

CONCORSI PUBBLICI: Concorsi a pubblico impiego – Esclusione – Punteggio minimo – Soglia minima più alta di quella prevista dalla legge – Ammissibilità.

Cons. Stato, Sez. VI, 5 novembre 2021, n. 7386

- in *Il Foro amm.*, 11, 2021, pag. 1725 e ss.

“[...] l’art. 400, comma 11, del decreto legislativo n. 297 del 1994, nel prevedere che, in materia di concorsi per titoli ed esami «l’attribuzione ad una prova di un punteggio che, riportato a decimi, sia inferiore a sei preclude la valutazione della prova successiva», si limita a stabilire una soglia minima non raggiunta la quale non è mai consentito l’accesso alla prova successiva. La citata disposizione, mentre preclude di scendere sotto la soglia dei 6/10, non impedisce invece la possibilità che, per concorsi come quello in esame, sia stabilita una soglia minima più alta, «ciò che in sé corrisponde all’esigenza, ragionevole ed apprezzabile favorevolmente, di effettuare – soprattutto nei concorsi caratterizzati da un altro numero di partecipanti e di posti banditi – una stringente selezione dei più meritevoli, in perfetta linea con i principi scolpiti dall’art. 97 Cost.» [...].”

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell’Istruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Cons. Dario Simeoli e udito per le parti appellanti l’avvocato Federica Scafarelli, per delega dell’avvocato Antonio Salerno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.– I fatti principali, utili ai fini del decidere, possono essere così sintetizzati:

- gli odierni appellanti – partecipanti al concorso indetto dal Ministero dell’Istruzione, con decreto del Direttore Generale del Personale Scolastico n. 1259 del 23 novembre 2017, per il reclutamento di circa 2.425 dirigenti scolastici – impugnavano, unitamente ad altri candidati: i) il decreto del Direttore Generale per il personale scolastico del Ministero n. 1134 del 2018, nella parte in cui, nel rendere noti i nominativi dei candidati ammessi alla prova scritta del predetto concorso, non li aveva inclusi nell’elenco, non avendo gli stessi ottenuto nella prova preselettiva un punteggio pari a quello dell’ultimo candidato collocatosi in posizione utile; ii) il bando di concorso, nella parte in cui aveva

individuato la soglia minima di ammissione alla prova scritta in 71,7/100 punti da conseguire nella prova preselettiva, in luogo dei 60/100 punti che attesterebbero il raggiungimento della sufficienza, prevedendo la possibilità di accedere alla prova scritta di un limitato numero di candidati pari a 8.700 unità;

- con un unico motivo di gravame, gli istanti lamentavano la violazione e falsa applicazione dell'art. 400, comma 11, del d.lgs. n. 297 del 1994 e l'eccesso di potere per irragionevolezza e contrasto con principio del favor participationis, in quanto la prova preselettiva avrebbe dovuto assolvere al solo compito di sfolciare la platea dei candidati e non già, come era avvenuto nel caso di specie, quello di saggiare le conoscenze e la preparazione dei candidati;

- sennonché, in conseguenza dell'ammissione con riserva alle prove scritte disposta in via cautelare (ordinanza cautelare n. 5978 del 2018 di questo Consiglio di Stato), le situazioni relative ai singoli ricorrenti si diversificavano, posto che: alcuni non partecipavano alla prova scritta; altri non superavano le ulteriori prove del concorso; altri ancora, raggiungendo risultati positivi nelle prove successive, si collocavano in posizione utile nella graduatoria di merito finale;

- le odierne appellanti impugnavano, con motivi aggiunti, la graduatoria definitiva del concorso e gli ulteriori atti di rettifica;

- il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, con sentenza n. 13407 del 14 dicembre 2020, respingeva integralmente il ricorso collettivo introduttivo del giudizio e dichiarava improcedibili i motivi aggiunti per sopravvenuto difetto di interesse;

- in sintesi, il giudice di prime cure, richiamando a sostegno la propria giurisprudenza, statuiva che: «la previsione, a scopi di semplificazione ed accelerazione dell'iter concorsuale, della necessità di sottoporre i candidati ad una prova preliminare preordinata ad accertare il possesso da parte loro di requisiti culturali di base non appare irragionevole; essa, infatti, consente di ridurre il numero dei partecipanti alle prove scritte, con conseguente riduzione della complessità e dei tempi della procedura, attraverso un meccanismo semplice e tale da garantire la parità di trattamento degli interessati»;

«la previsione della prova preselettiva nell'ambito di una procedura concorsuale è un modulo organizzativo che l'Amministrazione può adottare laddove il numero di domande di partecipazione sia esorbitante o comunque tale da determinare delle sensibili lungaggini procedurali»;

«questi principi sono stati poi recepiti anche nel c.d. “decreto concretezza” (legge n. 56/2019) che, proprio al fine di raggiungere obiettivi di semplificazione dell'attività amministrativa, art. 3, co. 6, lettera b), ha disposto che le procedure concorsuali possano prevedere “1) la facoltà di far precedere le prove di esame da una prova preselettiva, qualora le domande di partecipazione al concorso siano

in numero superiore a due volte il numero dei posti banditi; 2) la possibilità di svolgere prove preselettive consistenti nella risoluzione di quesiti a risposta multipla, gestite con l'ausilio di enti o istituti specializzati pubblici e privati e con possibilità di predisposizione dei quesiti da parte degli stessi”»; «la previsione per cui l'accesso alle prove scritte del concorso per dirigenti scolastici in argomento sia stato consentito a un numero di candidati ristretto, pari a 8.700 unità, oltre ad essere conforme alla legge, non è neppure particolarmente rigorosa e rientra nella sfera, assai ampia, di discrezionalità rimessa al Ministero resistente, funzionale all'esigenza di compiere, anche in questo caso, una semplificazione dell'iter procedimentale, riducendone la complessità e, dunque i tempi, perseguendo finalità di semplificazione».

2.– Avverso la predetta sentenza, le professoresse Cirillo e Cascella hanno proposto due separati – ma in buona parte sovrapponibili – atti di gravame.

Le due appellanti – premesso di avere superato sia la prova scritta che l'ulteriore successiva prova orale, collocandosi utilmente nella relativa graduatoria nazionale del 1 agosto 2019 e successive rettifiche ed integrazioni – deducono, in sintesi, che:

i) il giudice di prime cure, non avrebbe colto la diversità della posizione dei candidati che, come le appellanti, hanno superato le prove concorsuali e hanno impugnato (correttamente, tempestivamente e ritualmente) la graduatoria finale e gli atti di rettifica;

ii) la graduatoria di merito del concorso 2018 sarebbe stata nel frattempo trasformata «in una sorta di graduatoria ad esaurimento», per effetto dell'art. 6-bis del decreto 30 dicembre 2019, n. 162, convertito dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, «stravolgendo giuridicamente e sostanzialmente la ratio concorsuale che aveva caratterizzato la procedura e la rilevanza selettiva delle prove alle quali i candidati dovevano sottoporsi», e tale sopravvenienza normativa dovrebbe comportare la sostanziale declaratoria di cessata materia del contendere in applicazione del c.d. principio dell'assorbimento (come positivizzato dall'art. 4, comma 2-bis, del decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, convertito nella legge 17 agosto 2005, n. 168);

iii) la platea dei candidati, seppure ammessi alle successive prove in ragione di provvedimenti cautelari, avrebbe 'diritto' alla definitiva cristallizzazione della posizione concorsuale, anche in ragione della esigenza di salvaguardare la copertura delle sedi di titolarità e, quindi, il funzionamento degli organici scolastici;

iv) sotto altro profilo, i rispettivi Uffici scolastici regionali, nel consentire l'individuazione della Provincia di spettante titolarità (accantonando la relativa sede) e, quindi, nel manifestare acquiescenza spontanea seppure non seguita dalla stipula del contratto, avrebbero ingenerato un affidamento pieno

della parte e, soprattutto, il diritto della stessa alla definitiva collocazione in graduatoria anche a prescindere dal principio dell'assorbimento e del consolidamento delle posizioni;

v) da ultimo, ai fini del sostanziale raggiungimento della soglia di sbarramento, andrebbe evidenziata l'ambiguità di una domanda contenuta nel test preselettivo (il quesito numero 94), laddove, a fronte della pretesa univocità della risposta esatta, almeno due opzioni sarebbero corrette, assumendo tale aspetto rilievo dirimente soprattutto per coloro che, come la professoressa Cirillo, avevano ricevuto un punteggio a immediato ridosso della soglia di sbarramento (nella specie, 71,40), posto che l'attribuzione della risposta sbagliata alla domanda in questione avrebbe determinato la sottrazione di 0,3 punti che, se invece fosse stato correttamente attribuito, avrebbe determinato il raggiungimento del punteggio utile ai fini del superamento della prova preselettiva.

3.– Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Istruzione, sia pure con memoria di mero stile, insistendo per il rigetto del gravame.

4.– Con ordinanze 11 giugno 2021, n. 3144 e n. 3145, la Sezione – *«Rilevato che: le questioni di fatto e diritto implicate nella presente controversia necessitano di approfondimenti incompatibili con il carattere sommario tipico della presente fase cautelare e che occorre definire celermente la questione nel merito; l'unica tutela allo stato concedibile consiste nella sollecita definizione del giudizio nel merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, del c.p.a»* – ha fissato per la trattazione del merito l'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021.

5.– All'odierna udienza, le due cause sono state discusse e trattenute in decisione.

6.– Va in primo luogo disposta la riunione degli appelli in epigrafe, avendo gli stessi ad oggetto la medesima sentenza.

6.1.– Ancora in via preliminare, si osserva che non sono stati sollevati motivi specifici di gravame avverso i capi della sentenza di primo grado che hanno escluso l'illegittimità del bando di concorso per cui è causa.

In ogni caso, per completezza, si osserva la statuizione del giudice di primo grado è conforme alla giurisprudenza della Sezione, secondo cui l'art. 400, comma 11, del decreto legislativo n. 297 del 1994, nel prevedere che, in materia di concorsi per titoli ed esami «l'attribuzione ad una prova di un punteggio che, riportato a decimi, sia inferiore a sei preclude la valutazione della prova successiva», si limita a stabilire una soglia minima non raggiunta la quale non è mai consentito l'accesso alla prova successiva. La citata disposizione, mentre preclude di scendere sotto la soglia dei 6/10, non impedisce invece la possibilità che, per concorsi come quello in esame, sia stabilita una soglia minima più alta, «ciò che in sé corrisponde all'esigenza, ragionevole ed apprezzabile favorevolmente, di effettuare – soprattutto nei concorsi caratterizzati da un altro numero di partecipanti e di posti banditi – una

stringente selezione dei più meritevoli, in perfetta linea con i principi scolpiti dall'art. 97 Cost.» (*cf.* Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 5639 del 2015).

In definitiva, la previsione del bando, oltre a essere conforme alla legge, non è neppure particolarmente rigorosa e risponde all'esigenza di compiere una selezione stringente dei più meritevoli.

7.– Il motivo di gravame incentrato sul quesito n. 94 dei test preselettivi è inammissibile, stante la sua integrale novità. Ai sensi dell'art. 104 del c.p.c., il 'thema decidendum' del giudizio di appello è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado nei limiti in cui sono criticamente e specificamente riproposte nei mezzi di gravame, fatta salva la sola possibilità di produrre nuovi documenti e proporre motivi aggiunti, e sempre che la conoscenza tardiva di fatti e documenti non sia imputabile a negligenza della parte che li fa valere tardivamente e per la prima volta in appello.

8.– Sotto altro profilo, non è ravvisabile sulla vicenda in esame alcuna acquiescenza della controparte pubblica.

Come è noto, l'acquiescenza non può desumersi, di per sé, dall'esecuzione del dictum giudiziale la quale è doverosa per l'Amministrazione soccombente, a meno che nell'ambito dell'esecuzione così intrapresa quest'ultima dichiari in modo espresso di accettare la decisione o comunque tale accettazione sia inequivocabilmente evincibile dal complessivo comportamento tenuto. Occorre cioè – per ritenere superati gli atti impugnati – che le statuizioni giudiziali siano a tal punto condivise e fatte proprie dall'Amministrazione stessa da configurare la conseguente attività da essa posta in essere non come mera esecuzione della sentenza medesima, ma come autonoma manifestazione del potere di autotutela all'Amministrazione pur sempre spettante in ordine ai suoi precedenti atti. In mancanza di ciò, il segmento conformativo dell'azione amministrativa riveste una rilevanza del tutto provvisoria e condizionata all'esito del giudizio nel merito.

Nel caso di specie, le appellanti sono state ammesse soltanto 'con riserva' – così come gli altri concorrenti che non hanno superato i test preselettivi – alle ulteriori prove del concorso, il cui esito favorevole non può perciò far venir meno la res litigiosa. L'Amministrazione ha agito al dichiarato fine di dare provvisoria esecuzione ad una pronuncia interinale del giudice amministrativo di primo grado. Non a caso gli Uffici Regionali Scolastici, pur avendo consentito alle appellanti di individuare le sedi scolastiche, non le hanno mai convocate per la stipula del contratto.

9.– Deve poi escludersi la possibilità di applicare il principio dell'assorbimento, in coerenza con la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio di Stato (Sez. IV, n. 5336 del 2020; Sez. VI, n. 3001 del 2013, n. 106 del 2012, n. 7002 del 2010 e n.4771 del 2010).

Detto principio, positivizzato con riguardo ad una classe di ipotesi circoscritte dall'art. 4, comma 2-*bis*, del decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, convertito nella l. 17 agosto 2005, n. 168 – secondo cui «conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela» – è volto ad evitare che il superamento delle prove di un esame di abilitazione venga reso inutile dalle vicende processuali successive al provvedimento con il quale un giudice o la stessa amministrazione, in via di autotutela, abbiano disposto l'ammissione alle prove di esame o la ripetizione della valutazione.

La disposizione, in tal modo, ha esteso agli esami di abilitazione professionale un orientamento già elaborato dalla giurisprudenza amministrativa per gli esami di maturità (per un richiamo a tale orientamento, *cfr.* Sez. IV, 12 ottobre 2017 n. 4729), laddove il giudizio di maturità finale, per la sua prevalenza finale, consentiva di ritenere assorbito un giudizio di non ammissione, superato da un provvedimento interinale di ammissione con riserva e da un giudizio finale di acquisita maturità.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 1 aprile 2009, n. 108, nel disattendere la sollevata questione di legittimità costituzionale, ha posto in rilievo che la disposizione, come già evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, non si applica ai concorsi pubblici, ma solo agli esami di abilitazione, atteso che questi ultimi sono volti ad accertare l'idoneità dei candidati a svolgere una determinata attività professionale ed accertata questa idoneità, tale attività deve potersi liberamente esplicare. L'accertamento deve essere compiuto da un organo imparziale e dotato di adeguate competenze e, mentre è necessario che l'accertamento vi sia, non è decisivo che esso abbia luogo nel corso dell'ordinario procedimento amministrativo di esame o a seguito di un provvedimento giurisdizionale o di autotutela amministrativa, sicché la disposizione impugnata evita che gli effetti di un simile accertamento, già compiuto, vengano travolti dal risultato del processo, eventualmente avviato in conseguenza della conclusione negativa di un precedente accertamento. Sul primo accertamento negativo, in definitiva, la legge fa prevalere quello successivo, avente esito positivo, sulla base di una scelta operata dal legislatore in sede di bilanciamento di interessi contrapposti.

In seguito all'arresto della Corte costituzionale, anche l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza 28 gennaio 2015 n. 1, ha avuto modo di ribadire il principio della inapplicabilità ai concorsi pubblici della «sanatoria introdotta dall'art. 4, comma 2-*bis*, della legge n. 168/2005, [...] perché essa deve ritenersi ammessa soltanto per le varie ipotesi di procedimenti finalizzati alla verifica della idoneità dei partecipanti allo svolgimento di una professione il cui esercizio risulti

regolamentato nell'ordinamento interno ma non riservato ad un numero chiuso di professionisti mentre va esclusa per le selezioni di stampo concorsuale per il conferimento di posti a numero limitato [...]».

9.1.– A conclusioni diverse non può giungersi neppure richiamando l'art. 6-bis del decreto 30 dicembre 2019, n. 162, convertito dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, il quale ha inserito all'articolo 2 del decreto-legge 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 2019, n. 159, il seguente comma 2-bis, secondo cui: «Dopo la nomina dei vincitori di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, gli idonei utilmente iscritti nella graduatoria nazionale per merito e titoli del concorso a dirigente scolastico indetto con decreto del direttore generale del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca n. 1259 del 23 novembre 2017, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - 4^a Serie speciale - n. 90 del 24 novembre 2017, sono assunti nel limite dei posti annualmente vacanti e disponibili, fatta salva la disciplina autorizzatoria di cui all'articolo 39, commi 3 e 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n. 449».

La disposizione appena riportata, come risulta dalla sua piana interpretazione letterale, non ha trasformato retrospettivamente – come ritengono le appellanti – la procedura concorsuale bandita in una procedura di mera abilitazione, bensì ha sostanzialmente disposto un aumento dei posti messi a concorso, da coprirsi con i candidati che siano comunque risultati «idonei» e tale qualificazione spetta a coloro che abbiano superato tutte le prove in cui si articola la procedura selettiva, ivi compreso il test di ingresso (il richiamato precedente di questa Sezione di cui alla sentenza 7 gennaio 2021, n. 200, in disparte ogni altra considerazione, riguardava un concorso diverso e per il quale era intervenuta una normativa diversamente formulata).

9.2.– Resta ovviamente devoluta alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, nei limiti consentiti dalla legge, la possibilità di consolidare il rapporto di impiego con le appellanti (valorizzando, ad esempio, il superamento delle prove scritte e orali e l'impellente necessità di copertura degli organici) sulla base di ulteriori e sopravvenute valutazioni o esigenze.

10.– Gli appelli riuniti vanno quindi respinti.

10.1. – In ragione della peculiarità della vicenda contenziosa e delle questioni di diritto emerse, sussistono i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Compensa interamente tra le parti le spese di lite del secondo grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO