR Lazio, Roma, sez. II, 24 ottobre 2012, n. 8772);***

*Inoltre il concorrente escluso da un concorso o non vincitore ha diritto di accedere a tutti gli atti della procedura concorsuale e che non vi sono limiti ai documenti ostensibili essendo noto infatti che le domande e i documenti prodotti dai candidati, i verbali, le schede di valutazione e gli stessi elaborati di un concorso pubblico costituiscono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l’esigenza di riservatezza e tutela dei terzi, posto che i concorrenti prendendo parte alla selezione, hanno acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l’essenza della valutazione. Tali atti, quindi, una volta acquisiti alla procedura escono dalla sfera personale dei partecipanti (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 24 ottobre 2012, n. 8772).*

*Per tutto quanto precede, il ricorso di parte ricorrente per l’accesso ai documenti ex art. 116 e ss. c.p.a. merita accoglimento limitatamente a: - verbali dei colloqui intercorsi con i candidati risultati vincitori e di ogni utile documento oggetto di valutazione ai fini della promozione a caporedattore, ivi compresi i curricula di tutti gli altri concorrenti; - nominativi della rosa dei nomi comunicata alla Direzione Generale)”.*