

Numero \_\_\_\_/\_\_\_\_ e data \_\_/\_\_/\_\_\_\_ Spedizione



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

## **Consiglio di Stato**

**Sezione Prima**

**Adunanza di Sezione del 10 giugno 2020**

**NUMERO AFFARE 00687/2019**

**OGGETTO:**

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto, con presentazione diretta, ex art. 11 d.P.R. n. 1199/1971, dal sig. Giuseppe Vaccarello contro il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per l'annullamento, previa sospensiva, dell'ordinanza ministeriale n. 21 del 23 febbraio 2009, prot. 2414, limitatamente all'art. 2, comma 2, nella parte in cui "non riconosce utile il servizio prestato nelle istituzioni scolastiche della regione Valle d'Aosta e nelle Province autonome di Trento e Bolzano", nonché di tutti gli atti indicati in ricorso e segnatamente, tra gli altri, il provvedimento del M.I.U.R. - Ufficio scolastico regionale per il Veneto DD. 6.6.2016 prot. 006112, con il quale si è disposta l'esclusione del ricorrente dalla procedura di inserimento nella graduatoria con la seguente motivazione "mancanza del requisito di almeno anni 2. Il servizio prestato nelle istituzioni scolastiche in Provincia di Trento non è valutabile così come previsto dall'art. 1 — punto 2 del bando".

**LA SEZIONE**

Vista la relazione, trasmessa con nota prot. n. 33593 del 23-7-2019, con la quale il Ministero dell'istruzione, dell'universita' e della ricerca ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il parere interlocutorio della Sezione, n. 2909/2019, reso nell'adunanza del 16 ottobre 2019;

Vista la relazione integrativa trasmessa con nota prot. n. 9365 del 16-4-2020;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Francesco Mele;

Premesso:

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica del 13-7-2016 il signor Vaccarello Giuseppe ha impugnato i seguenti atti: 1) ordinanza del Ministro dell'Istruzione n. 21 del 23-2-2009, prot. n. 2114, avente ad oggetto *“indizione e svolgimento per l'anno scolastico 2008/2009 dei concorsi per titoli per l'accesso ai ruoli provinciali, relativi ai profili professionali dell'area A e B del personale amministrativo, tecnico e ausiliario statale degli istituti d'arte, dei licei artistici, delle istituzioni educative e delle scuole speciali statali, ai sensi dell'art. 554 del d.l.vo 16-4-1994, n. 297”*, limitatamente all'art. 2, comma 2, nella parte in cui *“non riconosce utile il servizio prestato nelle istituzioni scolastiche della regione Valle d'Aosta e nelle Province autonome di Trento e Bolzano”*; 2) Provvedimento prot. n. 0008151 del 13.3.2015 del Ministero dell'Istruzione, avente ad oggetto *“Indizione, per l'anno scolastico 2014/2015, dei concorsi per titoli per l'accesso ai ruoli provinciali, relativi ai profili professionali dell'area A e B del personale ATA”*, nella parte in cui invita gli uffici scolastici regionali a indire i concorsi per soli titoli sopra indicati ai sensi dell'art. 554 del d.lgs. 297/1994 e dell'O.M. 23-2-2009, n. 21; 3) provvedimento prot. n. 6408 del 7-3-2016 del Ministero dell'Istruzione, avente ad oggetto *“indizione dei concorsi per titoli per l'accesso ai ruoli*

*provinciali relativi ai profili professionali dell'area A e B del personale ATA. Graduatorie A.S. 2016/2017"*, nella parte in cui invita gli uffici scolastici regionali a indire i concorsi per soli titoli sopra indicati ai sensi dell'art. 554 del d.lgs. 297/1994 e dell'O.M. 23.2009 n. 21 e del provvedimento prot. n. 0008151 del 13.3.2015; 4) decreto MIUR- Ufficio scolastico regionale per il Veneto DD. 22.3.2016 prot. MIUR/AOODRVE/UFF;III/5051/C7C-COLL.SCOL./2016 e relativo bando allegato con cui si è bandito il concorso di cui sopra, e, in particolare l'articolo 1, punto 2, del bando in cui si prevede che *"non è valutabile il servizio prestato nelle istituzioni scolastiche della Regione Valle d'Aosta e delle Province autonome di Trento e Bolzano"*; 5) tutti i provvedimenti con cui si rigetta la domanda di partecipazione al concorso relativamente al ricorrente e, nella specie, il provvedimento del MIUR- Ufficio scolastico regionale per il Veneto DD. 6.6.2016 prot. MIUR. AOOUSPVI.REGISTRO UFFICIALE(U).006112.06-06-2016 con il quale si è disposta l'esclusione del ricorrente dalla procedura di inserimento nella graduatoria con motivazione *"mancanza del requisito di almeno 2 anni. Il servizio nelle istituzioni scolastiche della Provincia di Trento non è valutabile così come previsto dall'art. 1-punto 2 del bando"*; 6) tutti i provvedimenti, anche impliciti, con cui si è rigettata la domanda presentata dal ricorrente di partecipazione al concorso sopra indicato.

