



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8113 del 2018, proposto dal signor Vincenzo Nucera, rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Tranquilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato F. G. Scoca in Roma, via G. Paisiello, n. 5;

***contro***

il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (ora Ministero dell'istruzione), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***nei confronti***

della signora Daniela Spinella, non costituita in giudizio;

***e con l'intervento di***

ad opponendum:

dei signori Salvatore Vento e Maria Salvatrice Oriti, rappresentati e difesi dall'avvocato Rosario Ventimiglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri

di giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo per il Lazio, sede di Roma, Sez. III-*bis*, 15 ottobre 2018 n. 9980, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e dei signori dei signori Salvatore Vento e Maria Salvatrice Oriti, quali interventori *ad opponendum* e i documenti prodotti;

Visti i decreti cautelari 17 ottobre 2018 n. 5057, 18 ottobre 2018 n. 5073 e 23 novembre 2018 n. 5659;

Viste le ordinanze cautelari 4 dicembre 2018 n. 5850, 25 ottobre 2019 n. 5399 e 4 novembre 2020 n. 6795;

Esaminate le ulteriori memorie, anche di replica e le note d'udienza nonché gli atti depositati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Stefano Toschei e uditi gli avvocati Ignazio Tranquilli e Rosario Ventimiglia. Si registra il deposito di note d'udienza per il passaggio in decisione della controversia senza discussione da parte dell'Avvocatura generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. – Con il presente giudizio di appello il signor Vincenzo Nucera chiede la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo per il Lazio, sede di Roma, Sez. III-*bis*, 15 ottobre 2018 n. 9980, con la quale è stato respinto il ricorso che egli aveva proposto (n. R.g. 10318/2018) al fin di ottenere l'annullamento del provvedimento del(l'allora) Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (M.I.U.R.), Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione, Direzione

generale per il personale scolastico, del 24 luglio 2018 (m\_pi.AOODPIT.REGISTRO DECRETI DIPARTIMENTALI.R.0001134.24-07-2018), che decretava la sua mancata ammissione, per non aver superato la prova preselettiva, alla prova scritta del corso-concorso nazionale finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, approvato con decreto del Direttore generale del personale scolastico del 23 novembre 2017 (pubblicato in G.U.R.I. n. 90 del 24 novembre 2017) nonché avverso il punteggio conseguito per la suddetta prova preselettiva. Alla domanda di annullamento del suddetto provvedimento espulsivo il signor Nucera faceva seguire la richiesta di inserimento del suo nominativo, previa rettifica del punteggio e della graduatoria, tra quelli dei candidati ammessi alla prova scritta (fissata al 18 ottobre 2018).

Il TAR per il Lazio aveva respinto il ricorso proposto dal signor Nucera perché ha ritenuto infondati tutti i motivi di censura dedotti.

2. – In sede di appello il signor Nucera riassume, come segue, i fatti che hanno dato origine alla vicenda contenziosa:

- egli ha presentato la domanda per la partecipazione al corso-concorso, bandito con decreto del Direttore generale del personale scolastico n. 1259 del 23 novembre 2017, per il reclutamento di n. 2416 posti di dirigente scolastico a livello nazionale;
- in data 23 luglio 2018 egli partecipava, presso l'istituto scolastico di Gioia Tauro "F. Severi/Guerrisi", alla relativa prova preselettiva computerizzata, consistente nella somministrazione di 100 quesiti a risposta multipla, in cui una soltanto di esse avrebbe dovuto essere esatta;
- era previsto che ad ogni risposta corretta corrispondeva l'assegnazione di n. 1 punto, per un massimo di 100, mentre, ogni eventuale errore determinava una decurtazione di 0,30 punti e la risposta non fornita non aveva alcuna conseguenza, in positivo o in negativo, sul punteggio complessivo;
- il numero dei candidati ammessi alla prova scritta era fissato a 8.700 dall'art. 6, comma 8, del D.D.G. n. 1259/2017 che, tuttavia, permetteva l'ammissione anche in favore di tutti coloro i quali avessero conseguito nella prova preselettiva un

punteggio pari a quello del candidato collocato nell'ultima posizione utile;

- successivamente rispetto allo svolgimento della prova egli, in data 27 luglio 2018, veniva a sapere, attraverso il provvedimento principalmente impugnato dinanzi al giudice di primo grado, della mancata ammissione alla prova scritta, in quanto assegnatario di un punteggio pari a 71,40 punti, cioè di un punteggio non utile al prosieguo della procedura, posto che gli ultimi idonei, collocati *ex aequo* nella posizione n. 8700 (ultima utile), avevano conseguito un punteggio pari a 71,70 punti (superiore, quindi, di soli punti 0,30 rispetto a quello assegnato al signor Nucera);

- a quel punto egli, verificando in modo approfondito gli esiti della correzione della sua prova preselettiva, si avvedeva del fatto che - del tutto erroneamente - la risposta che aveva fornito alla domanda n. 2, di seguito ritrascritta, era stata considerata sbagliata, con conseguente (e determinante) decurtazione di 0,30 punti dal suo punteggio complessivo. Nello specifico, alla domanda n. 2 in esame, l'appellante aveva fornito la risposta di cui alla lett. d), mentre la risposta ritenuta corretta veniva indicata nella correzione in quella di cui alla lett. b);

- considerata errata tale valutazione del "correttore" egli proponeva ricorso al TAR per il Lazio onde chiedere l'annullamento della sua esclusione dalla prova scritta nonché l'ammissione con riserva alla prosecuzione del concorso, ma il giudice di primo grado respingeva il ricorso con sentenza in forma semplificata.

3. – Con il mezzo di gravame, nel richiedere la riforma della sentenza di primo grado, l'appellante prospetta le seguenti traiettorie contestative:

1) il TAR non ha avvisato il difensore della parte (allora) ricorrente, nel corso della discussione in camera di consiglio sulla domanda cautelare, della possibilità di definire il giudizio nel merito con sentenza redatta in forma semplificata;

2) il giudice di primo grado deve avere confuso il ricorso proposto dal signor Nucera con altri con i quali contemporaneamente è stata contestata la legittimità della stessa selezione concorsuale qui in esame, atteso che l'odierno appellante non

ha mai censurato il contenuto dell'art. 8 del d.m. n. 138 del 2017 né ha sostenuto che ci fosse stata una violazione della *par condicio* tra i concorrenti;

3) nella realtà il signor Nucera, in primo grado, aveva sottoposto all'attenzione del giudicante un unico e complesso motivo di ricorso attinente alla erronea correzione della domanda n. 2 del test. Essa infatti poneva il seguente quesito: *“l dirigente scolastico può individuare, nell'ambito dell'organico dell'autonomia, fino al 10 per cento di docenti che lo coadiuvano in attività di supporto organizzativo e didattico dell'istituzione scolastica secondo la legge n. 107 del 2015, comma 83. Per quali finalità?”*. A tale quesito erano assegnate le seguenti possibili risposte: *“a) Per avere un ruolo funzionale al buon andamento delle attività della scuola; b) Per concorrere alla realizzazione del piano triennale dell'offerta formativa con attività di insegnamento, di potenziamento, di sostegno, di organizzazione, di progettazione e di coordinamento; c) per sostituire i docenti assenti nelle attività programmate; d) per avere sostegno sotto il profilo organizzativo e didattico”*. Mentre il signor Nucera indicava come corretta la risposta contraddistinta dalla lettera “b”, il correttore riteneva, invece, fosse esatta la risposta contraddistinta dalla lettera “d”;

4) l'odierno appellante ricordava al primo giudice che l'art. unico, comma 83 l. 107/2015, il cui contenuto costituisce il nucleo della risposta corretta alla su riproposta domanda n. 2, così testualmente recita: *“83. Il dirigente scolastico può individuare nell'ambito dell'organico dell'autonomia fino al 10 per cento di docenti che lo coadiuvano in attività di supporto organizzativo e didattico dell'istituzione scolastica. Dall'attuazione delle disposizioni del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”*. Il richiamo al contenuto della sopra riprodotta disposizione normativa i presenta dunque, ad avviso del signor Nucera, dimostrativo della correttezza della risposta d) da egli scelta per la domanda n. 2 e l'errore nel quale è incorso il correttore nell'individuare la risposta b);

5) in disparte quanto sopra, seppure si volessero ritenere esatte entrambe le

risposte, tale esito condurrebbe inevitabilmente a determinare “*il riassorbimento della penalità (pari a punti - 0,30) invece comminata all’appellante per lo sbaglio ritenuto (erroneamente) insito nella risposta d), dal medesimo fornita, con l’attribuzione all’appellante di n. 1 punto aggiuntivo in ragione dell’esattezza della risposta data, così pervenendo al punteggio complessivo di (71,40 + 0,30 + 1=) 72,70 punti (...) ovvero un punteggio comunque utile a farlo rientrare tra gli ex aequo e ad ammetterlo alla prova scritta*” (così testualmente alle pagg. 5 e 6 dell’atto di appello)

Da qui la richiesta di riforma della sentenza di primo grado e l’accoglimento del ricorso in quella sede proposto.

4. – Nel corso del presente giudizio di appello, avendo proposto l’appellante istanza cautelare, la Sezione, prima in sede monocratica e quindi collegiale (ord.ze nn. 5399/2019 e 5850/2018), lo ammetteva con riserva alle prove successive della selezione che egli superava (sia scritti che orali), venendo quindi inserito nella graduatoria dei vincitori.

Conseguentemente l’odierno appellante veniva immesso in ruolo, per l’anno scolastico 2020/2021, presso l’istituzione scolastica I.I.S. Francesco La Cava di Bovalino (Reggio Calabria), ove continuava a prestare servizio per il successivo anno scolastico.

A questo punto l’odierno appellante invocava, nel presente giudizio, l’applicazione del principio dell’assorbimento in virtù dell’estensione applicativa della norma contenuta nell’art. 4, comma 2-*bis* d.l. 115/2005, al fine di poter essere mantenuto (definitivamente) in ruolo.

Successivamente, essendo stata introdotta la norma di cui al comma 2-*bis* dell’art. 2 d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, dall’art. 6-*bis* d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 ed essendo stata trasformata la graduatoria del concorso (ad avviso dell’appellante) in una graduatoria “ad esaurimento”, il signor Nucera riteneva che ormai si fosse consolidata la sua posizione di vincitore del concorso e quindi definita la sua

immissione in ruolo, chiedendo che tale conclusione giuridica fosse condivisa dal giudice di appello, tenuto conto della fondatezza del ricorso a suo tempo proposto in primo grado.

5. – Intervenivano in giudizio *ad opponendum* i signori Salvatore Vento e Maria Salvatrice Oriti, vincitori del medesimo concorso al quale aveva partecipato il signor Nucera, dopo il superamento dei test di preselezione, contestando analiticamente la fondatezza del complesso motivo di appello e ritenendo errata la ricostruzione dell'appellante circa la possibilità di applicazione del principio di assorbimento nonché in ordine ai presunti effetti della normativa intervenuta nel 2019.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione appellata chiedendo la reiezione dell'appello e contestando la correttezza delle ricostruzioni normative (sopra richiamate) sostenute dall'appellante.

Le parti presentavano ulteriori memorie e documenti.

In particolare la parte appellante, con nota depositata nel fascicolo digitale del processo in data 14 marzo 2022, contestava la tardività della produzione documentale versata da ultimo in atti dall'amministrazione chiedendo il rinvio del processo, onde consentirne lo scrutinio e l'eventuale contestazione. Nel corso della discussione in udienza la difesa della parte appellante chiedeva che comunque non fosse attribuito rilievo a tale documentazione, ai fini della decisione, in quanto depositata tardivamente.

6. – Il Collegio ritiene che non sia necessario rinviare la decisione nel merito del presente giudizio di appello atteso che, per quanto nel prosieguo si illustrerà, la produzione documentale da ultimo depositata dall'amministrazione non rileva ai fini dell'esito del giudizio.

7. – Riassunto, come sopra e quindi tracciato, il perimetro di scrutinio che deve essere tenuto in considerazione per la definizione del presente contenzioso, il Collegio ritiene che il complesso motivo di appello che sorregge il mezzo di gravame proposto non può trovare accoglimento.

Infatti la questione sottesa alla censura in esame (riferita alla equivocità delle risposte correlate alla domanda n. 2 nel *test* di preselezione, se non addirittura la erroneità delle stesse) impinge nel merito delle determinazioni rimesse alla discrezionalità tecnica della commissione, *in parte qua* non inficiate da macroscopica illogicità o irragionevolezza, di talché non può ritenersi palesemente errata la decisione assunta dall'amministrazione nella valutazione della risposta data dal concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014 n. 4670).

Va richiamato, in proposito, l'orientamento di questo Consiglio (già ricordato dal giudice di primo grado) in ragione del quale *“l'erroneità o la equivocità di alcuni quesiti deve ritenersi inconferente atteso che quand'anche essi fossero incerti o sbagliati nella risposta, i medesimi non inciderebbero sulla par condicio dei concorrenti, tutti chiamati a rispondere sugli stessi quesiti bene o male confezionati”* (Cons. Stato, Sez. II, 5 febbraio 2014 n. 1141/2014).

Ad avviso del Collegio, dunque, i dubbi di legittimità riferiti alla domanda n. 2 non sono idonei né a ritenere illegittimo lo svolgimento della prova (che non pare comunque essere il bersaglio immediato della contestazione proposta dalla odierna parte appellante) né a consentire il recupero del punteggio al signor Nucera, utile a considerare la prova preselettiva da lui svolta come positivamente superata.

8. – Deve ora essere affrontata la duplice questione riferita all'applicabilità o meno, al caso di specie, del principio dell'assorbimento, in prima battuta nonché, in sequenza, della rilevanza sulla posizione dell'appellante (avendo quest'ultimo, grazie all'ammissione con riserva allo svolgimento delle prove concorsuali successive a quella preselettiva per effetto del *decisum* cautelare del giudice amministrativo, superato positivamente tutte le “altre” prove concorsuali, con conseguente immissione nei ruoli e svolgimento effettivo delle funzioni di dirigente scolastico) della trasformazione giuridica delle graduatoria del concorso in questione, da graduatoria “di merito” a graduatoria “ad esaurimento”, per effetto del richiamato intervento normativo del dicembre 2019.



Con riferimento a tale ultimo profilo, come si è già riferito l'appellante invoca, in suo favore, l'applicazione dell'art. 6-bis d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 convertito nella l. 28 febbraio 2020, n. 8 (Modifica all'articolo 2 del decreto-legge 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 2019, n. 159), che statuisce quanto segue: *“1. All'articolo 2 del decreto-legge 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 2019, n. 159, dopo il comma 2 è inserito il seguente: «2-bis. 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 - 4a 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”*.

In argomento il Collegio, tenendo conto anche della necessità di garantire uniformità all'orientamento giurisprudenziale in materia da parte della Sezione (e, in particolare, rispetto al recente precedente di cui alla sentenza, di questa Sezione, 25 febbraio 2022 n. 1350, i cui contenuti sono pienamente condivisi dal Collegio - tanto da riprodurre ampi stralci della motivazione nel prosieguo - e alla quale si intende assicurare continuità interpretativa in particolare nell'ipotesi di contenziosi, tra i quali rientra evidentemente quello qui in esame, sostanzialmente sovrapponibili nei contenuti), osserva quanto qui di seguito viene illustrato.

Ad avviso dell'appellante, prima ancora rispetto all'applicazione della disposizione normativa del 2019, come sopra riprodotta, il giudice d'appello dovrebbe ritenere applicabile al caso di specie il principio del c.d. assorbimento e quindi valutare positivamente (e utile ai fini della definizione del presente contenzioso) la situazione di fatto provocata dagli eventi che si sono determinati successivamente

all'ammissione (giudiziale) dell'appellante alla prosecuzione della procedura concorsuale e al suo inserimento nella graduatoria finale.

In altri termini, l'appellante invoca, in prima battuta, l'applicazione della previsione recata dall'art. 4, comma 2-*bis*, d.l. 30 giugno 2005, n. 115 convertito nella l. 17 agosto 2005, n. 168 nonché dell'ormai diffuso (ad avviso dell'appellante) orientamento giurisprudenziale incline ad affermare che, anche in ogni ipotesi di selezioni pubbliche, nei casi di ammissione con riserva del candidato, si ingenera una situazione di affidamento in capo a quest'ultimo che merita un trattamento non dissimile a quello previsto dalla predetta disposizione. Nel caso di specie peraltro, la duplice circostanza costituita dal completamento del percorso concorsuale e dallo svolgimento concreto e positivo delle funzioni di dirigente scolastico, costituiscono elementi concreti che milita indubbiamente per la richiamata estensione normativa.

A ciò va aggiunto che, nel corso del giudizio è stata introdotta una nuova disposizione, contenuta nell'art. 6-*bis* d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 convertito nella l. 28 febbraio 2020, n. 8, per effetto della quale (sempre ad avviso dell'appellante, per come ribadito nelle memorie conclusive e di replica), si conferma la corretta interpretazione normativa sostenuta e sopra descritta. Infatti, per effetto della su richiamata disposizione, ad avviso dell'appellante:

- la graduatoria di merito del concorso qui in esame è stata trasformata in graduatoria ad esaurimento prevedendo l'assunzione di tutti i candidati inseriti nella stessa;
- la natura giuridica della graduatoria è stata quindi giuridicamente stravolta, con evidente trasformazione dell'intera procedura selettiva, divenendo una procedura idoneativa nella quale la risorsa da "scarsa" è divenuta "disponibile" per tutti quei candidati che avevano dimostrato (posto che le prove erano state già espletate al momento dell'entrata in vigore della norma) di possedere i requisiti scientifico-culturali per assumere il ruolo di dirigenti scolastici, avendo superato, come l'appellante, le prove scritte ed orali.

9. – Ad avviso del Collegio, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, in materia di applicazione del principio dell'assorbimento, deve escludersi la possibilità di applicare "in via generale" tale principio, estendendolo ai casi in cui, come quello qui in esame, la positiva partecipazione ad una selezione pubblica, grazie ad un provvedimento cautelare di ammissione con riserva, con superamento delle prove previste dal bando, abbia consentito l'inserimento del candidato nella graduatoria di merito finale.

Infatti, in coerenza con la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio di Stato detto principio, positivizzato con riguardo ad una classe di ipotesi circoscritte dall'art. 4, comma 2-*bis*, d.l. 115/2005, convertito nella l. 168/2005, 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 (cfr. Cons. Stato, Ad. pl. 28 gennaio 2015 n. 1) e, nel caso di specie, è indubbio che si è al cospetto di un concorso pubblico e non di una procedura abilitativa.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha da sempre affermato (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2012 n. 106 e 21 settembre 2010 n. 7002 nonché Sez. IV, 18 luglio 2006 n. 4582) che la disposizione del comma 2-*bis* dell'art. 4 del più volte citato decreto legge del 2005, costituisce norma di natura eccezionale e, per tale ragione, non suscettibile di applicazione analogica, in particolare non applicabile alle selezioni di stampo concorsuale per il conferimento di posti a numero limitato.

Anche la giurisprudenza successiva a quella appena citata ha confermato la suddetta impostazione (cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2021 n. 7369, nn. 7368 e 7367 nonché Sez. VI, 21 ottobre 2021 n. 7058 e 12 ottobre 2021 n. 6847, oltre alla più recente ancora Cons. Stato, Sez. VII, 4 febbraio 2022 n. 804), osservando che l'applicazione della disposizione in rassegna resta circoscritta all'idoneità degli aspiranti ad una professione priva di "numero chiuso" e non richiedente, quindi, procedure di selezione finalizzate al conferimento di un numero

limitato di posti sicché in caso di procedura non meramente idoneativa, bensì selettiva, non vi è margine per l'applicazione della disposizione citata.

A quanto sopra osservato va aggiunto che il principio dell'assorbimento configura un istituto eccezionale, da interpretare in senso restrittivo e inapplicabile a fattispecie diverse da quelle per cui è espressamente tipizzato: il consolidamento della posizione di vantaggio conseguita in esecuzione di un ordine cautelare costituisce una deroga ai principi di strumentalità ed interinalità della tutela cautelare, avente la tipica funzione di proteggere la sfera giuridica della parte processuale nelle more della definizione del giudizio, senza pregiudicare la soluzione nel merito della controversia.

10. – Quanto poi alla incidenza, nel presente giudizio e nella procedura concorsuale oggetto di scrutinio, della intervenuta modifica della natura giuridica della graduatoria, divenuta ad esaurimento in forza dell'art. 6-bis d.l. 162/2019, convertito nella l. 8/2020, che secondo l'odierna parte appellante sarebbe idonea a trasformare la natura della procedura concorsuale in abilitativa, così da poter dar luogo al c.d. consolidamento della sua posizione, tale ricostruzione degli effetti della norma citata, ad avviso del Collegio, non paiono condivisibili.

L'effetto invocato dall'appellante risulta precluso dal fatto che egli si trova inserito nella graduatoria finale di merito pur non avendo mai superato le prove preselettive.

Va subito chiarito, in proposito, che la fase preliminare della selezione, costituita dalle prove preselettive, si caratterizza, a tutti gli effetti, quale parte integrante della procedura concorsuale e già tale evidenza risulta essere ostativa all'accoglimento della prospettazione sviluppata dalla parte appellante.

Al riguardo, deve ricordarsi che la disciplina della procedura selettiva, così come prevista dal bando di concorso, prevedeva espressamente la necessità di superare la prova preselettiva per poter sostenere le successive prove scritte ed orali.

Sul punto, la giurisprudenza si è espressa nel senso che *‘il superamento della*

*preselezione si configura alla stregua di indefettibile requisito di ammissione alle successive fasi della procedura concorsuale e determina, sul piano giuridico, effetti costitutivi suoi propri, con l'effetto che la sua mancanza non è surrogabile in via ricognitiva in ragione del positivo espletamento delle successive prove scritte ed orali” (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2014 n. 6001 e Sez. IV, 2 ottobre 2006 n. 5743).*

Il candidato, oggi appellante, ha potuto partecipare alle prove scritte orali, pur non avendo superato i *test* preselettivi, solo grazie ad un provvedimento cautelare adottato dal giudice amministrativo e senza che mai tale *deficit* partecipativo rispetto al percorso selettivo (il superamento della prova preliminare) fosse mai stato colmato. In argomento si è detto, in giurisprudenza, che *“l'esito positivo delle prove scritte e orali del concorso al quale il candidato è stato ammesso con riserva non vale ad assorbire l'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione emesso all'esito del mancato superamento della prova preselettiva”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 giugno 2015 n. 3050).

Ne consegue che l'odierno appellante si trova sì inserito nella graduatoria finale di merito, ma senza aver svolto un passaggio fondamentale (al pari del superamento delle prove scritte e orali) della procedura concorsuale, grazie ad un provvedimento cautelare, la cui prognosi circa la fondatezza del ricorso, nel caso in cui essa dovesse essere disattesa nello scrutinio non positivo nel merito dei motivi di appello, sarebbe ribaltata con effetto retroattivo. Infatti *“solo il passaggio in giudicato della pronuncia di merito favorevole è idonea a rimuovere dalla realtà giuridica l'atto d'esclusione e, dunque, a consolidare in capo alla parte vittoriosa tutti i vantaggi che derivano dal superamento della selezione”* (cfr. in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2019 n. 1882).

Da ciò deriva che, essendo stata appurata dal Collegio la infondatezza dell'unico e complesso motivo di appello, per come sopra si è detto, con conseguente conferma della sentenza sfavorevole di primo grado qui oggetto di appello, tale circostanza rende sostanzialmente priva di interesse ai fini del presente giudizio l'indagine circa

gli effetti del d.l. 162/2019, invocato a sostegno della conferma della posizione in graduatoria e del consolidamento della stessa dall'appellante, come pure la riproduzione puntuale in ogni provvedimento e contratto conseguenti al positivo superamento delle prove del condizionante richiamo alla "ammissione con riserva" e alla precarietà di quegli atti e contratti, in quanto condizionati dal positivo esito del (positivo) contenzioso in essere, dal momento che, non avendo superato la prova preselettiva, il signor Nucera non può considerarsi vincitore del concorso, condizione indefettibile per l'inserimento "stabile" nei ruoli.

11. – Nondimeno, il Collegio avverte la necessità di chiarire che, all'intervento normativo appena citato, sebbene non possa tornare utile all'appellante ai fini del raggiungimento dello scopo finale "mediato" dalla positiva conclusione del presente contenzioso, non può non attribuirsi una diversa capacità innovativa, rispetto all'assetto giuridico del concorso nel momento in cui è stata svolta la prova preselettiva.

E' evidente che l'intento voluto dal legislatore con la citata disposizione recata dal (più volte richiamato) decreto legge del 2019 si compendia nell'obiettivo di conservare la possibilità di assumere tutti i soggetti idonei collocati in graduatoria, anche oltre il numero inizialmente previsto dal bando, così da evitare la necessità di una ulteriore procedura concorsuale per i posti che in futuro dovessero risultare scoperti, secondo una logica riconducibile al principio generale di conservazione degli atti.

Tale principio giuridico, che si ritrova in vari settori dell'ordinamento, assume una valenza rafforzata nel settore pubblico, in relazione alle regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento (di recente riproposti in chiave modificativa e migliorativa del testo della l. 7 agosto 1990, n. 241 per effetto dei c.d. dd.ll. di semplificazione, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito nella l. 11 settembre 2020, n. 120 e d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito nella l. 29 luglio 2021, n. 108, si veda in particolare il nuovo art. 1, comma 2-bis, l.

241/1990).

Di conseguenza, ferma la impossibilità di porre nel nulla la rilevante circostanza di fatto (che impinge sotto il profilo giuridico nella decisione del presente contenzioso) del mancato superamento di una delle tre prove del concorso da parte dell'appellante, di per sé impeditiva a poter riconoscere un effetto automatico favorevole allo stesso ai fini dell'applicazione del principio dell'assorbimento, con conseguente consolidamento della posizione assunta in graduatoria ma solo perché ammesso al concorso "con riserva", il Collegio ritiene che il principio, al quale è chiaramente ispirata la norma citata, ben può essere la guida anche della successiva attività amministrativa che l'amministrazione dovesse, se del caso, intraprendere in riferimento alla procedura per cui è causa, specie in relazione a situazioni peculiari, quale è quella nella quale versa l'appellante.

In altri termini, l'unico effetto che il Collegio ritiene possa discendere dalla trasformazione della graduatoria "ad esaurimento" in ragione dell'intervento normativo del 2019 è quello (seppure non utile in questa sede all'appellante al fine di conseguire un effetto favorevole nella decisione del presente contenzioso) di tenere conto della circostanza che, successivamente al provvedimento cautelare favorevole, il signor Nucera ha positivamente superato le ulteriori prove di concorso, ha quindi sottoscritto un regolare contratto con l'amministrazione datoriale e, di fatto, ha svolto l'attività di dirigente scolastico.

La Sezione si è già pronunciata in argomento (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 804/2022, cit.), con indicazioni qui pienamente condivise dal Collegio, richiamando espressamente l'orientamento interpretativo manifestato dalla Corte Costituzionale sul citato art. 4, comma 2-bis, d.l. 115/2005 (pur se esso, per come si è sopra chiarito, non risulta direttamente applicabile nel caso in esame) nel quale è stato osservato che, in situazioni del genere, debbono essere opportunamente garantiti *“l'interesse a evitare che gli esami si svolgano inutilmente, quello a evitare che la lentezza dei processi ne renda incerto l'esito e, soprattutto, l'affidamento del privato, il quale abbia superato le prove di esame e - in ipotesi - avviato in buona*

*fede la relativa attività professionale”* (cfr., in termini, Corte cost. 9 aprile 2009 n. 108).

Può dunque concludersi sul punto nel senso che, alla luce della peculiare situazione in cui versano l'odierno appellante e tenuto conto dell'avvenuta trasformazione della graduatoria di concorso - che essendo divenuta ad esaurimento attutisce gli effetti di un eventuale inserimento in graduatoria di un soggetto rispetto alla posizione degli altri candidati idonei - in applicazione dei menzionati principi di conservazione degli atti, in funzione dell'interesse pubblico ad avvalersi di soggetti che comunque si sono dimostrati idonei a svolgere la funzione di dirigente scolastico e nel rispetto del non contrastante, ma anzi convergente, interesse dell'appellante alla permanenza in graduatoria, appare doveroso che l'amministrazione, a fronte di una specifica istanza da parte dell'interessato in tal senso, valuti la posizione dello stesso, al fine di poterne confermare l'inserimento in graduatoria, sempre nel rispetto della posizione degli idonei che hanno regolarmente superato il concorso.

Tale valutazione presuppone comunque che l'interessato (odierno appellante) ripeta la prova preselettiva, al cui positivo superamento deve ritenersi subordinata la possibilità di conferma in graduatoria, in una posizione che, giova ribadirlo, non deve pregiudicare la situazione giuridica di altri candidati utilmente collocati in graduatoria, ai quali l'appellante dovrà essere postergato.

12. – Per le ragioni esposte, l'appello qui in esame (n. R.g. 8113/2018) deve essere respinto, potendosi quindi confermare la sentenza del Tribunale amministrativo per il Lazio, sede di Roma, Sez. III-*bis*, 15 ottobre 2018 n. 9980.

In virtù della peculiarità della vicenda contenziosa e delle questioni di diritto emerse, sussistono i presupposti di cui all'art. 92 c.p.c., per come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a., per compensare integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.



Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), pronunciando in via definitiva sull'appello, per come indicato in epigrafe (n. R.g. 8113/2018), lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo per il Lazio, sede di Roma, Sez. III-*bis*, 15 ottobre 2018 n. 9980.

Spese del grado di appello compensate.

Ordina che la sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Silvestro Maria Russo, Presidente FF

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Toschei**

**IL PRESIDENTE**

**Silvestro Maria Russo**

**IL SEGRETARIO**