

AVVISO

1. Autorità giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro generale del ricorso, decreto di fissazione udienza di comparizione parti n. cronol. 15761/2019 del 29/08/2019

Tribunale Messina, sez. Lavoro, R.G. n.4283/2019-1;

2. Nome del ricorrente:

| COGNOME | NOME | CODICE FISCALE |
|---------|---------|--------------------|
| PINO | DANIELA | PNI DNL 86D56F158U |

2.1. Indicazione dell'amministrazione intimata:

IL MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITÀ DELLA RICERCA, in persona del Ministro *pro tempore*,

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE DELLA SICILIA, AMBITO TERRITORIALE DI MESSINA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*

E NEI CONFRONTI DEI CONTROINTERESSATI

3. Estremi dei provvedimenti impugnati con il ricorso:

- calendario di convocazione per il 9 agosto 2019, per le operazioni di assegnazione della sede di servizio per l'a.s. 2019/2020, nella parte in cui consente la scelta esclusivamente sulla base delle vacanze successive alle immissioni in ruolo per l'a.s. 2018/19 senza considerare i posti vacanti per l'a.a. 2019/2020;

- successivo calendario di convocazione per il 13 agosto 2019, per le operazioni di assegnazione della sede di servizio per l'a.s. 2019/20, nella parte in cui omette di riconvocare la ricorrente nonostante siano sopravvenute nuove disponibilità di sedi;

3.2. Sunto dei motivi di gravame di cui al ricorso:

I. Violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 59/17. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Difetto di Istruttoria. Violazione art. 28 DPR 487/1994. Violazione del bando di concorso. Violazione art. 97 della Costituzione. Disparità di trattamento.

1. Sulla violazione di legge.

1.1. L'art. 7, comma 5, D. Lgs. n. 59/2017, recentemente modificato dalla Legge n. 145/18 – "*Legge di stabilità 2019*", recita "*i vincitori scelgono, in ordine di punteggio e secondo i posti disponibili, l'istituzione scolastica nella regione in cui hanno concorso, tra quelle che presentano posti vacanti e disponibili, cui essere assegnati per svolgere il percorso di formazione iniziale e prova*".

L'articolo 17, comma 5, dal canto suo, chiarisce che "*lo scorrimento di ciascuna graduatoria di merito regionale avviene annualmente, nel limite dei posti di cui al comma 2, lettera b) (ovvero copertura del 50% dei posti vacanti e disponibili tramite procedure concorsuali n.d.r.), e comporta l'ammissione diretta al percorso annuale di formazione iniziale e di prova*".

La legge, dunque, considera un unico scorrimento della graduatoria per le immissioni senza alcun riferimento alle due fasi a cui, al contrario, abbiamo assistito nel caso che ci occupa e che, nella specie, è risultato decisivo per dar vita all'illegittima mancata attribuzione a parte ricorrente della sede ambita.

3. La decisione dell'Amministrazione di consentire la scelta delle sedi frattanto sopravvenute, ai nuovi soggetti idonei posizionati deteriormente in graduatoria, dunque, è evidentemente illegittima giacché tutte **le 73 (20 ad aprile più 53 ad agosto)** cattedre finanziate dovevano essere prima sottoposte alla scelta di parte ricorrente e poi dei successivi candidati idonei proprio seguendo l'ordine di scorrimento della graduatoria.