Il ricorrente ne ha dedotto l'illegittimità e ne ha, quindi, chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'esecutività.

Il gravame è affidato al seguente motivo: Illegittimità degli atti impugnati per violazione dell'art. 3 della Costituzione – eccesso di potere per disparità di trattamento, per manifesta ingiustizia ed irrazionalità dei provvedimenti impugnati. Egli ha esposto di essere collaboratore scolastico livello A in servizio nelle scuole statali gestite dalla Provincia autonoma di Trento, assunto a seguito di apposita selezione a carattere concorsuale indetta dalla prefata Provincia e di vantare più di 24 mesi di servizio.

Ha lamentato che la domanda di inserimento nelle scuole della regione Veneto era

stata respinta, sul presupposto della mancanza del requisito di almeno due anni di servizio, non essendo valutabile il servizio prestato nelle istituzioni scolastiche in Provincia di Trento.

Invero, l'articolo 2, comma 2, dell'ordinanza del Ministro dell'istruzione n. 21 del 23-2-2009, n. 2414, in applicazione della quale erano stati emessi gli atti impugnati, esclude da qualsiasi valutazione *“il servizio prestato nelle Istituzioni scolastiche della Regione Valle d'Aosta e nelle Province autonome di Trento e Bolzano”*.

A dire del ricorrente, tale disposizione è illegittima per violazione dell'articolo 3 della Costituzione e viziata da eccesso di potere per disparità di trattamento e manifesta ingiustizia.

La norma sarebbe irrazionale in quanto il servizio effettivo prestato nelle scuole della Provincia autonoma di Trento è servizio del tutto pari a quello reso nelle analoghe scuole del restante territorio nazionale, atteso che trattasi di scuole statali a tutti gli effetti per la cui gestione vi è delega di esercizio dallo Stato alla Provincia autonoma di Trento in base al D.P.R. 15 luglio 1988, n. 405.

L'unica differenza tra la scuola nazionale e quella della Provincia di Trento è il sistema di reclutamento (due diverse graduatorie), ma ciò non può incidere negativamente sulla validità del servizio prestato, il quale è assolutamente identico in ogni scuola a parità di mansione.

I titoli di accesso alla figura professionale di coadiutore amministrativo scolastico nonché la declaratoria della medesima figura sono definite dal vigente contratto collettivo provinciale di lavoro del personale ausiliario, tecnico e amministrativo (A.T.A.) e assistente educatore delle scuole e assistente educatore delle scuole dell'infanzia e del personale per la formazione professionale della provincia autonoma di Trento, sottoscritto il 17 ottobre 2003 e successive modificazioni.

Evidenzia che il sistema di reclutamento e di inquadramento del personale in questione è disciplinato, in considerazione dell'ordinamento speciale di rango

costituzionale attribuito alla Provincia di Trento e quindi dell'esclusività della competenza in materia, anche da disposizioni normative di quella provincia, mentre quello del personale del restante territorio nazionale è soggetto precipuamente a disposizioni poste con normative statali, primarie e secondarie.

Aggiunge che le mansioni svolte negli istituti trentini sono omogenee a quelle prestate nel territorio italiano e con rapporto di impiego con lo Stato, rilevando che nessuna disposizione prevede esplicitamente che detto personale sia inquadrato in ruoli speciali, né lo esclude dal partecipare a selezioni indette per altre province.

