

posizione organizzativa e rassegnava le seguenti conclusioni: “a) *in via cautelare e d'urgenza, con decreto inaudita altera parte ovvero previa fissazione di apposita udienza di comparizione delle parti, SOSPENDERE gli effetti tutti della determinazione del direttore regionale per la Basilicata dell' INPS n. 156 del 30/11/2021, in quanto illegittima, nulla e lesiva della integrità personale e professionale del ricorrente, con immediata riassegnazione del ricorrente nell'incarico di posizione organizzativa del responsabile dell' agenzia di Policoro; b) nel merito, previa conferma della illegittimità e nullità della determinazione di cui al punto precedente delle conclusioni, ACCERTARE E DICHIARARE la illegittimità della determinazione direttoriale n. 151 del 25/11/2021, relativa alla procedura di interpello avviata in data 09/11/2021, NELLA SOLA PARTE RELATIVA ALLA OMESSA ASSEGNAZIONE DELL'INCARICO DI POSIZIONE ORGANIZZATIVA DI RESPONSABILE DELL'AGENZIA DI POLICORO AL RICORRENTE, per i motivi sopra espressi, con conseguente declaratoria di invalidità e nullità della stessa e di ogni atto conseguente – affetto da nullità derivata - , segnatamente dell'eventuale bando di selezione e conseguente assegnazione della p.o. di responsabile dell' agenzia di Policoro dell'INPS, con attribuzione in via giudiziale al ricorrente della posizione organizzativa inerente l' incarico di responsabile/direttore della agenzia di Policoro, con decorrenza dal 25/11/2021, e con CONDANNA dell'ente convenuto, in persona di chi legalmente lo rappresenta, al pagamento delle indennità connesse con tale incarico da tale ultima data, oltre rivalutazione ed interessi dal dovuto al soddisfo; c) solo nella sede gradata, si chiede CONDANNARE l'INPS, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento del risarcimento del danno da perdita di chances, da quantificarsi parametricamente sulla base delle competenze retributive perse e connesse all'incarico illegittimamente non assegnato; d) VITTORIA di spese e competenze di giudizio, oltre S.G. 15%, iva e cap di legge”.*

Con memoria depositata il 14 febbraio 2022 si costituiva l'Inps, che rassegnava le seguenti conclusioni: “*voglia il giudice del lavoro del Tribunale di Matera, ogni contraria istanza rigettata, dichiarare inammissibili o in subordine rigettare le*

domande formulate dal ricorrente contro l'INPS, come rassegnate nell'atto introduttivo del giudizio, con vittoria di spese e competenze professionali in favore dell'INPS".

Con ordinanza del 7 marzo 2022 veniva disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di _____, puntualmente eseguito dal ricorrente (V. ordinanza del 15 giugno 2022, di rigetto anche delle prove articolate dalle parti).

In data 7 luglio 2022 veniva dichiarata la cessazione della materia del contendere in ordine alle richieste cautelari

All'odierna udienza il Tribunale ha pronunciato sentenza, dando lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

II – Il ricorso è infondato.

Innanzitutto, non rilevano in questa sede i presunti vizi degli atti amministrativi, dedotti invece dal ricorrente, con particolare riferimento al presunto difetto di motivazione.

Va infatti ricordato che nel vigente assetto normativo del rapporto di lavoro dei dipendenti da pubbliche amministrazioni opera la regola generale secondo cui, ferma restando la qualificazione di atti amministrativi soltanto per gli atti disciplinanti le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici, per gli atti di indirizzo politico/amministrativi (**art. 3 d.leg. 29/93**, in seguito **art. 4 d.leg. 165/01**), e per gli atti relativi alle procedure concorsuali (**4° comma dell'art. 68 d.leg. 29/93**, in seguito **art. 63 d.leg. n. 165/2001**) ogni atto di gestione di tali rapporti risulta privo di connotazione autoritativamente discrezionale e rappresenta espressione, non di una potestà amministrativa, ma, come prevede **l'art. 5, 2° comma d.leg. 165/2001**, della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro (**Cass. sez. un. n. 41 del 24.2.2000; Cass. n. 9650 del 17.7.2001; Cass. n. 1241 del 28.1.2003; Cass. n. 6348 del 18.4.2003; Cass. n. 11589 del 28.7.2003; Cass. n. 9747 del 21.5.2004**).

La **Corte Costituzionale (n. 275 del 23.7.2001)** ha così affermato che i predetti rapporti risultano modellati secondo il regime di diritto privato del diritto del lavoro, con conseguente irrilevanza dei vizi del provvedimento amministrativo.

In altre parole (v., ad es., più di recente, **Cass. n. 240/2012**): *"la persistente rilevanza che assume l'interesse generale rispetto al datore di lavoro pubblico (dal momento che la privatizzazione del rapporto di impiego non ha certo determinato la privatizzazione della pubblica amministrazione, né delle sue finalità generali, alla luce dei principi di buon andamento ed imparzialità, costituzionalmente rilevanti) non determina e non si risolve nella funzionalizzazione dei singoli atti, quanto dell'attività complessiva della stessa, di guisa che i singoli atti di gestione o di organizzazione (per la parte questi ultimi che si collocano al di sotto "dell'alta organizzazione", mantenuta in regime pubblicistico) non sono sindacabili per contrasto col pubblico interesse, come i provvedimenti amministrativi, ma nei limiti consentiti dal programma negoziale e dalle relative fonti - legali e contrattuali di riferimento (e quindi, non alla stregua dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo, ma secondo quelli propri della patologia dei negozi giuridici, derivanti dalla violazione della disciplina legale o contrattuale che presiede all'attività paritetica della pubblica amministrazione: (cfr. **Cass. n. 21660/2008**; **Cass. n. 11103/2006**)"*.

È altresì pacifico che non trova nemmeno applicazione la legge 241/90, quanto all'obbligo di motivazione (**Cass. n. 7704/2003**, **Cass. n. 14193/2005**, **Cass. n. 22298/2011**, **Cass. n. 5999/2012**).

In applicazione di questi principi, con specifico riferimento al conferimento delle p.o., la Suprema Corte, in più occasioni ed anche a Sezione Unite, ha chiarito come *"Il conferimento delle posizioni organizzative al personale non dirigente delle Pubbliche Amministrazioni inquadrato nelle aree, la cui definizione è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva, esula dall'ambito degli atti amministrativi autoritativi e si iscrive nella categoria degli atti negoziali, assunti dall'Amministrazione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, a norma del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2"*, (**Cass. n.12315 del 15/5/2008**; **Cass. Sez. Unite n. 16540/2008** e **n. 8836 del 2010** e, più di recente, **Cass. n. 2141/2017** e **Cass. n. 2836/2014**).

III – Ciò posto, va altresì chiarito come le posizioni organizzative si configurano essenzialmente come specifici incarichi, di carattere fiduciario, attribuiti sulla base di una valutazione necessariamente discrezionale, di durata limitata, per lo svolgimento di compiti di responsabilità, più o meno elevata a seconda del tipo di incarico, sia pure nell'ambito delle funzioni di appartenenza, al quale è connessa una specifica indennità economica.

A tale riguardo occorre precisare che la scelta di carattere fiduciario si identifica con la ricerca non del migliore in assoluto, ma del migliore anche in relazione alle attitudini necessarie per gestire, organizzare e dirigere il lavoro che afferisce all'incarico da ricoprire (**Consiglio di Stato sez. III 27.06.2014 n. 3245**).

Inoltre, la Suprema Corte ha chiarito che nel caso del conferimento di un incarico effettuato con scelta di carattere fiduciario su una rosa di candidati, il candidato pretermesso può dolersi solo dell'eventuale carattere discriminatorio della scelta o, più in generale, della violazione dei canoni di correttezza e buona fede (**Cass. Sez. Un, n.5457/2009 e Cass. Sez. Lav. n. 7107/2014**).

Occorre aggiungere, quanto al presunto pregiudizio alla professionalità dedotto dall'odierno ricorrente, che il conferimento di una posizione organizzativa non comporta l'inquadramento in una nuova categoria contrattuale ma unicamente l'attribuzione di un incarico di responsabilità con correlato beneficio economico (v. **Cass n. 6367/2015 e Cass. n.21261/2017**).

La posizione organizzativa non determina un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato, né un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell'incarico. Si tratta, in definitiva, di una funzione ad tempus di alta responsabilità la cui definizione - nell'ambito della classificazione del personale di ciascun comparto - è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva (tra le altre, **Cass. n. 8836 del 2010, nonché, Cass. nn 6367 cit. e 20855 del 2015**).

In altre parole, il conferimento di una posizione organizzativa non è altro che esercizio - da parte del datore di lavoro pubblico - del potere conformativo di attribuire al dipendente mansioni esigibili, determinando unilateralmente l'oggetto del contratto di lavoro, in base al quale il lavoratore è obbligato a svolgere tutte le mansioni ascrivibili alla categoria di inquadramento (cfr. del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 52).

Infatti, se è vero che le posizioni organizzative "possono" essere assegnate ai dipendenti classificati in una certa categoria/Area, di certo tali incarichi rientrano nel contenuto possibile, anche se solo eventuale, dei compiti collocabili nell'ambito di tale inquadramento.

Insomma, non si applica nè l'art. 2103 c.c. nè l'art. 52 del D.lgs n. 165/2001.

Il giudice non può, in ogni caso, sostituirsi all'amministrazione nella scelta, come pretenderebbe il ricorrente, ma solo verificare l'eventuale violazione dei principi correttezza e buona fede ai fini dell'eventuale risarcimento del danno per perdita di *chances* (comunque richiesto nel presente giudizio), la cui prova è a carico dell'attore.

Inoltre, la Suprema Corte ha recentemente ribadito, in tema di conferimento di posizioni organizzative, come la P.A. sia tenuta al rispetto dei criteri di massima indicati dalle fonti contrattuali ed all'osservanza delle clausole generali di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. <<senza, tuttavia, che la predeterminazione dei criteri di valutazione comporti un automatismo nella scelta, che resta rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro nell'ambito di una lista di soggetti idonei>>, chiarendo anche come <<la selezione è il frutto di una scelta comparativa di carattere non concorsuale>> (Cass. sez. lav. 27/01/2017 n. 2141, citata).

IV - Ma vi è di più: se è vero che nel caso di specie la mancata scelta è avvenuta sulla base di una procedura selettiva disciplinata da un avviso di selezione, (lex specialis), che disciplina analiticamente i requisiti di ammissione, le modalità di

presentazione della domanda e la documentazione da allegare alla stessa, tutte le informazioni inerenti la nomina della Commissione esaminatrice ed i criteri nonché le modalità di valutazione comparativa dei curriculum vitae dei candidati, in nessun modo il giudice potrebbe sostituirsi all'amministrazione attribuendo un diverso punteggio, effettuando una diversa valutazione dei curricula e dei titoli, o addirittura ricalcolando lui i punteggi e dichiarando comunque che il ricorrente è vincitore della selezione (anche se unico partecipante, dovendo comunque effettuare anche colloquio con relativi punteggi).

Come chiarito, da ultimo, dalla Suprema Corte proprio in tema di posizioni organizzative (**Cass. sent. n. 26615 del 18/10/2019**): *"sul piano delle tutele, peraltro, si è precisato che nelle ipotesi sopra indicate il prestatore, titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative (Cass. n. 23424/2004), può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione (cfr. fra le più recenti Cass. n. 268/2019), ...ma non può domandare al giudice di esprimere una diversa e più favorevole valutazione, perché la predeterminazione di criteri valutativi non trasforma in attività vincolata il giudizio discrezionale (Cass. n. 20979/2009), con la conseguenza che l'attribuzione di un diverso punteggio può essere consentita nel solo caso in cui lo stesso datore di lavoro, per autonoma iniziativa o pattiziamente, abbia vincolato la propria discrezionalità rapportando il punteggio in maniera fissa al ricorrere di un titolo o, più in generale, di un determinato presupposto fattuale".*

Le esposte considerazioni appaiono già di carattere assorbente quanto all'impossibilità di accogliere la domanda di conferimento di responsabile/direttore della agenzia di Policoro (non è stata formulata domanda di esatto adempimento).

V – Quanto alla domanda subordinata di risarcimento (punto *sub c* delle conclusioni) ritiene il giudicante che sulla base della **determinazione del Presidente dell'Inps n. 26 del 20 marzo 2018** (*"regolamento in materia di rotazione del personale di cui alla legge n. 190/2012"*; da ritenersi richiamato dall'**art. 6 della determinazione**

n. 179 del 7 ottobre 2021 *“Modalità di attribuzione delle posizioni organizzative. Modifica e integrazione determinazione del Direttore generale n. 276 del 7 agosto 2020”* secondo cui: “Per quanto non espressamente disciplinato dal presente documento si fa rinvio alle disposizioni normative e contrattuali vigenti in materia di conferimento e revoca delle posizioni organizzative”), documento acquisibile ex art. 421 c.p.c. (nonostante l'intempestiva costituzione dell'Inps: V. Cass. SS.UU. n. 761/2002, richiamata in motivazione da Cass. n. 14081/2020) stante l'evidente “pista probatoria” costituita dallo stralcio di verbale n. 1 del 25 novembre 2021 prodotto dallo stesso ricorrente (**All. n. 13** del ricorso, ove si menziona in più occasioni tale regolamento), sia infondata la tesi del ricorrente dell'illegittimità della sua esclusione.

Il ricorrente, al momento di partecipazione alla procedura selettiva per cui è causa, era Direttore d'Agenzia presso la sede di Policoro sin dal lontano anno 2000 e anche a voler ritenere che la suddetta P.O. sia stata comunque rimodulata (v. **art. 5 della determinazione n. 179/2021**: *"L'esperimento della fase di interpello è limitato esclusivamente ai casi di riorganizzazione funzioni territoriali con conseguente azzeramento degli incarichi di posizione organizzativa e di variazione dell'assetto organizzativo che impatti sulla denominazione e/o sulle competenze di singole posizioni organizzative"*), appare applicabile non solo l'art. 9 del regolamento (che preclude la partecipazione per lo stesso incarico dopo nove anni), ma anche l'art. 15 che prevede: *“3. Nel caso in cui, anche a seguito di processi di riorganizzazione, l'incarico non trovi esatta corrispondenza in quelli precedenti, si ha riguardo all'oggetto principale dello stesso”*.

Non essendo evincibile dagli atti di causa un cambiamento totale del contenuto delle funzioni svolte per la P.O. di Policoro (V. anche organigramma allegato al messaggio Hermes del 9 novembre 2021 – **all. n. 3** – ove l'Agenzia di Policoro viene inquadrata nell'«area manageriale Prestazione e servizi individuali»>, di cui al **punto 4a** della circolare n. 134/2021), si deve ritenere che comunque (anche) un mero cambiamento

parziale delle funzioni consenta di fare riferimento all'oggetto principale dell'incarico, con conseguente applicabilità della rotazione degli incarichi (L. 190/2012).

Quanto all'inciso presente all'**art. 8 della circolare n. 134/2021 (all. n. 1 del ricorso)** secondo cui *“Nelle more della complessa definizione della procedura di attribuzione degli incarichi di posizione organizzativa nel rispetto delle sopracitate modalità, i titolari decaduti dall'incarico continueranno a svolgere le attività proprie della funzione precedentemente ricoperta o a garantire il passaggio di competenze al nuovo titolare”* (inciso richiamato anche nel messaggio hermes del 9 novembre 2021 (**all. n. 3**) e nella pec del 30 novembre 2021 (**all. n. 8**), proprio la presenza della “o” congiunzione in luogo delle “e”, consente di ritenere fondata la tesi dell'Inps in ordine alla circostanza che conclusa la prima fase senza conferimento della P.O., era facoltà della P.A. di non far proseguire l'attività di responsabile al vecchio titolare di P.O. (senza necessità di specifica motivazione, da non rinvenirsi nella contrattazione collettiva, non trattandosi nemmeno di revoca, stante appunto l'intervenuta scadenza del precedente incarico il 30 novembre 2021), ma di provvedere diversamente (come in effetti fatto, con la nomina di altra persona – v. **determinazione n. 156 del 30 novembre 2021** - quale responsabile ad interim della U.O. Agenzia di Policoro, in attesa del completamento della “seconda fase”).

Pertanto, acclarata la legittimità della procedura selettiva di cui alla "prima fase", non sussiste alcun risarcimento per perdita di *chances* da riconoscere al ricorrente (mentre è irrilevante acquisire altra documentazione riguardante il trasferimento della dott.ssa Russo, assegnata all'Agenzia territoriale di Policoro a decorrere dal primo gennaio 2022).

VI – In definitiva, il ricorso va rigettato.

Le spese del procedimento possono essere compensate fra le parti costituite in considerazione della obiettiva peculiarità della vicenda processuale e delle ragioni della decisione. Nulla per
, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Matera, nella persona del Giudice del Lavoro dott. Sabino Digregorio, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- 1) rigetta il ricorso di ;
- 2) compensa le spese di lite fra il ricorrente e l'Inps; nulla per Russo Lucilla.

Matera, lì **20 dicembre 2022.**

Il Giudice del Lavoro
dott. Sabino Digregorio