A chi scrive, in tal senso, pare incomprensibile l'operato dell'USR che, pur conoscendo il numero e di conseguenza la locazione delle sedi vacanti ed avendo la chiara visione istruttoria e finanziaria di poter coprire 73 posti e non solo 20 (di cui a Messina 0 il 9 agosto ma poi diventate 4 il successivo 13 agosto), non le ha messe tutte a disposizione in un unico segmento soprattutto in ragione del fatto che "*l'interesse di ciascun concorrente alla scelta della sede è strettamente collegato alla posizione in graduatoria. In altre parole, ciascun concorrente è titolare di un interesse giuridicamente rilevante alla assegnazione della sede indicata al numero corrispondente alla posizione occupata in graduatoria. Al contrario, in relazione alle sedi indicate in altre posizioni, il concorrente vanta esclusivamente una aspettativa di fatto, quindi giuridicamente non rilevante. Infatti, essa dipende dalle scelte personali e soggettive dei concorrenti collocatisi in posizioni precedenti nella graduatoria, e deve cedere il passo alle esigenze pubbliche di urgente copertura delle sedi farmaceutiche vacanti*" (T.A.R. Liguria n. 883/2015).

Né sembra a chi scrive che esistano ragioni di urgenza e di eccezionalità della procedura assunzionale tali da poter giustificare l'operato della P.A. Come detto, infatti, la scelta del mese di aprile aveva comunque come

decorrenza giuridica ed economica quella di settembre 2019. Che senso ha avuto, dunque, attivare un segmento di scelta ad aprile 2019 ed uno ad agosto quando la decorrenza per entrambe le nomine è, comunque, quella dell'1 settembre 2019?

È proprio *“la vicinanza nel tempo dell'individuazione di sedi ulteriori”*, prima ancora che le nomine abbiano concreto effetto, a rendere tanto più grave la scelta dell'Amministrazione di “frazionare” l'elenco delle sedi e dunque l'illegittimità della procedura sotto il profilo dei principi di buon andamento ed imparzialità della P.A. previsti dall'art. 97 Cost. Attivando un'unica fase di assegnazione, potevano essere soddisfatti sia gli interessi di parte ricorrente che, in ragione del proprio punteggio e della propria posizione in graduatoria avevano la possibilità di scegliere su un più ampio raggio di sedi sia, evidentemente, anche quello della P.A. che non avrebbe certamente subito alcun danno potendo comunque soddisfare le esigenze di coprire le vacanze presso le varie province.

4. Proprio con riferimento a fattispecie analoga, il G.A. ha chiarito che *“il criterio dell'assegnazione delle sedi di concorso ai vincitori secondo l'ordine di graduatoria, assurge al rango di principio normativo generale della materia, applicabile anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dal bando. In conseguenza, la scelta della sede tra quelle non ancora occupate da chi lo precede, è un legittimo interesse giuridico del vincitore” e chiarito inequivocabilmente che “eventuali deroghe al principio di cui sopra possono essere ammesse: – a condizione che siano espressamente contemplate ab initio nel bando di concorso e che non alterino la par condicio in senso sostanziale tra i concorrenti”* (Tar Piemonte, sentenza n. 342/2013).

Nel caso che ci occupa, come è noto, dunque nessuna deroga o diversa previsione delle regole di scorrimento della graduatoria sono presenti nel bando.

Anche il C.d.S. ha peraltro confermato che *“in sede di assegnazione delle sedi ai vincitori di concorso la P.A. non ha alcun potere discrezionale di “gestione”, in quanto il procedimento concorsuale è rigidamente regolato dal bando. Deve dunque escludersi che – per autonoma iniziativa – l'amministrazione possa legittimamente derogare alla tassatività dell'ordine di graduatoria o modificare ad libitum i criteri di assegnazione, dopo la formale indizione della procedura concorsuale”* (Cons. St., sez. IV 18 ottobre 2011, n. 5603).

Difatti, preso atto che non è seriamente sostenibile che la vacanza e la disponibilità di tali sedi pur se sopravvenuta lo sia stato comunque in tempo utile per l'assegnazione entro il nuovo anno scolastico, appare evidente che il Ministero abbia deliberatamente limitato l'ambito delle scelte dei soggetti con maggior punteggio a beneficio di altri ed appare perciò palese il difetto di istruttoria iniziale circa l'effettiva individuazione di tutte le sedi disponibili.

Tale condotta amministrativa concreta una violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), oltre che della lex specialis di concorso giacché il rispetto del principio meritocratico, difatti, è cardine di tutte le graduatorie così come unanimemente insegna la giurisprudenza.

