

Publicato il 06/07/2020

**N. 04323/2020REG.PROV.COLL.
N. 01765/2020 REG.RIC.**

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 1765 del 2020, proposto da Maria Francesca Amato e Anna Giacconelli, rappresentate e difese dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna 39;

contro

Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e Presidenza del Consiglio dei ministri, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministro per la pubblica amministrazione e Ministero dell'economia e delle finanze, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Anna Troiano, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, 18 febbraio 2020 n. 2111, redatta in forma semplificata;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Diego Sabatino e rilevato che l'udienza si svolge ai sensi dell'art.84 comma 5, del D.L.n.18 del 17 marzo 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 1765 del 2020, Maria Francesca Amato e Anna Giaconelli propongono appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, 18 febbraio 2020 n. 2111, redatta in forma semplificata, con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca nonché Anna Troiano per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia (i) del Decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Ministro per la Pubblica Amministrazione e il Ministro dell'Economia e delle Finanze, n. 1074 del 20 novembre 2019, registrato alla Corte dei conti con n. 1-3300 del 4 dicembre 2019, con il quale si determinano i

requisiti per la partecipazione alla procedura selettiva, nonché le relative modalità di svolgimento e i termini per la presentazione delle domande per l'assunzione di personale che ha svolto servizi di pulizia e ausiliari presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, in qualità di dipendente a tempo indeterminato di imprese titolari di contratti per lo svolgimento di tali servizi;

(ii) del Decreto n. 2200 del 6 dicembre 2019, pubblicato il 9 dicembre 2019, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione, Direzione generale per il personale scolastico con il quale si indice la «Procedura di selezione per l'internalizzazione dei servizi riservata al personale impegnato per almeno dieci anni, anche non continuativi, purché' includano il 2018 e il 2019, presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per lo svolgimento di servizi di pulizia e ausiliari, in qualità di dipendente a tempo indeterminato di imprese titolari di contratti per lo svolgimento dei predetti servizi»;

(iii) del Decreto del Miur n. 2318 del 20 dicembre 2012 con cui è stata disposta la proroga del termine di presentazione della domanda per la partecipazione alla procedura selettiva.

I fatti di causa possono essere così riassunti.

L'art. 58, comma 5, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 98, disponeva che a decorrere dall'anno scolastico 2013/2014 le istituzioni scolastiche ed educative statali avrebbero acquistato, ai sensi dell'art. 1, comma 449, della legge n. 296/2006, i servizi esternalizzati per le funzioni corrispondenti a quelle assicurate dai collaboratori scolastici loro occorrenti nel limite

della spesa che si sarebbe sostenuta per coprire i posti di collaboratore scolastico accantonati ai sensi dell'articolo 4 del d.P.R. 22 giugno 2009, n. 119, ridotto di euro 25 milioni per l'anno 2014 e di euro 49,8 milioni a decorrere dall'anno 2015.

La scelta del del legislatore andava verso l'affidamento ad imprese specializzate dei servizi di pulizia ed ausiliari nelle scuole sia per razionalizzare i costi, sia per stabilizzare, attraverso l'assunzione a tempo indeterminato da parte delle imprese appaltatrici, migliaia di ex lavoratori socialmente utili (LSU) impiegati in servizi nelle scuole.

I rapporti contrattuali derivanti dalla citata disposizione sono stati connotati da vicende complesse: dopo l'affidamento, tramite appalto CONSIP, di tredici lotti alle principali imprese del settore, con il coinvolgimento di 19.843 lavoratori, si è assistito nel 2014 ad una riduzione del canone della convenzione CONSIP ed alla successiva attivazione di un tavolo di concertazione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali tra lo stesso Ministero, il MIUR, le OO.SS. e le imprese assegnatarie dei servizi, onde evitare ripercussioni sull'orario di lavoro, garantendo poi la piena occupazione dei lavoratori attraverso alcuni interventi ad hoc, quali: l'attivazione e finanziamento di un programma di ripristino del decoro e della funzionalità degli immobili adibiti ad edifici scolastici e di percorsi di formazione e riqualificazione professionale; la garanzia da parte delle OO.SS. e delle imprese appaltatrici della flessibilità nell'orario di lavoro e nel luogo di lavoro, oltre all'istituzione della banca ore individuale.

Per altro verso, anche in fase di affidamento sono state riscontrate criticità, tanto da indurre AGCM Autorità garante della concorrenza del

Mercato, con determinazione n. 25802 del 22 dicembre 2015, ad applicare, nei confronti di alcune delle imprese aggiudicatarie dei lotti messi a concorso, una sanzione per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara Consip. Alla detta sanzione è conseguita la risoluzione di diritto delle convenzioni stipulate con la Consip s.p.a., con conseguenziale contenzioso.

Con l'art. 1, comma 760, lettera b) della legge 30 dicembre 2018, n. 145 e l'art. 2, comma 5, d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito con modificazioni dalla legge 20 dicembre 2019, n. 159, sono stati inseriti nell'art. 59 citato i commi da 5-bis a 5-sexies, i quali modificano totalmente l'assetto delineato dal legislatore nel 2013. Si stabilisce, in particolare, che a decorrere dal 1 marzo 2020, le istituzioni scolastiche ed educative statali svolgono i servizi di pulizia e ausiliari unicamente mediante ricorso a personale dipendente appartenente al profilo del collaboratori scolastici, autorizzando il MIUR ad avviare un'apposita procedura selettiva per 11.263 posti di collaboratore scolastico, graduando i candidati secondo le modalità previste per i concorsi provinciali per collaboratore scolastico di cui all'art. 554 del d.lgs. n. 297/1994, finalizzata ad assumere alle dipendenze dello Stato, a decorrere dal 1 marzo 2020, il personale impegnato per almeno 10 anni, anche non continuativi, purché includano il 2018 e il 2019, presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per lo svolgimento di servizi di pulizia e ausiliari, in qualità di dipendente a tempo indeterminato di

imprese titolari di contratti per lo svolgimento dei predetti servizi. Inoltre, si demanda ad un decreto del MIUR, di concerto con i Ministri del lavoro, della P.A. e dell'economia la determinazione dei requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, nonché le relative modalità di svolgimento e i termini per la presentazione delle domande. Il comma 5-quater prevede che le assunzioni sono autorizzate anche a tempo parziale e che il personale immesso in ruolo non ha diritto, né ai fini giuridici né a quelli economici, al riconoscimento del servizio prestato quale dipendente delle imprese di cui al comma 5-ter.

Il limite di spesa fissato dal comma 5-bis dell'articolo citato è pari al costo da sostenere per l'assunzione del personale dipendente appartenente al profilo dei collaboratori scolastici, in ragione dei posti accantonati ai sensi dell'art. 4 del regolamento di cui al d.P.R. 22 giugno 2009, n. 119, aumentato di 10 milioni di euro annui dall'anno 2020 per l'acquisto dei materiali di pulizia.

Sempre nei limiti del detto limite di spesa, il comma 5-sexies autorizza il MIUR – dopo le operazioni di mobilità straordinaria di cui al comma 5-quinquies – ad avviare una nuova procedura selettiva per l'assunzione alle dipendenze dello Stato di collaboratori scolastici a decorrere dal 1 gennaio 2021, con le stesse modalità e criteri della selezione di cui al bando impugnato, riducendo però il requisito dell'anzianità di servizio ad almeno cinque anni.

Quindi, con Decreto del MIUR, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, il Ministro per la pubblica amministrazione e il Ministro dell'economia e delle finanze n. 1074 del 20 novembre 2019, sono stati determinati i requisiti per la partecipazione alla procedura

selettiva, nonché le relative modalità di svolgimento e i termini per la presentazione delle domande per l'assunzione di detto personale, e con Decreto del Capo Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione – Direzione generale per il personale scolastico – registrato con il n. 2200 del 6 dicembre 2019 è stata indetta la procedura selettiva, per titoli, finalizzata all'assunzione a tempo indeterminato di personale che ha svolto, per almeno 10 anni, anche non continuativi, nei quali devono essere inclusi gli anni 2018 e 2019, servizi di pulizia e ausiliari presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, in qualità di dipendente a tempo indeterminato di imprese titolari di contratti per lo svolgimento di tali servizi.

La procedura selettiva è finalizzata alla copertura di 11.263 posti di collaboratore scolastico con possibilità di un numero massimo di contratti a tempo parziale al 50% per 9.100 addetti. Il bando prevede all'art. 3 che la procedura selettiva si svolga su base provinciale, espletata da ciascun Ufficio scolastico regionale a livello provinciale, e che il candidato possa presentare domanda solo per la provincia in cui ha sede l'istituzione scolastica nella quale presta la propria attività lavorativa. L'art. 4 del bando indica inoltre i requisiti di ammissione disponendo in particolare che “sono ammessi a partecipare alle procedure selettive coloro che sono in possesso del diploma di scuola secondaria di primo grado, conseguito entro la data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e hanno svolto, per almeno 10 anni, anche non continuativi, nei quali devono essere inclusi gli anni 2018 e il 2019, servizi di pulizia e ausiliari presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, in qualità di dipendente a

tempo indeterminato di imprese titolari di contratti per lo svolgimento di tali servizi”.

La situazione delineatasi in attuazione dei provvedimenti impugnati ha dato vita ad un contenzioso diffuso in sede amministrativa, azionato da un lato, dai candidati estromessi dalla procedura di assunzione (stante un esubero di oltre 6.500 addetti, visto che i dipendenti attualmente in servizio nei plessi scolastici interessati sono 17.818 e che tale esubero appare solo in parte riducibile applicando al massimo consentito i contratti a tempo parziale) e, dall'altro, dalle imprese che hanno sinora assicurato i servizi ora assorbiti all'interno dell'organizzazione scolastica, che lamentano la sottrazione di un'importante fetta del mercato.

Nel caso in esame, il contenzioso attiene alla prima della due tipologie, incidendo sulla situazione lavorativa delle parti originariamente ricorrenti che hanno quindi gravato gli atti sopra indicati in quanto direttamente lesivi, non consentendo loro la partecipazione alla procedura per l'assunzione a tempo indeterminato.

Costituitosi il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e la Presidenza del Consiglio dei ministri, il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata, redatta in forma semplificata. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, anche in relazione alle censure di carattere costituzionale sollevate.

Contestando le statuizioni del primo giudice, le parti appellanti evidenziano l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo come motivi di appello le proprie originarie

censure, come meglio descritte in parte motiva.

Nel giudizio di appello, si sono costituiti il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e la Presidenza del Consiglio dei ministri chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Alla pubblica udienza del 4 giugno 2020, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati, dove le molteplici censure proposte verranno raggruppate, per ragioni di comodità espositiva e disamina, secondo quanto di seguito meglio precisato.

2. - Con un primo gruppo di doglianze, viene lamentata l'illegittimità dei provvedimenti per la violazione di norme costituzionali ed europee direttamente applicabili alla fattispecie. Viene evidenziato come gli atti gravati si pongano in contrasto con i più importanti principi costituzionali a base dell'azione amministrativa e dell'organizzazione degli uffici pubblici, atteso che anche la scelta del legislatore non si sottrae al sindacato sotto i profili del buon andamento e dell'imparzialità proclamati dall'art. 97, primo comma, della Costituzione, secondo i canoni della non arbitrarietà e della ragionevolezza.

La censura, rubricata "violazione di legge per contrasto dei provvedimenti impugnati con le norme costituzionali ed europee di seguito indicate e questioni di costituzionalità e compatibilità con il diritto europeo", è articolata in più profili che, stante la loro infondatezza, possono essere esaminati sinteticamente di seguito.

2.1. - Sotto in primo profilo, rubricato “eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e violazione degli artt. 1, 3, 36 e 97 Cost.; illegittimità costituzionale della disposizione di cui all’articolo 58 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, per come modificato dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, e poi dall’art. 1, co. 760, l. 30 dicembre 2018 n. 145, e poi dall’art. 2, co. v, d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 dicembre 2019, n. 159, per contrasto con gli artt. 1, 3, 36 e 97 Cost.”, si lamenta come emerga, sulla base di atti propedeutici all’adozione della legge (nella specie, alcuni dossier elaborati dai servizi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati durante la fase legiferante), che il fine della legge sia quello di assumere direttamente i collaboratori scolastici precari in quanto sfruttati. La legge tuttavia si porrebbe in contrasto con tale obiettivo di tutela sia in termini di irragionevolezza, che di discriminazione ingiustificata. Vi sarebbe inoltre una incongruenza tra finalità perseguite e mezzi preposti per il loro conseguimento. Mancherebbe inoltre la necessità di una tale iniziativa, come pure la c.d. proporzionalità in senso stretto.

La doglianza va respinta perché si fonda su un errore concettuale evidente, ossia che la ratio di una legge possa essere desunta da un documento di carattere amministrativo, ad uso interno del Parlamento, e che addirittura sia possibile censurare una legge sulla scorta del mancato rispetto di un atto preparatorio non legislativo. Il che implicherebbe, fondamentalmente, che il potere sovrano del legislatore debba rendere conto ed essere condizionato dall’elaborazione svolta dagli uffici serventi.

Ma anche astraendosi da questa ricostruzione ed affrontando in concreto le censure facendo unicamente riferimento al parametro costituzionale di riferimento evocato, e non ai dossier redatti, la censura non ha miglior fortuna.

Al contrario di quanto sostenuto dalla parte appellante, la ratio della disposizione non è quella di stabilizzare il personale precario, bensì quella di razionalizzare il servizio di pulizie in conformità ai principi di efficienza ed economicità. Si tratta cioè di dare conto dell'esigenza di porre fine ad una serie di gravi criticità emerse in regime di esternalizzazione (e di cui questa Sezione si è dovuta occupare in dettaglio, si veda ad ultimo, Cons. Stato, VI, 7 ottobre 2019 n. 6763), in ossequio a criteri di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, pur tenendo conto, entro i vincoli di bilancio e dell'effettivo fabbisogno di personale, dei diversi interessi contrapposti. Tale impostazione è evincibile dallo stesso art. 58 del d.l. n. 69 del 2013 e ss. mm, dove si procede non ad una stabilizzazione (che avrebbe senso se il datore di lavoro fosse lo stesso e mutasse il titolo del rapporto di lavoro), ma una internalizzazione e cioè una procedura finalizzata ad assumere alle dipendenze dello Stato, a decorrere dal 1 marzo 2020, il personale già alle dipendenze delle imprese appaltatrici dei servizi di pulizia presso le istituzioni scolastiche, in possesso di determinati requisiti.

Le censure proposte appaiono quindi del tutto infondate, sia dal punto di vista della coerenza, visto che non si verte intorno ad una procedura di internalizzazione e non di stabilizzazione di personale precario; sia dal punto di vista dell'incongruenza tra finalità perseguite e mezzi preposti

per il loro conseguimento, che è conseguenza della prospettazione proposta, che si è detto errata; sia in relazione alla violazione del principio di ragionevolezza sotto il profilo della necessità, atteso che le scelte sulle modalità di risoluzione delle questioni rilevate, una volta dimostrata la carenza di quelle previamente adottate, ricade sicuramente nell'area della discrezionalità legislativa in un settore costituzionalmente non vincolato, come si vedrà in seguito.

2.2. - Sotto un secondo profilo, rubricato “Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e violazione degli artt. 1, 3, 36 Cost. sotto altro profilo; illegittimità costituzionale della disposizione di cui all'articolo 58 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, per come modificato dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, e poi dall'art. 1, co. 760, l. 30 dicembre 2018 n. 145, e poi dall'art. 2, co. v, d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 dicembre 2019, n. 159 per contrasto con gli artt. 1, 3, 36 sotto altro profilo”, si lamenta la violazione del principio di proporzionalità e del diritto al lavoro, argomentando una erroneità della sentenza nel momento in cui ha riconosciuto uno status diverso tra il lavoratore pubblico e quello privato.

La censura è poi esposta, sotto un differente angolo visuale, anche nel terzo profilo, rubricato “eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e violazione dell'art. 97 Cost. sotto altro profilo. illegittimità costituzionale della disposizione di cui all'articolo 58 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, per come modificato dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, e poi dall'art. 1, co. 760, l. 30 dicembre 2018 n. 145, e poi dall'art. 2, co. v, d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con

modificazioni, dalla l. 20 dicembre 2019, n. 159, per contrasto con l'art. 97 sotto altro profilo", in relazione all'espansione dell'impiego presso le amministrazioni pubbliche, che deve dipendere dalla preventiva e condizionante valutazione delle oggettive esigenze di personale per l'esercizio di pubbliche funzioni.

Le doglianze sono infondate oltre che inconferenti.

Come già detto, la riforma mira alla internalizzazione dei lavoratori al fine di conseguire una più efficiente organizzazione dei servizi di pulizia nelle scuole e una riduzione della relativa spesa. Lo scopo non è quindi la stabilizzazione del personale precario ma un miglioramento dei servizi di pulizia nelle scuole, nell'ottica del buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost., adeguatamente bilanciato con l'esigenza di tutela del lavoro ex art. 36 Cost.. Il che consente di escludere subito la rilevanza del tema del contrasto con l'art. 97 Cost. in relazione alla mancata giustificazione delle assunzioni.

Per altro verso, non è configurabile una lesione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., atteso che non sussistono immotivate discriminazioni fra il personale, lamentate in relazione al fatto che solo una determinata categoria di soggetti è stata considerata ab origine destinataria della procedura di internalizzazione, visto che soltanto chi era in possesso dei requisiti prescritti avrebbe potuto essere assunto, secondo la logica tipica della procedura concorsuale che, sebbene azionata in deroga in questa situazione, connota comunque l'assunzione nel pubblico impiego.

2.3. - Nemmeno è condivisibile il quarto profilo, rubricato "eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e violazione degli artt. 41 e 118

Cost.; illegittimità costituzionale della disposizione di cui all'articolo 58 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, per come modificato dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, e poi dall'art. 1, co. 760, l. 30 dicembre 2018 n. 145, e poi dall'art. 2, co. v, d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 dicembre 2019, n. 159, per contrasto con gli artt. 41 e 118 Cost.”, dove si ritiene che il citato art. 58 del d.l. n. 69 del 2013, come modificato dall'art. 1, comma 760, della legge n. 145 del 2018 e dal successivo art. 2, co. 5, del d.l. n. 126 del 2019, si ponga in contrasto con gli artt. 41 e 118 Cost. in quanto internalizzando l'intero settore della pulizia e sanificazione nelle istituzioni scolastiche, determina una sottrazione di un'intera porzione di mercato all'iniziativa economica privata e al gioco della libera concorrenza che la orienta, eludendo il contenuto del principio di sussidiarietà orizzontale, foriero di numerose applicazioni pratiche.

Occorre in primo luogo ricordare come la disciplina introdotta incide prioritariamente su modi organizzativi della pubblica amministrazione nell'erogazione di un servizio alla stessa spettante. Quindi il focus riguarda la funzione pubblica per come concretamente viene erogata. L'eventuale incisione sui rapporti privati e sul mercato è quindi vicenda ulteriore e successiva.

Ciò premesso, va ricordato che la tutela fornita dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica privata è espressamente condizionata dal limite che la stessa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, dove quindi diviene compito del legislatore definire i programmi e i controlli atti a garantire che la stessa sia indirizzata e coordinata al perseguimento di fini sociali. Per altro verso, l'evocato art. 118 Cost. recepisce il

principio di sussidiarietà orizzontale, che impone ai soggetti pubblici l'obbligo di favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini, sia singoli che associati, evidenziando come l'intervento pubblico diventi necessario tutte le volte in cui l'attività del privato cittadino non sia altrimenti auspicabile.

Deve quindi evidenziarsi come l'intervento legislativo che, si ripete, si inquadra in una ottica di organizzazione dell'amministrazione e solo incidentalmente tocca le dinamiche di mercato, appare compatibile costituzionalmente anche sotto questo secondo profilo.

In un primo senso, va rammentato che l'attività oggetto del contendere consiste nella erogazione di un servizio che, prima del 2013, era già svolto da organi delle istituzioni scolastiche. Il mercato di cui viene lamentata l'incisione è sorto quindi solo a seguito di una riorganizzazione dell'amministrazione che, viste le difficoltà determinate dal ricorso al mercato esterno, se ne è riappropriata.

Infatti, stante la natura di attività strumentale all'erogazione di un servizio pubblico, la concorrenzialità del settore si è dimostrata limitata e non ha inciso sul prezzo offerto che, in quanto conseguente ad una procedura di appalto, viene quantificato sulla base non del meccanismo della concorrenza, ma in base ai disciplinari di gara. Per altro verso, va poi ricordata la vicenda, narrata nelle premesse di fatto, dove si sono riscontrate plurime criticità nella gestione del servizio tramite gare di appalto (stigmatizzate nella sanzione AGCM irrogata con determinazione n. 25802/2015 per la condotta anticoncorrenziale delle imprese appaltatrici dei lotti nn. 2, 8, 9, 1, 10 e 4).

L'idealizzazione della libertà di mercato e della sua ottimalità, nel

settore in esame e in relazione alla fattispecie concreta, appare quindi contraddetta dalle situazioni in fatto verificatesi e puntualmente e dettagliatamente esposte nelle difese dell'Amministrazione.

Per quanto poi riguarda i temi dello svolgimento dell'attività imprenditoriale in modo da non recare danno alla sicurezza e alla dignità umana, va rilevato come la riforma importi implicitamente una maggior tutela dei fruitori del servizio scolastico, ossia gli alunni e le rispettive famiglie, atteso che l'inserimento del personale nell'organizzazione scolastica consente il pieno esplicarsi dei poteri del dirigente scolastico, anche nella sua veste datoriale (esclusi invece, se non tramite il medium dell'impresa aggiudicataria, in relazione a personale esterno anche se addetto al servizio di pulizia nelle scuole).

2.4. - Le questioni appena esaminate consentono anche di escludere la necessità di un rinvio della questioni sia alla Corte costituzionale come pure alla Corte di giustizia dell'Unione europea, richiesta esplicitamente dalle parti.

In relazione alla questione di legittimità costituzionale, questa, seppur rilevante come già notato dal primo giudice, appare però manifestamente infondata per le ragioni appena esaminate, non sussistendo l'asserita violazione del principio di ragionevolezza, proporzionalità, uguaglianza e di tutela del lavoro e alle questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine al citato art. 58.

In merito al richiesto rinvio pregiudiziale alla CGUE, per presunta violazione degli artt. 106 e 21 TFUE e 41 CDFUE, nonché dei principi di proporzionalità, buona amministrazione e concorrenzialità, valgono fondamentalmente le stesse ragioni appena esposte, dovendosi ritenere

doverosa la rimessione solo in presenza di un effettivo dubbio interpretativo e non in presenza di invocazione di principi comunitari, peraltro esistenti anche nel patrimonio costituzionale nazionale, che appaiono non violati ma pienamente rispettati dalle scelte del legislatore interno.

In particolare esistono già precedenti della Corte UE capaci di orientare convenientemente la decisione del giudice nazionale che deve solo farne applicazione.

Val la pena in primo luogo di rilevare che l'art. 106 TFUE riguarda la diversa materia delle imprese pubbliche e delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi e delle imprese che sono incaricate di servizi di interesse economico generale (c.d. servizi pubblici) un campo disciplinare estraneo al mercato in questione che è un semplice segmento del mercato degli appalti rispetto al quale sussiste sempre la libertà di scegliere l'autoproduzione.

Le questioni sollevate poi non attengono al diritto degli appalti, nemmeno invocato, ma anche a tale riguardo, di recente la Corte ha specificato che la sua applicabilità non tocca le scelte organizzative di ricorso al mercato che sono a monte delle procedure di appalto.

Con riguardo al contratto c.d. in house che è solo una delle forme di autoproduzione un'altra essendo ad es. il ricorso al pubblico impiego rilevante in questo caso (l'in house è stato assoggettato dal legislatore nazionale a disciplina interna limitativa per ragioni relative al contenimento dei costi della struttura societaria) la Corte ha reso un'interessante pronuncia di cui si deve dare conto perché afferma principi rilevanti anche in questo caso .

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con ordinanza 06-02-2020, n. 89/19-91/19 ha rilevato, salvando i limiti posti dalla normativa nazionale all'in house, al punto 34, che sussiste, in via generale, detta libertà di autoproduzione.

La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le

amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva anche dal considerando 5

della direttiva 2014/24, che stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli

Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva», consacrando così la giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore a tale direttiva (sentenza del 3 ottobre 2019, Irgita (C-285/18, punto 45).

Peraltro, come ha rilevato la Corte al punto 47 della sentenza Irgita, la libertà in tal modo lasciata agli Stati membri è messa in luce più nettamente dall'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, ai sensi del quale:

«La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono

liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di

trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

La scelta nazionale non è sindacabile in quanto rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza che non vengono in giuoco per quanto già ricordato.

Va conclusivamente ritenuto , sulle censure che incidono sulla possibilità stessa che il servizio possa essere svolto dalla stessa amministrazione, con conseguenti violazioni ricadenti sulla disciplina del mercato o, in senso più ampio, sui soggetti interessati, che il diritto europeo non tocca le possibilità organizzative dell'amministrazione e che , nella specie, esse siano state esercitate in modo non discriminatorio e senza lesione alcuna del diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta di Nizza, ivi compreso il diritto al ricorso (in alcun modo compreso dalla scelta nazionale che non poteva che spettare al legislatore stante la necessità di reperire risorse finanziarie per l'internalizzazione).

Come recita il già ricordato considerando 5 della direttiva 2014/24 “nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli

appalti pubblici ai sensi della presente direttiva” (sugli ambiti di applicazione del principio in tema di affidamenti secondo il diritto italiano, la citata CGUE, IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19, su questione rimessa da Cons. Stato, V, 4 gennaio 2019 n. 293 ha, in definitiva rilevato che non sussiste un obbligo di esternalizzazione e non sussiste nemmeno l’obbligo opposto di internalizzazione ma che si tratta di una scelta discrezionale dello Stato membro da farsi nel rispetto dei principi generali del diritto europeo).

Pertanto, non vi sono elementi a giustificazione dei richiesti incidenti processuali.

3. - Con un secondo gruppo di doglianze, viene lamentato error in iudicando e difetto di motivazione della sentenza per non avere rilevato il presunto contrasto fra gli atti impugnati e l’art. 3 e l’intero capo III della L. n. 241/1990 e la violazione del principio costituzionale del giusto procedimento e dell’art. 41 CDFUE, nonché la violazione degli artt. 24 e 113 Cost. Viene altresì richiesta la disapplicazione dell’art. 58 del D.L. n. 69/2013 per contrasto con l’art. 6 e l’art. 13 della CEDU e sollevano la questione di legittimità costituzionale dell’art. 58 del D.L. n. 69/2013 per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.

La censura, rubricata “violazione di legge per contrasto con l’art. 3 e l’intero capo III della l. 7 agosto 1990, n. 241; violazione del principio costituzionale del giusto procedimento e dell’art. 41 CDFUE (principio comunitario di buona amministrazione); violazione degli artt. 24 e 113 Cost.; illegittimità costituzionale dell’art. 58 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, come modificato dall’art. 1, comma 760, legge n. 145 del 30

dicembre 2018 e infine dall'art. 2, co. v, decreto-legge 29 ottobre 2019, n. 126 in relazione agli artt. 24 e 113 Cost." si articola su più profili che possono essere di seguito partitamente esaminati.

3.1. - In relazione ad un primo profilo, dove si lamenta che i provvedimenti impugnati non costituirebbero atti a contenuto generale in quanto alla selezione avrebbero potuto partecipare soltanto i dipendenti assunti con contratto a tempo indeterminato impiegati dalle imprese appaltatrici, va evidenziato che i bandi di gara e di concorso sono pacificamente atti amministrativi generali, rivolti a soggetti che pur non essendo determinabili ex ante, lo sono ex post (da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2003 n. 1). Pertanto è corretta l'esclusione partecipativa, mentre diverso è il tema dell'estensione della platea dei partecipanti, che peraltro viene gravato in altro punto.

Per altro verso, un'estensione non si può ricavare nemmeno dalla disciplina unionale, atteso che l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea si riferisce ai diritti di partecipazione procedimentale funzionalizzati ai provvedimenti di natura individuale, fra l'altro adottati da istituzioni dell'Unione, che incidono pregiudizievolemente sulla sfera giuridica del singolo. Quindi, anche in relazione al diritto europeo, la censura non ha pregio.

3.2. - Con un secondo profilo, si lamenta che il citato d.l. n. 69 del 2013, sia sostanzialmente un legge provvedimento, dato il suo contenuto e la circoscritta platea di destinatari e che come tale meriti uno scrutinio di costituzionalità, venendo a mancare la motivazione tipica dell'atto amministrativo.

In questo caso, occorre rilevare come il primo giudice abbia

espressamente fatto riferimento ai temi afferenti alla valutazione costituzionale delle leggi provvedimento, ricordandone gli elementi essenziali (in tema di contenuto diretto a destinatari determinati, di destinatari limitati e determinati; e determinanti l'attrazione alla sfera legislativa della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa). Il che, sebbene sul punto il T.A.R. non si pronunci, porta a ritenere fondata la qualificazione operata dalla parte appellante.

Tuttavia, la legge provvedimento non è di per sé in contrasto con l'assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione, poiché nessuna disposizione costituzionale comporta una riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto (Corte cost., sent. n. 85 del 2013 e n. 143 del 1989). Ne deriva invece il mutamento delle modalità di difesa che si trasferiscono dalla giurisdizione amministrativa alla giustizia costituzionale, trovando la protezione del privato, dunque, riconoscimento attraverso il sindacato costituzionale di ragionevolezza della legge.

Pertanto, nel caso in esame, va semplicemente valutata l'esistenza di ragioni idonee per sollevare la questione costituzionale, ragioni che, come si è visto nel punto precedente, non sussistono in rapporto alla situazione sostanziale e che, quindi, non possono evidenziarsi in ragione dell'inesistenza di una forma di tutela, atteso che la stessa è approntata dal giudice amministrativo, anche tramite l'eventuale rinvio alla Corte costituzionale stessa.

Va inoltre aggiunto che, proprio riguardo a fattispecie di concorso, sempre relative a personale scolastico e per alcuni versi ancora più

limitative di quelle in scrutinio, la Corte (sentenza 2 maggio 2019, n. 106) ha ritenuto legittima la previsione di canali di accesso riservato per alcune categorie quando il legislatore ha voluto rispondere, allo stesso tempo, ad esigenze di certezza dei rapporti giuridici e di tempestività nel reclutamento.

Ne discende che anche la richiesta disapplicazione della norma, se e in quanto possibile dinanzi al giudice amministrativo, non può essere accolta.

4. - Con un terzo gruppo di doglianze, viene lamentato error in iudicando e difetto di motivazione della sentenza per non avere rilevato il vizio dei provvedimenti impugnati per diretta violazione dell'art. 2112 c.c. e dell'art. 81 Cost., in riferimento alla questione di illegittimità costituzionale dell'art. 58 del d.l. n. 62/2013 in raffronto con l'art. 36 Cost.. Viene in concreto notato come il risultato concreto dei provvedimenti impugnati sia quello del trasferimento di un'attività economica dalle imprese private in regime di appalto allo Stato direttamente, senza che vi sia la garanzia di cui all'art. 2112 c.c. secondo cui, in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

Il motivo, rubricato "III. violazione di legge per contrasto con l'art. 2112 codice civile; violazione dell'art. 81 Cost. e della regola della necessaria copertura finanziaria dei provvedimenti governativi; illegittimità costituzionale dell'art. 58 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, come 3 modificato dall'art. 1, comma 760, legge n. 145 del 30 dicembre 2018 e infine dall'art. 2, co. v, decreto-legge 29 ottobre 2019, n. 126 in

relazione all'art. 36 Cost." non può essere condiviso.

4.1. - In merito al detto profilo, va recisamente negato che nel caso in esame ci si trovi dinanzi ad trasferimento di azienda, visto che non vi è il conferimento di beni ma unicamente l'assunzione di personale.

Il presupposto da cui muove la doglianza è quindi intrinsecamente infondato e non va neppure affrontato sotto il profilo della copertura della spesa, atteso che, per quanto qui interessa, questa è assicurata dalla indicazione dei mezzi contenuta nello stesso testo.

4.2. - In relazione al secondo profilo, non è dato cogliere la rilevanza dell'art. 36 Cost. in rapporto alle scelte organizzative dell'amministrazione. Come correttamente evidenziato dal T.A.R., il legislatore non ha monopolizzato un settore ovvero espropriato un'attività privata, ma si è limitato a prevedere la gestione autonoma, con esclusione della sua esternalizzazione e, quindi, dell'apertura al mercato, di un servizio accessorio e indispensabile alla istruzione scolastica.

La censura proposta si fonda così su un collegamento (tra una causa, ossia il processo di internalizzazione dei servizi, e un effetto, ossia la retribuzione del dipendente) che è del tutto indimostrato, evidenziandone così l'irrilevanza nella vicenda in esame.

5. - Con il quarto gruppo di doglianze, viene censurata la sentenza di prime cure per error in iudicando, nella parte in cui dichiara inammissibile la censura relativa all'art. 4, comma 9, del D.M n. 1074/2019 relativamente alla previsione che la procedura selettiva si svolga su base provinciale. Per le parti appellanti, la suddetta determinazione viola la libertà di circolazione dei lavoratori (di matrice

comunitaria) all'interno del territorio nazionale, limitando la loro capacità di scelta.

Il motivo, rubricato "error in iudicando della sentenza nella parte in cui dichiara inammissibile la censura relativa all'art. 4, comma 9, del decreto ministeriale 1074 del 2019, nella parte in cui prevede che la procedura selettiva si svolga su base provinciale" è infondato.

5.1. - Anche a voler superare la giusta osservazione del T.A.R., per cui il motivo di ricorso è inammissibile, in quanto "parte ricorrente è priva dei requisiti per accedere al concorso, con la conseguenza che non potrebbe ricavare alcuna utilità dall'eventuale annullamento della clausola in questione", va comunque fatta risaltare la ragionevolezza della previsione.

La clausola de qua, nel prevedere che il candidato possa concorrere all'interno della provincia in cui hanno sede le istituzioni scolastiche ove presta servizio al momento della presentazione della domanda, appare del tutto coerente con l'esigenza di garantire una forma di continuità nell'erogazione del servizio di pulizia, minimizzando gli eventuali disagi insiti nella stessa procedura di internalizzazione.

6. - Con un quinto gruppo di doglianze, si censura la sentenza per error in iudicando e difetto di motivazione, nella parte in cui non rileva la violazione dell'art. 58 del D.L n. 69/2019 di cui sopra per contrasto con l'art. 97 Cost. e, in particolare, con il principio del pubblico concorso. In particolare, si evidenzia che la somma dei fattori data dall'ammissione all'assunzione solo a favore dei lavoratori che abbiano svolto per il tempo fissato i servizi in questione presso le imprese appaltatrici con regime di lavoro subordinato a tempo indeterminato; dalla limitazione

dei posti disponibili; e dalla fissazione dei requisiti di partecipazione fa sì che i lavoratori da assumere siano già individuati ed il concorso non sia che un simulacro di esso.

Il motivo, rubricato “error in iudicando e difetto di motivazione della sentenza nella parte in cui non rileva la violazione di legge per contrasto con l’art. 97 e col principio del pubblico concorso”, non può essere condiviso.

6.1. - Va ricordato che il principio del concorso è direttamente tutelato, in quanto mezzo idoneo a garantire l’uguaglianza dei cittadini rispetto agli uffici pubblici ed alle cariche elettive ex art. 51 Cost., sia dall’art. 97 Cost., che dall’art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Come chiarito dalla giurisprudenza, la generalità del principio non è scalfita dall’esistenza di deroghe, normativamente previste, qualora queste rispondano ad esigenza superindividuali, legate alla necessità di garantire il buon andamento dell’Amministrazione in situazioni peculiari e straordinarie di interesse pubblico (Corte cost., 10 novembre 2011 n. 299).

Nel caso in esame, le predette condizioni possono essere ritenute sussistenti, assistendosi ad una vicenda in cui, come correttamente rilevato dal primo giudice, il legislatore si è mosso anche al fine di superare il precariato esistente, ponendo fine alle situazioni particolari sopra evidenziate ed escludendo, stante l’elevato numero di posti previsti, che la scelta di internalizzare il settore potesse essere dettata da favoritismi o ragioni individuali.

Per altro verso, va ricordato che è già presente nell’ordinamento il ricorso ad una particolare ipotesi di concorso pubblico per l’assunzione

dei collaboratori scolastici, atteso che il detto impiego viene conseguito previa iscrizione in apposite graduatorie provinciali per cui è necessario il possesso di specifici requisiti atti a comprovare l'idoneità del candidato allo svolgimento delle sanzioni (proprie della figura professionale in esame), senza svolgimento di prove di esame.

7. - Con il sesto gruppo di doglianze, le parti appellanti censurano la sentenza pronunciata dal Tar Lazio, per error in iudicando e difetto di motivazione, nella parte in cui non rileva l'eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà del Decreto Ministeriale n. 1079/2019, nonché il contrasto dell'art. 58 del D.L. n. 69/2013 come sopra riportato. Viene lamentato che il decreto gravato sia irragionevole e contraddittorio nella parte in cui definisce la procedura selettiva "straordinaria" e ciononostante preveda, quale requisito di partecipazione, il titolo culturale del diploma di scuola media inferiore.

La doglianza, espressa nel motivo rubricato "error in iudicando della sentenza nella parte in cui non rileva l'eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà del decreto ministeriale 1074, nonché il contrasto con l'art. 58 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, come convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, come poi modificato dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145 art. 1, co 760, ed infine dall'art. 2, co. v, d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 dicembre 2019, n. 159", non può essere condivisa.

Come sopra già precisato, la funzione della disposizione non è quella di procedere alla stabilizzazione del precariato storico, ma quella di internalizzare i servizi, secondo una logica di assunzione delle funzioni all'interno delle istituzioni scolastiche. È quindi infondato il presupposto

da cui si muove la detta ragione di censura, per cui l'amministrazione non avrebbe dovuto, in virtù dell'applicazione del principio di ragionevolezza, prevedere alcun requisito culturale, in quanto la natura straordinaria della selezione è conseguente della ratio di stabilizzazione e, pertanto, la previsione di un titolo culturale contrasta con l'obiettivo assunto, dove i precari privi del titolo di studio vengono menomati della possibilità di partecipare alla selezione.

Poiché però l'obiettivo perseguito è quello dell'internalizzazione dell'intero servizio di pulizia nelle scuole, la ragione non appare condivisibile e si scontra anche con altri dati riscontrabili nell'ordinamento. In particolare, va rilevato come normalmente i requisiti ordinari di reclutamento, previsti dalla contrattazione di settore ossia il CCNL 2006/2009, comparto scuola, tab. B., comportano il requisito del possesso del diploma triennale, rilasciato da un istituto professionale (c.d. "diploma professionale"). L'attenuazione del requisito culturale, se giustificato dalla natura straordinaria, non può peraltro imporre una sua totale eliminazione, anche in relazione alla circostanza del contesto in cui il dipendente andrà ad operare, visto che il collaboratore scolastico dovrà relazionarsi non solo con il personale docente, ma anche con i fruitori del servizio, ovvero gli alunni e le loro famiglie.

Non pare quindi irragionevole la richiesta contenuta nell'atto gravato, atteso che la stessa pare contemperare da un lato, le esigenze di una adeguata preparazione e, dall'altro, la necessità di attenuare gli ordinari requisiti richiesti per l'accesso alla funzione lavorativa.

8. - Conclusivamente, l'appello va respinto. Tutti gli argomenti di

doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalla novità della questione decisa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 1765 del 2020;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Diego Sabatino

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO