

Pubblicato il 10/06/2020

N. 02285/2020 REG.PROV.COLL.

N. 03392/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3392 del 2019, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Antimo D'Alessandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Dulvi Corcione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Previa sospensiva:

della deliberazione n. 627 del 19.07.2019 con la quale la candidata -OMISSIS- (-OMISSIS-) e' stata esclusa dal concorso pubblico per l'assunzione di n. 17 o.s.s., nonche' per l'annullamento in parte qua del bando di concorso all'art. 4 e 4.2 per l'assunzione a tempo indeterminato di n. 17 o.s.s. indetto in esecuzione della deliberazione n. 637 del 02.10.2018, nonche' l'annullamento di ogni altro atto e/o provvedimento prodromico, connesso, consequenziale, collegato e sconosciuto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli

;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2020 la dott.ssa Diana Caminiti, celebrata nelle forme di cui all'art. 84 commi 5 e 6 d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto notificato in data 29 luglio 2019 e depositato il successivo 9 agosto la ricorrente in epigrafe indicata ha impugnato la deliberazione n. 627 del 19.07.2019 con la quale era stata esclusa dal concorso pubblico per l'assunzione di n. 17 o.s.s., nonché in parte qua l'art. 4 e 4.2 del bando di concorso per l'assunzione a tempo indeterminato di n. 17 o.s.s., indetto in esecuzione della deliberazione n. 637 del 02.10.2018, laddove prevedeva che i candidati a pena di esclusione dovessero indicare nella domanda di partecipazione un indirizzo PEC contenente il nome e cognome del candidato, con conseguente inammissibilità delle domande che recassero, quale indirizzo per le comunicazioni da parte dell'Amministrazione, una PEC nella titolarità di altra persona (sebbene familiare e/o convivente).

1.1 Infatti la ricorrente è stata esclusa dalla procedura de qua per avere indicato nella domanda di concorso, inoltrata telematicamente tramite il collegamento al portale indicato nel bando di concorso, un indirizzo PEC per le comunicazioni non nella propria titolarità (e pertanto non recante il proprio nome e cognome).

2. Ciò posto, la ricorrente ha articolato avverso il provvedimento di esclusione e la prescrizione del bando di concorso a suo dire illegittima, in due motivi di ricorso, le seguenti censure:

a) Violazione e/o falsa applicazione art. 4 c. 1 DPR 487/1994 e ss. mod.ni ed integrazioni – Violazione e/o falsa applicazione del principio di favor participationis – Illegittimità delle preclusioni – Elezione di domicilio digitale ed inapplicabilità del D.lgs. n.82/2005 ai fini della disciplina dell'inoltro delle domande di partecipazione.

Nella prospettazione attorea gli atti oggetto di impugnativa sarebbero illegittimi per contrasto con la prescrizione dell'art. 4 del DPR n. 487/1994, laddove prevede che *“Le domande di ammissione al concorso, redatte in carta semplice, devono essere indirizzate e presentate direttamente o a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento ... all'amministrazione competente ... 4. L'amministrazione non assume responsabilità per la dispersione di comunicazioni dipendente da inesatte indicazioni del recapito da parte del concorrente oppure da mancata o tardiva comunicazione del cambiamento dell'indirizzo indicato nella domanda...”*.

Infatti dalla richiamata normativa si evincerebbe semmai che l'indicazione dell'indirizzo (fisico o digitale) al quale il candidato intende ricevere le comunicazioni concorsuali debba essere esplicitamente rimessa alla responsabilità di quest'ultimo, risultando esclusa ogni possibilità d'addebito in capo all'Amministrazione, laddove per contro l'Azienda Ospedaliera

aveva “sanzionato” con l’esclusione (in modo illegittimo) coloro i quali avevano eletto domicilio presso un indirizzo digitale d’altrui titolarità.

Pertanto, secondo la ricorrente, in relazione al caso concreto, il rispetto dei principi posti a regolamentazione dei pubblici concorsi poteva dirsi certamente soddisfatto per il tramite della registrazione al portale telematico effettuata da ciascun candidato, con conseguente “upload” (caricamento) sul medesimo portale della domanda di partecipazione debitamente sottoscritta in forma autografa dall’interessato. L’ulteriore requisito richiesto a pena di esclusione sarebbe per contro elemento sfornito d’ogni finalità utilitaristica, rappresentando “mero dato formale” inidoneo ad escludere i candidati sforniti dello stesso, essendo la corretta indicazione del domicilio digitale posta a garanzia solo del candidato.

Tra l’altro, a dire di parte ricorrente, la prescrizione contenuta nel bando di concorso, oltre ad essere irragionevole e a contrastare con l’indicata normativa, sarebbe in contrasto con il principio del favor participationis che deve informare le procedure concorsuali per l’assunzione a pubblici uffici, come le procedure ad evidenza pubblica.

Né, a dire di parte ricorrente, rispetto all’ipotesi di specie potrebbe trovare applicazione il disposto dell’art. 65 del C.A.D., trattandosi di disposto riferito alle istanze avanzate dai cittadini direttamente per il tramite della PEC di spettanza, laddove nel caso de quo il bando di concorso prevedeva che le domande di partecipazione alla procedura, regolarmente firmate, fossero presentate telematicamente non a mezzo PEC, ma per il tramite del medesimo portale dell’Azienda resistente, formalità questa pienamente rispettata dalla ricorrente che aveva trasmesso la domanda amministrativa previa iscrizione al portale telematico dell’Ente.

b) Violazione del principio di uguaglianza – violazione dell’art. 35 c. 3 D.lgs. n. 165/2001 – Sulla violazione dell’art. 1 c. 2 DPR 487/1994 – Sulla imparzialità dell’agire amministrativa – Sulla violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione.

La ricorrente assume inoltre in via gradata la violazione della normativa e dei principi in rubrica, sulla base del rilievo che l’Azienda resistente, nonostante in un primo momento, in applicazione della clausola del bando oggetto di impugnativa, avesse escluso tutti coloro i quali avevano indicato un indirizzo di posta elettronica certificata in difformità rispetto ai dettami del bando, tanto poiché l’indirizzo era riconducibile alla titolarità di terzi, quanto perché carente nella formulazione (letterale) dell’indicazione del nome e cognome del candidato (es. utilizzo di acronimi o aggettivi), con successiva deliberazione (per mezzo di una sanatoria ad personam ovvero pro quota) aveva consentito, a coloro che avevano eletto domicilio digitale presso un indirizzo formulato in difformità rispetto ai criteri prestabiliti dal bando, di produrre, ex post, la correlata certificazione di proprietà, così da essere ammessi a proseguire nella procedura concorsuale.

Da ciò, secondo la ricorrente, la violazione del principio della par condicio anche sotto altro profilo.

Ed invero la ricorrente assume che una volta che l’Amministrazione aveva consentito la sanatoria delle domande in ogni caso non conformi all’indicata clausola del bando di concorso, avrebbe, del pari, dovuto consentire la sanatoria anche a coloro i quali avevano indicato, come la ricorrente, un indirizzo PEC la cui titolarità era riconducibile a terzi.

3. Si è costituita l'Azienda resistente, instando per il rigetto del ricorso, sulla base della considerazione che l'esclusione della ricorrente era atto dovuto secondo quanto prescritto dalla *lex specialis*.

4. L'istanza di sospensiva è stata accolta con ordinanza cautelare n. -OMISSIS-dell'11 settembre 2019.

5. Le parti non hanno depositato alcuna memoria difensiva, ex art. 73 comma 3 c.p.a. in vista dell'udienza di discussione.

6. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza del 12 maggio 2020, celebrata nelle forme dell'art. 84 commi 5 e 6 d.l. 18/2020, convertito in legge 27/2020, applicabile *ratione temporis*.

7. Il ricorso è ammissibile e fondato.

8. La prescrizione del bando oggetto di impugnativa, sebbene prevista a pena di esclusione, ha infatti spiegato la sua portata lesiva al momento dell'esclusione, in quanto non riferita ad un requisito da possedersi a pena di esclusione o ad una modalità onerosa di presentazione della domanda (che, come detto, andava presentata per il tramite del portale dell'Amministrazione), ma al contenuto della domanda di partecipazione, che è stato vagliato al momento della disposta esclusione. Da ciò la tempestività dell'impugnativa, non potendo rispetto alla fattispecie de qua trovare applicazione il principio stabilito dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 4/2018 e 3/2001, in ordine all'onere di immediata impugnativa delle prescrizioni dei bandi di gara (e di concorso) a carattere escludente.

9. Il ricorso è altresì meritevole di accoglimento, stante la fondatezza del primo motivo di ricorso, da considerarsi assorbente nella stessa prospettazione di parte ricorrente, con conseguente applicazione dei principi stabiliti nel noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, circa la rimessione al potere dispositivo della parte della graduazione dei motivi di ricorso (ad eccezione delle ipotesi in cui sia ravvisabile una censura di carattere assorbente ex lege come la censura di incompetenza, nelle sue varie configurazioni, quale individuate dalla Plenaria).

9.1. Ed invero, come già evidenziato in fase cautelare, la previsione del bando di concorso, in forza del quale la resistente Amministrazione ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale de qua, deve ritenersi illegittima, essendo la sanzione dell'esclusione prevista per la mancata indicazione di un indirizzo PEC non nella titolarità dell'istante illogica e sproporzionata rispetto alla finalità di comunicazione cui l'indicazione di un indirizzo PEC risulta preordinata, dovendosi fare applicazione, anche in relazione all'elezione di un domicilio digitale, della previsione dell'art. 4 del DPR n. 487/1994 laddove dispone che "L'amministrazione non assume responsabilità per la dispersione di comunicazioni dipendente da inesatte indicazioni del recapito da parte del concorrente oppure da mancata o tardiva comunicazione del cambiamento dell'indirizzo indicato nella domanda...", ricadendo pertanto, all'esito dell'elezione di un domicilio digitale da parte del concorrente presso un indirizzo PEC non nella sua titolarità, il rischio della mancata ricezione della comunicazione a carico del concorrente medesimo, con conseguente esonero di responsabilità da parte dell'Amministrazione.

9.2. Pertanto non ragionevole deve intendersi detta previsione del bando di concorso, avuto riguardo al rilievo che per la procedura de qua la domanda di partecipazione doveva essere inviata non via PEC, ma iscrivendosi al portale dell'Amministrazione ed inviando la domanda debitamente sottoscritta (da ciò la certezza della riferibilità della domanda alla parte), mentre l'indicazione dell'indirizzo PEC era richiesta solo ai fini delle comunicazioni da parte dell'Azienda Ospedaliera ai candidati e quindi nell'esclusivo interesse dei candidati medesimi (essendo l'Amministrazione esentata da ogni responsabilità una volta assolta la prova della spedizione della comunicazione alla PEC indicata dall'interessato nella domanda di partecipazione).

Pertanto, come correttamente ritenuto dalla difesa di parte ricorrente, non era necessaria l'indicazione di una PEC nella titolarità dell'interessato.

9.3. Infatti secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza all'art. 65 del C.A.D. riferito alle istanze e dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica (e non dunque alle comunicazioni inviate dall'Amministrazione), l'utilizzo di una PEC nella titolarità dell'istante, e quindi senza dubbio a lui riconducibile, è in grado di supplire anche alla mancata sottoscrizione delle domande di concorso, essendo l'invio della PEC assimilabile all'apposizione della firma (T.A.R. Sicilia Palermo Sez. I, 18-01-2018, n. 167 secondo cui "E' illegittimo il bando di selezione che preclude l'ammissibilità delle domande di partecipazione a un concorso pubblico prive di firma (digitale o sulla copia scansionate dei documenti allegati), ancorché presentate da un candidato a mezzo PEC, con casella di posta intestata allo stesso mittente. L'utilizzo di una casella di posta elettronica certificata intestata allo stesso mittente consente di ritenere soddisfatto il requisito della apposizione della firma"; ciò in considerazione del rilievo che "Il D.P.C.M. 6 maggio 2009, art. 4, comma 4, prevede che le pubbliche amministrazioni accettino le istanze dei cittadini inviate tramite PEC nel rispetto dell'art. 65, comma 1, del D.Lgs. n. 82 del 2005. L'invio tramite PEC costituisce sottoscrizione elettronica ai sensi dell'art. 21, comma 1, dello stesso decreto legislativo. Nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 del D.P.R. n. 487/1994 l'inoltro tramite posta certificata di cui all'art. 16-bis del D.L. n. 185/2008 è già sufficiente a rendere valida l'istanza, a considerare identificato l'autore di essa, a ritenere la stessa regolarmente sottoscritta").

9.4. Per contro laddove, come nell'ipotesi di specie, la domanda di partecipazione al concorso venga inviata non tramite PEC dell'interessato, trova applicazione il disposto dell'art. art. 65, comma 1, lett. c), d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (C.A.D.) il quale dispone che, per essere valida, un'istanza presentata per via telematica alle PP.AA. e ai gestori dei servizi pubblici, se non proveniente dalla pec dell'interessato, deve essere non solo accompagnata da un documento di identità dell'interessato medesimo, ma anche da questi sottoscritta (Cons. Stato Sez. IV Sent., 22/09/2017, n. 4413 di Cons. Stato Sez. IV Sent., 22/09/2017, n. 4413 conferma della sentenza del T.a.r. Emilia Romagna, Parma, sez. I, n. 204/2017).

Pertanto è detta prescrizione che andava applicata nell'ipotesi di specie, non essendo previsto per la partecipazione al concorso de quo l'invio della domanda tramite PEC, ma tramite il portale dell'Amministrazione.

10. Inoltre la prescrizione illegittima del bando si pone in contrasto anche con il principio del favor participationis a cui devono uniformarsi tanto le procedure concorsuali per l'assunzione a pubblici impieghi che le procedure relative agli appalti.

10.1. Infatti nei procedimenti di evidenza e perciò anche nei concorsi e/o procedure selettive tale principio risulta finalizzato a superare inutili formalismi per l'attuazione dei principi di favor participationis e di semplificazione, ma deve essere applicato congiuntamente ai principi dell'imparzialità e/o della par condicio tra i candidati ed a quelli di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa..." (ex plurimis, TAR Basilicata – Potenza, sentenza n. 346/2018; in senso analogo TAR Lazio – Roma, sentenza n. 3307/2019).

11. Il ricorso va dunque accolto sulla base di tali assorbenti rilievi, essendo stata l'esclusione della ricorrente disposta sulla base della previsione di una disposizione del bando di concorso illegittima.

11.1. Pertanto va annullata tanto la previsione del bando che, in via consequenziale, la determina di esclusione della ricorrente.

12. Le questioni esaminate pertanto esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati presi in considerazione tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ. sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ. sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

13. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, avuto riguardo alla natura delle questioni e alle difese spiegate dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla in parte qua l'art. 4 e 4.2 del bando di concorso per l'assunzione a tempo indeterminato di n. 17 o.s.s. indetto in esecuzione della deliberazione n. 637 del 02.10.2018 e la deliberazione n. 627 del 19.07.2019 con la quale la ricorrente e' stata esclusa dal concorso pubblico per l'assunzione di n. 17 o.s.s..

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

Condanna parte resistente alla refusione delle spese di lite nei confronti della ricorrente, liquidate in complessivi euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge, ed oltre alla restituzione di quanto eventualmente anticipato a titolo di contributo unificato.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di parte ricorrente.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2020, con collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 84 comma 6 d.l. 18 del 2020, convertito in l. 27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Santino Scudeller

IL SEGRETARIO