Secondo il Consiglio di Stato *“appare opportuno l'approfondimento da parte del Tribunale amministrativo del merito della causa, non apparendo prima facie infondati i rilievi svolti dall'appellante circa l'applicazione dei principi di cui alla decisione della Corte Costituzionale n. 302 del 2013 e la mancata utilizzazione del maggior punteggio conseguito dall'interessato, rispetto a candidati ammessi, nel corso di laurea oggetto della scelta subordinata”* (Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2014, n. 839; T.A.R. Lazio, Sez. III, 7 dicembre 2012, n. 4453). Ed ancora risulta *“palesamente illogico ed irrazionale un sistema che, di fatto, comporta una compressione del diritto dei più capaci e meritevoli a vantaggio di altri meno capaci e meritevoli, sulla base non già quindi di parametri di formazione e di preparazione – quali sono quelli acclarati da un determinato punteggio – ma del mero caso fortuito, derivato dal sistema delle opzioni”* (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 23 agosto 2006, n. 3051) che, qui, si è concretizzato nel consentire, prima ancora della presa di servizio derivante dall'assegnazione delle sedi, il venire in essere di nuove sedi prima sottaciute.

In tal senso, è evidente che, nella specie, proprio di soluzione irrazionale e illogica debba parlarsi, giacché tale deve ritenersi la mancata attribuzione della sede di Messina a parte ricorrente ottenuta da altri in posizione ad essa deteriore in graduatoria. *“Ogni diversa opzione (rispetto al punteggio), essendo fondata sulla base del mero dato casuale, risulta illegittima nonché suscettibile di poter determinare effetti aberranti, quali quello subito dalla ricorrente, postergata rispetto a candidati che hanno conseguito punteggi inferiori”* (T.A.R. Puglia, Bari, n. 3051/06 cit.).

Peraltro le stesse parole sono usate per la vicenda del “pettine” delle graduatorie degli insegnanti dalla Corte Costituzionale chiarendo che *“la disposizione impugnata deroga a tali principi e, utilizzando il mero dato formale della maggiore anzianità di iscrizione nella singola graduatoria provinciale per attribuire al suo interno la relativa posizione, introduce una disciplina irragionevole che – limitata all'aggiornamento delle graduatorie per il biennio 2009-2011 – comporta il totale sacrificio del principio del merito posto a*

fondamento della procedura di reclutamento dei docenti e con la correlata esigenza di assicurare, per quanto più possibile, la migliore formazione scolastica” (C. Cost. n. 42/11, cit.).

Così facendo l’attribuzione della sede *“non dipende in definitiva dal merito del candidato, ma da fattori casuali e affatto aleatori legati [alle postume scelte di aumento del contingente dei soggetti da assumere], ossia fattori non ponderabili ex ante”* (Cons. Stato, Sez. VI, ord. 18 giugno 2012, n. 3541).

Risulta dunque evidente che, sulla base di quanto sin’ora chiarito, il principio di ordine di graduatoria sia stato violato dall’USR che ha imposto, ingiustificatamente ai soggetti che ne avevano diritto e priorità, scelte deteriori e non ambite e, rilevandosi difatti, *“palesamente illogico ed irrazionale un sistema che, di fatto, comporta una compressione del diritto dei più capaci e meritevoli a vantaggio di altri meno capaci e meritevoli, sulla base non già quindi di parametri di formazione e di preparazione – quali sono quelli acclarati da un determinato punteggio - ma del mero caso fortuito, derivato dal sistema delle opzioni”* (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 23 agosto 2006, n. 3051).

6. La conseguenza dell’erronea attività istruttoria condotta dall’Amministrazione, è causa di una evidente violazione e, in un caso analogo, il Consiglio di Stato ha rilevato che *“il mancato rispetto dei criteri per l’assegnazione delle sedi e l’utilizzo di meccanismi del tutto estranei al bando in danno dei vincitori del concorso rispetto a coloro che li seguivano in graduatoria assoluta, dà luogo ad un’incertezza assoluta sulle modalità di assegnazione delle sedi che appare contrastare con i cardini dell’imparzialità e del buon andamento. Tale principio è stato poi confermato, sotto il profilo generale, dall’art. 28, 1° comma del Regolamento recante norme generali per svolgimento dei concorsi e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi di cui al D.P.R. 9 maggio 1994 n. 487 per cui “Le amministrazioni e gli enti interessati procedono a nominare in prova e ad immettere in servizio i lavoratori utilmente selezionati, anche singolarmente o per scaglioni, nel rispetto dell’ordine di avviamento e di graduatoria integrata. Il criterio dell’assegnazione delle sedi di concorso ai vincitori secondo l’ordine di graduatoria assurge dunque al rango di principio normativo generale della materia che quindi opera anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dal bando. In conseguenza, la scelta della sede tra quelle non ancora occupate da chi lo precede è un legittimo interesse giuridico del vincitore. Deve dunque essere escluso che -- in seguito ad estemporanei accordi sindacali, ovvero per autonoma iniziativa -- l’Amministrazione possa derogare alla tassatività dell’ordine di graduatoria nella assegnazione e modificare ad libitum i criteri di assegnazione dopo la formale indizione della procedura concorsuale” (C.d.S. n. 5611/2011).*

Anche il Tar del Lazio su tale aspetto, da ultimo ha chiarito che *“prima dell’assegnazione l’Amministrazione [deve rendere noto] l’aggiornamento e la modifica dell’elenco e delle sedi originariamente [previste] e deve consentire ai candidati di esprimere progressivamente le preferenze nell’assegnazione secondo il proprio merito”* (n. 3944/2018).

In definitiva, in sede di assegnazione delle sedi ai vincitori di concorso la P.A. non ha alcun potere discrezionale di “gestione” dei procedimenti e di valutazione discrezionale delle diverse situazioni, come invece mostra di ritenere l’Amministrazione, in quanto l’assegnazione è l’atto conclusivo di un tipico procedimento concorsuale, che è regolato dal bando e dai principi costituzionali di cui all’art. 97 Cost. Il comma. Perciò, in perfetta coincidenza con la fattispecie che oggi ci occupa, si è chiarito che *“non v’è dubbio che siano state violate le regole procedurali, espressione dei principi di buona amministrazione ed imparzialità di cui all’art. 97 Cost., correttamente contenute nello stesso bando, per cui “la nomina... è conferita secondo l’ordine di graduatoria; b. illegittimamente [il Ministero n.d.r.] non ha fatto luogo alla preventiva pubblicazione delle sedi su cui gli aventi titolo avrebbero dovuto effettuare l’opzione violando, anche sotto tale profilo, il principio generale della stretta vincolatività dell’ordine di graduatoria; b. ha applicato in via di fatto criteri di preferenza non previsti dal bando, e comunque radicalmente illegittimi”* (C.d.S. n. 5611/2011).

In altri termini, secondo giurisprudenza pacifica i vincitori (e i primi idonei) hanno il diritto di scegliere su tutte le sedi disponibili, secondo l’ordine di graduatoria. Ed ancora infatti, è stato chiarito *“legittimo il provvedimento con il quale il Ministero delle finanze che aveva bandito un concorso ha provveduto a disporre l’assegnazione delle sedi di servizio ai candidati dichiarati idonei, dopo aver riassegnato ai vincitori del concorso le sedi resisi disponibili successivamente alla approvazione definitiva di merito della graduatoria”* (sentenze nn. 4386/4389 del 2004). *“La scelta dell’Amministrazione ... di consentire anche ai vincitori del concorso di poter esprimere nuovamente le proprie preferenze ai fini dell’assegnazione della sede di servizio, tenendo conto anche delle sedi successivamente rese vacanti ... è assolutamente ragionevole, idonea ed adeguata a contemperare tutti gli interessi in gioco, sia privati (e contrapposti, dei vincitori e degli idonei), sia pubblici. La ricordata scelta dell’amministrazione d’altra parte, ad avviso della Sezione, costituisce effettiva e concreta applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa,*