In presenza di tale situazione, l'esclusione della valutabilità del servizio presso le scuole del trentino assume le caratteristiche di una clausola speciale e derogatoria, la quale abbisognava almeno di un minimo di motivazione, tale da poter individuare l'iter logico-giuridico seguito per prevedere tale esclusione e consentirne il sindacato di legittimità.

In assenza di tale motivazione, la previsione è immotivata ed irrazionale e, quindi in concreto discriminatoria.

Il ricorrente evidenzia, infine, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, in quanto il Ministero applica ancora l'O.M. 21 prot. n. 2414 del 2009, malgrado esista parere reso dalla Sezione seconda del Consiglio di Stato n. 3233 del 10-7-2010, cui è seguito decreto di annullamento del Presidente della Repubblica dell'11-10-2010, con il quale è stata riconosciuta l'illegittimità dell'articolo 2 della richiamata ordinanza laddove non riconosce la valutabilità dei servizi resi nelle scuole della Provincia autonoma di Trento.

Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, con nota prot. n. 0033593 del 23-7-2019, ha trasmesso la prescritta relazione, nella quale ha evidenziato l'inammissibilità del ricorso e, nel merito, la sua infondatezza.

Ha rilevato l'irricevibilità del gravame, nella parte in cui impugna l'ordinanza del Ministro dell'istruzione n. 21 del 23-2-2009 prot. n. 2441, il provvedimento prot. n. 0008151 del 13-3-2015 ed il provvedimento prot. n. 6448 del 7-3-2016 del Ministero dell'istruzione, risultando, alla data di proposizione del ricorso, spirato il

termine di 120 giorni previsto dal D.P.R. n. 1199 del 1971.

Quanto, poi, al bando di concorso impugnato ed al provvedimento con cui la domanda di inserimento in graduatoria era stata rigettata, rileva che tali atti hanno natura vincolata, in quanto applicativi dell'ordinanza n. 21 del 2009, onde gli uffici scolastici non potevano non farne applicazione, senza margine di discrezionalità alcuno; evidenziando che l'esclusione dalla I fascia era preclusa a monte dalla normativa generale ed astratta contenuta nella citata ordinanza.

Il Ministero ha, poi, dedotto l'infondatezza del ricorso nel merito, evidenziando che il CCNL del comparto scuola non si applica al personale ATA delle istituzioni scolastiche delle province autonome di Trento e Bolzano, atteso che le autorità scolastiche di tali province adottano specifici ed autonomi provvedimenti per il reclutamento del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario della scuola; di conseguenza, i servizi prestati nelle istituzioni scolastiche delle province di Trento e Bolzano sono assimilati a servizi prestati in altre amministrazioni, in quanto svolti in profili professionali di un diverso comparto rispetto a quello della scuola.

Con parere interlocutorio n. 2909/2019, reso nell'adunanza del 16 ottobre 2019, la Sezione ha disposto incumbenti istruttori, precipuamente al fine di verificare l'esistenza di soggetti controinteressati.

Il Ministero referente ha, quindi, trasmesso, con nota prot. 0009365 del 16-4-2020, relazione redatta dall'Ufficio scolastico regionale per il Veneto.

L'affare è stato trattenuto per l'espressione del parere all'adunanza del 10 giugno 2020.

Considerato:

Deve preliminarmente essere rigettata l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata dall'Amministrazione, con riferimento all'impugnativa della O.M. n. 21 del 23-2-2009, prot. n. 2114, del provvedimento ministeriale prot. n. 0008151 del 13-3-2005 e del provvedimento ministeriale prot. n. 6408 del 7-3-2016.

Quanto agli ultimi due provvedimenti, deve essere evidenziato che essi costituiscono atti presupposti del bando di concorso impugnato (di cui al decreto MIUR- Ufficio scolastico regionale per il Veneto DD. 23.3.2016), i quali vengono indicati nel preambolo di esso, quali atti giustificativi dell'indizione della procedura, essendosi con gli stessi invitati gli uffici scolastici regionali a dar corso alla procedura ai sensi dell'articolo 554 del d.lgs. 297/1994 e dell'O.M. n. 21 del 23-2-2009.

Essi hanno, pertanto, manifestato la loro lesività per la sfera giuridica del ricorrente solo con l'indizione del concorso, la cui regolazione, in applicazione della richiamata ordinanza ministeriale, ha escluso la valutabilità del servizio prestato presso istituzioni scolastiche statali della Provincia autonoma di Trento.

Correttamente, pertanto, il ricorrente li ha impugnati unitamente al bando di concorso, nel quale è stata esplicitata la contestata clausola escludente, in attuazione della prescrizione metodologica in essi contenuta.

Quanto, poi, all'ordinanza ministeriale n. 21 del 23-2-2009 (gravata limitatamente all'articolo 2, comma 2, nella parte in cui stabilisce la "*esclusione del servizio prestato nelle istituzioni scolastiche della regione Valle d'Aosta e delle province autonome di Trento e Bolzano*"), in disparte la sua valenza di atto presupposto del bando, va osservato che l'eccezione preliminare è comunque infondata in quanto l'impugnativa dell'ordinanza attiene al contenuto di essa richiamato nel bando dell'Ufficio scolastico regionale, per cui se ne rende indispensabile la disamina proprio in relazione alla particolare articolazione del procedimento (cfr. Cons. Stato, II, parere n. 1996/2018).

Il Collegio ritiene, inoltre, all'esito della disposta istruttoria, che il ricorso sia ammissibile anche con riferimento alla rituale instaurazione del contraddittorio, non risultando necessaria la notifica ad alcun controinteressato.

Deve, in proposito, essere evidenziato che il ricorrente ha gravato il bando di concorso ed il provvedimento di esclusione con ricorso spedito per la notifica in data 14-7-2016, quando ancora la graduatoria definitiva della procedura, che

consolida la posizione dei soggetti in essa utilmente collocati, non risultava approvata.

Tale approvazione risulta intervenuta il 29-7-2016 e, dunque, solo a tale data era possibile individuare, nei soggetti in essa utilmente inseriti e che sarebbero stati scavalcati dal ricorrente, soggetti controinteressati, titolari di un interesse uguale e contrario a quello del signor Vaccarello.

Alla data di proposizione del ricorso e di emanazione degli atti impugnati, dunque, non vi erano controinteressati e solo la successiva approvazione della graduatoria definitiva ha consentito l'individuazione dei soggetti che sarebbero stati scavalcati dal ricorrente in caso di sua ammissione alla procedura.

Trattasi, pertanto, di "controinteressati successivi", per i quali non vi è onere di notifica del ricorso.

La giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, VI, 23-6-2014, n. 3175) ha chiarito che i concorrenti di una procedura selettiva, ove esclusi per mancanza di taluno dei requisiti di partecipazione o per prescrizioni del bando ritenute immediatamente lesive, possono proporre impugnativa, senza che gli altri partecipanti alla medesima procedura siano individuabili quali controinteressati in senso giuridico formale, dovendo tale individuazione essere effettuata con riferimento alla data di emanazione del provvedimento impugnato e sussistendo, prima della conclusione della procedura con l'individuazione dei vincitori, solo meri interessi di fatto alla diminuzione del numero dei competitori.

Ciò posto, la Sezione ritiene che nel merito il ricorso sia fondato e, pertanto, meritevole di accoglimento.

Risulta, invero, condivisibile la censura con la quale si deduce che gli atti impugnati hanno fatto applicazione della disposizione escludente di cui all'ordinanza ministeriale n. 21 del 2009, nonostante la stessa risulti essere stata annullata con decreto del Presidente della Repubblica dell'11 ottobre 2010, a seguito del parere della Sezione Seconda, n. 3233/2010 reso nell'adunanza del 26

maggio 2010.

Il Ministero, nella propria relazione, evidenzia che il provvedimento dell'Ufficio scolastico regionale di indizione della procedura, il relativo bando e il provvedimento di esclusione del ricorrente sono “*atti vincolati*”, in quanto “*emanati in applicazione dell'Ordinanza del Ministro dell'Istruzione, n. 21 del 23.02.2009, prot. n. 2414, limitatamente all'art. 2, comma 2, nella parte in cui non riconosce utile il servizio prestato nelle istituzioni scolastiche della Regione Valle d'Aosta e nelle Province Autonome di Trento e Bolzano*”; rilevando che “*la controparte contesta sostanzialmente la legittimità della normativa dettata dalla richiamata Ordinanza*” e che “*L'esclusione dalla I fascia delle suddette graduatorie è dunque preclusa a monte dalla normativa suindicata che definisce in termini generali e astratti l'esclusione del servizio prestato nelle Province di Trento e Bolzano dall'anzianità ai fini dell'ammissione nelle graduatorie, senza alcun margine discrezionale in capo ai Dirigenti responsabili del MIUR*”.

Dunque, l'Ufficio regionale non ha fatto altro che dare applicazione alla regola stabilita in relazione all'accesso ai ruoli A.T.A. per l'anno scolastico 2008/2009 dalla citata Ordinanza ministeriale.

Peraltro, questo Consiglio (Cons. Stato, II, parere n. 1996/2018, reso nell'adunanza del 23 maggio 2018) ha, in proposito, già evidenziato, con affermazione condivisa dal Collegio, che il richiamo alla vigenza della stessa, contenuto nella nota metodologica del 13 marzo 2015, la eleva a rango di precetto generale ed astratto, sottolineando che trattasi di “*mero richiamo per relationem, con ciò proponendo non una riedizione diversamente motivata della scelta originaria, bensì la sua automatica applicazione sulla base della – erronea- considerazione della sua attuale vigenza*”.

Ciò, invero, si pone in contrasto con il *decisum* del precedente parere della Sezione Seconda (n. 3233/2010) recepito nel decreto presidenziale di annullamento dell'11 ottobre 2010, con il quale l'ordinanza ministeriale era stata annullata nella parte in cui escludeva la computabilità del servizio prestato presso le istituzioni scolastiche

trentine.

Si legge in tale parere: *“L’ordinanza ministeriale impugnata costituisce senza dubbio espressione di autonoma potestà autoorganizzatoria nel comparto interessato, che però non deve confliggere, anche nella sostanza, con principi e previsioni contenuti nelle leggi di settore. Orbene, l’esclusione, disposta con l’ordinanza in questione ai fini dell’ammissione alla selezione, del servizio prestato presso le istituzioni scolastiche trentine con rapporto di impiego con lo Stato, assume le caratteristiche di una clausola di per sé speciale e derogatoria, che, per tale natura, abbisognava almeno di un minimo di motivazione tale da poter individuare l’iter logico-giuridico seguito per prevedere detta esclusione, e consentirne quindi il sindacato di legittimità. Ciò non si evidenzia nell’ordinanza stessa, palesandosi così quella previsione in effetti immotivata e irrazionale, e quindi in concreto discriminatoria”*.

I provvedimenti gravati, dunque, illegittimamente considerano vigente, senza nuova, autonoma e motivata determinazione amministrativa che ne rinnovi i contenuti, una regola ormai espunta dall’ordinamento.

Di conseguenza, alcuna rilevanza può avere il fatto che gli atti impugnati abbiano carattere vincolato, risultando decisivo ed assorbente, ai fini della loro invalidità, l’applicazione di una disposizione già annullata in sede di ricorso straordinario.

La portata, generale ed astratta, di tale disposizione, come tale ritenuta dall’amministrazione ai fini della regolazione delle successive procedure concorsuali, tra cui quella della quale in questa sede si controverte, esclude, poi, che l’annullamento, disposto in esito al citato parere n. 3233/2010, non abbia valenza nel presente contenzioso.

Sulla base delle argomentazioni sopra svolte deve, pertanto, ritenersi la fondatezza del ricorso, nei limiti di interesse del ricorrente, anche in considerazione del fatto che gli atti impugnati si palesano quale *“espressione del riesercizio della potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto*

*precettivo del veduto giudicato amministrativo”* (cfr. Cons. Stato, II, parere n. 1996/2018, reso nell’adunanza del 23 maggio 2018).

In conclusione, la Sezione esprime il parere che il ricorso debba essere accolto nei sensi sopra specificati.

L’espressione del parere definitivo determina l’assorbimento dell’esame della domanda cautelare proposta.

P.Q.M.

La Sezione esprime il parere che il ricorso debba essere accolto nei sensi di cui in motivazione, con assorbimento dell’esame della domanda cautelare.

L'ESTENSORE

Francesco Mele

IL PRESIDENTE

Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO

Carola Cafarelli