così come postulati dall'articolo 97 Cost., avendo consentito ai candidati oggettivamente valutati come i migliori, e come tali vincitori di concorso, di ottenere una adeguata sede di servizio, frutto del miglior piazzamento nella graduatoria finale rispetto ai candidati dichiarati idonei e quindi originariamente non vincitori, che hanno acquistato il diritto all'assunzione solo successivamente” (Cds., n. 5611/11, cit.).

7. Gli esempi di altri bandi in cui si tutelano i vincitori meglio graduati anche in ipotesi di posti sopravvenuti sono, peraltro, sterminati. Un unico esempio, di recente conio a seguito di 3 anni di contenzioso, proveniente dallo stesso Ministero.

Si tratta del bando 2 maggio 2019 relativo all'ammissione alle scuole di specializzazione di area sanitaria. Ivi (art. 10), si legge, *“terminata la fase delle immatricolazioni, qualora vi siano posti di specialità sui quali alcuni candidati assegnati non hanno perfezionato l'immatricolazione, prende avvio la Sessione straordinaria di recupero finalizzata alla riassegnazione dei suddetti posti sulla base delle seguenti regole, fasi e limiti, e comunque nel rispetto della graduatoria di merito e delle specifiche situazioni derivanti dalla copertura di posti mediante contratti aggiuntivi che prevedono il possesso di specifici requisiti. I posti in riassegnazione sono, pertanto, rimessi in scelta in favore di tutti i candidati inseriti nella graduatoria di merito di cui al precedente articolo 9, comma 4 - ivi compresi i candidati già immatricolati e quelli decaduti dalla procedura degli scaglioni di scelta o decaduti dal posto assegnato per mancato perfezionamento dell'immatricolazione - ed è riassegnato nel rispetto della posizione coperta dai candidati nella graduatoria di merito e delle eventuali specifiche situazioni derivanti dalla copertura di posti mediante contratti aggiuntivi che prevedono il possesso di specifici requisiti.*

I candidati che decidono di volere partecipare alla Sessione straordinaria di recupero hanno facoltà di scegliere da uno a tutti i posti in riassegnazione ponendoli tra loro in ordine di preferenza. Nell'indicare i posti in ordine di preferenza tra loro il candidato accetta anticipatamente di essere assegnato, in ragione della propria posizione nella graduatoria di merito, ad ognuno di essi. L'eventuale conseguente assegnazione su uno degli anzidetti posti in riassegnazione segue, pertanto, l'ordine di preferenze indicato dagli stessi candidati tenendo però conto della loro posizione in graduatoria. L'assegnazione del candidato su un posto in riassegnazione avviene, dunque, sulla sua migliore scelta possibile in ragione della sua posizione in graduatoria, dell'ordine delle scelte che ha effettuato e delle eventuali preferenze espresse dai candidati che lo precedono in graduatoria”.

Persino i soggetti che hanno già scelto o sono decaduti possono, quindi, lasciare la sede attribuita e beneficiare, in ordine di graduatoria, delle sedi sopravvenute vacanti lasciando, eventualmente, le attuali ricoperte.

4. Indicazione dei controinteressati individuati come “tutti i docenti che abbiano ottenuto una cattedra presso l'ambito di Messina anno scolastico 2019/2020”

6. La presente notificazione per pubblici proclami ex art. 150 c.p.c. è stata autorizzata dal Tribunale Messina, in funzione di Giudice del Lavoro, di fissazione udienza di comparizione parti n. cronol. 15761/2019 del 29/08/2019 reso nel giudizio n. R.G. n.4283/2019-1.

7. In allegato si rimette il testo integrale del ricorso.