



ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO - ROMA

SEZIONE III BIS

MOTIVI AGGIUNTI AL RICORSO R.G. n. 6194/2019

AAA

PER: DI LEVA ILARIA (C.F.: DLVLR178R67L845C), rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dall'Avv. Domenico Naso (C.F.: NSADNC65M03H501Z), e dall'Avv. Francesca Virga (C.F. VRGFNC90R49H501N), in virtù di procura rilasciata in calce all'atto di costituzione e nomina di nuovo difensore, ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale dell'Avvocato Domenico Naso in Roma, Salita di San Nicola da Tolentino n. 1/B - 00187, che indica i seguenti recapiti presso i quali ricevere tutte le comunicazioni relative al presente ricorso (Fax: 06.42.00.56.58; PEC: domeniconaso@ordineavvocatiroma.org e francescavirga@ordineavvocatiroma.org);

- Ricorrente-

CONTRO: MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, GIÀ M.I.U.R., in persona del Ministro *p.t.*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato ed ivi elettivamente domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi, 12 (00186), con notifica PEC al seguente indirizzo: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it;

- Resistente-

E NEI CONFRONTI DI:

- **PISAPIA EMANUELA**, elettivamente domiciliata in Via Catania n. 5/9 (09013), Carbonia (SU);
- **TERRANOVA PAOLO**, elettivamente domiciliato in Via Dalmazia n. 57 (09013), Carbonia (SU);
- **BUONANNI MAURA**, elettivamente domiciliata in Via Raffaello Sanzio n. 118 (66038), San Vito Chietino (CH).

- Controinteressati-

PER L'ANNULLAMENTO:

1. Del Decreto Dipartimentale n. 1357 del 12.08.2021 del Ministero dell'Istruzione – Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione – Direzione Generale per il personale scolastico e del relativo allegato, con il quale il Ministero resistente ha rettificato la graduatoria di merito del concorso per Dirigenti Scolastici, così decretando: *“Per le ragioni di cui in premessa, la graduatoria generale nazionale per merito e titoli del concorso per dirigenti scolastici indetto con D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017, approvata con decreto prot. n. AOODPIT 1205 del 1° agosto 2019 e modificato con i decreti AOODPIT nn. 1229 del 7 agosto 2019, 977 e 978 del 5 agosto 2020, 986 del 6 agosto 2020, 995 del 12 agosto 2020 e 998 del 14 agosto 2020, è così rettificata, come da allegato che è parte integrante del presente decreto”*, nella parte lesiva per la ricorrente **(Cfr. doc. 1: D.D. M.I. n. 1357 del 12.08.2021 e allegato)**;
2. Dell'Elenco avente ad oggetto l'assegnazione dei candidati ai ruoli regionali, pubblicato sul sito istituzionale del Ministero dell'Istruzione in data 16.08.2021, nella parte lesiva per la ricorrente **(Cfr. doc. 2: Elenco assegnazione ai ruoli regionali del 16.08.2021)**;
3. Dell'avviso del Ministero dell'Istruzione – Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione prot. n. 26374 del 24.08.2021 con il quale sono state disposte ulteriori assegnazioni ai ruoli regionali a seguito di rinunce all'assunzione in servizio, nella parte lesiva per la ricorrente **(Cfr. doc. 3: Avviso M.I. prot. n. 26374 del 24.08.2021)**;
4. Dell'elenco relativo alle ulteriori assegnazioni dei candidati collocati nella graduatoria ai ruoli regionali, pubblicato sul sito del Ministero dell'Istruzione in data 30.08.2021, nella parte lesiva per la ricorrente **(Cfr. doc. 4: Elenco ulteriori assegnazioni del 30.08.2021)**;
5. Dell'ulteriore elenco relativo alle assegnazioni dei candidati collocati nella graduatoria ai ruoli regionali del 31.08.2021, pubblicato sul sito del Ministero dell'Istruzione in data 01.09.2021, nella parte lesiva per la ricorrente **(Cfr. doc. 5: Elenco ulteriori assegnazioni del 01.09.2021)**;
6. Di qualsiasi altro atto premesso, connesso e/o consequenziale siccome lesivo degli

interessi della ricorrente.

E DI QUELLI CHE SONO STATI GIÀ OGGETTO DI MOTIVI AGGIUNTI DEL 25/11/2020:

1. Dei decreti dipartimentali in data 4.8.2020 nn. 977 e 978 recanti modifiche della graduatoria di merito del concorso oggetto di impugnazione con ricorso principale;
2. Del decreto del Capo Dipartimento istruzione in data 6.8.2020 n. 986, recante modifica della graduatoria generale di merito del predetto concorso;
3. Del decreto in data 14.8.2020 n. 998 recante ulteriori rettifiche alla graduatoria di merito del concorso;
4. Dell'Avviso in data 21.8.2020 recante l'elenco per l'assegnazione dei candidati ai ruoli regionali;
5. Dell'Avviso in data 27956, prot. DGPER n. 27956;
6. Dell'Avviso in data 21.9.2020 con cui si comunica l'avvenuta pubblicazione dell'elenco delle ulteriori assegnazioni dei candidati alle sedi regionali;
7. Di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente.

E DI QUELLI CHE SONO STATI GIÀ OGGETTO DI MOTIVI AGGIUNTI DEL 04/11/2019:

1. Del decreto del Capo Dipartimento per il Sistema Educativo di Istruzione e Formazione – Direzione generale per il personale scolastico del MIUR, in data 1.8.2019 n. AOODPIT 1205, con cui è stata approvata la graduatoria generale nazionale per merito e titoli del concorso per il reclutamento di n. 2.416 dirigenti scolastici, d.d.g. n. 1259 del 23.11.2017, formata sulla base del punteggio finale conseguito dai candidati ai sensi dell'articolo 10, comma 7 del Bando e, a parità di punteggio complessivo, delle preferenze di cui all'articolo 5, commi 4 e 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487 e con cui sono stati dichiarati vincitori, con esclusione degli ammessi con riserva, i candidati utilmente collocati entro il 2900° posto;
2. Dell'avviso n. 35372 del 1.8.2019 con cui il Ministero ha ricordato ai primi 1984 classificati la possibilità di esprimere l'ordine di preferenza tra le 17 regioni disponibili;
3. Di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente.

**NONCHÉ DI QUELLI CHE SONO STATI OGGETTO DI IMPUGNAZIONE PRINCIPALE CON IL
RICORSO R.G. N. 6194/2019:**

1. Del decreto del Capo Dipartimento per il Sistema Educativo di Istruzione e Formazione – Direzione generale per il personale scolastico del MIUR, in data 27.3.2019 n. AOODPIT 395, con cui si approva l'elenco dei candidati ammessi a sostenere la prova orale di cui al concorso per il reclutamento di n. 2.416 dirigenti scolastici, d.d.g. n. 1259 del 23.11.2017, nella parte in cui non include i ricorrenti;
2. Di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente, ivi compresi, per quanto possa occorrere, del provvedimento prot. n. 0017907 del 17.10.2018 del MIUR –Ufficio Scolastico Regionale per la Sardegna con cui è stato disposto il rinvio della prova scritta già prevista per la data del 18.10.2018;
3. Del provvedimento del MIUR, di cui non si conosce data e numero di protocollo, che ha ratificato il provvedimento che ha disposto il rinvio della data di svolgimento della prova scritta nella Regione Sardegna;
4. Del provvedimento del MIUR in data 9.11.2018 n. 89 che fissa la data del 13.12.2018 per lo svolgimento della predetta prova scritta;
5. Del provvedimento del MIUR in data 6.12.2018 con il quale l'Amministrazione ha disposto che i candidati, sia della Regione Sardegna che di altre Regioni, muniti di provvedimenti giurisdizionali a loro favorevoli, non riformati dal Consiglio di Stato, con cui è stata disposta l'ammissione con riserva alla procedura concorsuale, avrebbero dovuto sostenere la prova scritta in data 13.12.2018.

ESPOSIZIONE DEI FATTI

- La ricorrente, in qualità di docente che partecipava alla procedura indetta con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017, adiva l'intestato Tribunale al fine di ottenere l'annullamento dei provvedimenti di esclusione dallo svolgimento della prova orale.
- Il mancato superamento della prova scritta da parte della ricorrente è stato determinato dai numerosi difetti di funzionamento del *software* riscontrati in sede di svolgimento della prova.
- A seguito dell'instaurazione del presente contenzioso, il Ministero dell'Istruzione pubblicava la graduatoria generale nazionale per merito e titoli di cui al D.D. n. 1205 del 01.08.2019, poi rettificata con il D.D. n. 1229 del 07.08.2019, impugnata con motivi

aggiunti dalla ricorrente.

- Con decreto dipartimentale n. 1357 del 12.08.2021, che in tale sede si impugna, l'Amministrazione resistente pubblicava sul proprio sito istituzionale la graduatoria generale di merito del concorso in oggetto ulteriormente rettificata, così decretando: *“Vista la sopravvenuta esigenza di eseguire i provvedimenti giurisdizionali di seguito meglio evidenziati: - sentenza n. 7068/2020 emessa dal Consiglio di Stato nella controversia tra Eliana Giuseppina Tardino vs Ministero dell'Istruzione, all'esito della quale il Giudice Amministrativo ha accolto il ricorso e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, ha annullato il provvedimento espulsivo; - sentenza n. 2226/2021 emessa dal Consiglio di Stato nella controversia instaurata da Coccarielli Catia vs il Ministero dell'Istruzione in cui il Giudice amministrativo, all'esito della quale il Giudice Amministrativo ha accolto il ricorso, riconoscendo il diritto alla regolarizzazione del titolo come richiesto dalla ricorrente; - sentenza n. 3080/2021 emessa dal Tribunale Amministrativo di Roma nella controversia instaurata da Davide Marrazzo vs il Ministero dell'Istruzione, all'esito della quale il Giudice Amministrativo ha accolto parzialmente il ricorso, ordinando la valutazione di alcuni titoli prodotti dal ricorrente; - sentenza n. 13740/2020 emessa dal Tribunale Amministrativo di Roma nella controversia instaurata da Marisa Brancato vs il Ministero dell'Istruzione, all'esito della quale il Giudice Amministrativo ha infine respinto il ricorso, superando le precedenti pronunce cautelari recate dalle ordinanze n. 1094 del 18/02/2020 e n.8375 del 17/07/2020; - sentenza n. 5612/2021 emessa dal Consiglio di Stato nella controversia tra Antonio Giusa vs Ministero dell'Istruzione, all'esito della quale il Giudice Amministrativo ha accolto il ricorso, ordinando l'attribuzione del punteggio originariamente assegnato dalla commissione esaminatrice, con conseguente, necessaria rideterminazione dei successivi provvedimenti adottati dall'amministrazione. CONSIDERATA l'urgenza di provvedere alla rettifica delle posizioni dei candidati sopracitati e di conseguenza alla rettifica dell'intera graduatoria in ottemperanza alle predette pronunce Decreta art. 1 Per le ragioni di cui in premessa, la graduatoria generale nazionale per merito e titoli del concorso per dirigenti scolastici indetto con D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017, approvata con decreto prot.*

n. AOODPIT 1205 del 1° agosto 2019 e modificata con i decreti AOODPIT nn. 1229 del 7 agosto 2019, 977 e 978 del 5 agosto 2020, 986 del 6 agosto 2020, 995 del 12 agosto 2020 e 998 del 14 agosto 2020, è così rettificata, come da allegato che è parte integrante del presente decreto”.

- Il Ministero dell'Istruzione ha agito in palese violazione di legge, avendo ancora una volta rettificato una graduatoria elaborata all'esito di una procedura concorsuale caratterizzata da numerose irregolarità, laddove avrebbe invece dovuto procedere alla invalidazione della medesima.
- L'Amministrazione avrebbe difatti dovuto garantire il corretto espletamento della prova scritta e, trattandosi di un procedimento tenuto con modalità telematiche, avrebbe dovuto assicurare lo svolgimento della prova in conformità alle linee guida previste.
- Il D.D. n. 1357 del 12.08.2021 con il quale il Ministero resistente ha proceduto alla ulteriore rettifica della graduatoria generale di merito del concorso indetto con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017 risulta gravemente lesivo dei diritti della ricorrente, la quale ingiustamente non veniva inserita nell'elenco dei vincitori della procedura concorsuale in oggetto a seguito delle disposte rettifiche.
- Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente, *ut supra* rappresentata e difesa, nel rinviare alla descrizione dei fatti già esposta nel ricorso introduttivo, che in tale sede si intende integralmente richiamata, ricorre con motivi aggiunti innanzi a Codesto Ecc.mo Tribunale avverso i nuovi provvedimenti impugnati, chiedendone l'annullamento e/o la riforma, nella parte in non prevedono l'inserimento della stessa tra i vincitori della procedura di cui al D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017, per i seguenti motivi di

DIRITTO

- I. CONTRARIETÀ DELLA PROCEDURA CONCORSALE AI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO: OMESSA OSTENSIONE DEGLI ALGORITMI DEL CODICE SORGENTE DEL SOFTWARE CON IL QUALE L'AMMINISTRAZIONE RESISTENTE HA GESTITO LO SVOLGIMENTO DEL CONCORSO PER DIRIGENTI SCOLASTICI. MANCATA ESECUZIONE DEL GIUDICATO DI CUI ALLA SENTENZA N. 9798/2021 DEL TAR DEL LAZIO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DELLA LEGGE N. 241/90 IN RELAZIONE AI PRINCIPI DI EFFICACIA, TRASPARENZA E PUBBLICITÀ**

DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA E BUONA FEDE.

L'esclusione subita dalla ricorrente dalla prova orale è stata illegittimamente determinata da un difetto di funzionamento del *software* fornito in sede di svolgimento della prova scritta, in relazione al quale l'Amministrazione non ha ad oggi fornito il "codice sorgente" che ha gestito la procedura informatizzata.

Con il presente motivo si contesta pertanto la mancata esecuzione, da parte del Ministero resistente, della sentenza n. 9798/2021 con la quale il TAR del Lazio ha accolto il ricorso presentato per l'ottemperanza della sentenza n. 7370/2020, resa dall'intestato Tribunale all'esito del giudizio azionato al fine di ottenere l'acquisizione dei "codici sorgente" che hanno gestito e generato il *software* relativo allo svolgimento della prova scritta del concorso per Dirigenti Scolastici **(Cfr. doc.ti 6 - 7: Sentenza TAR Lazio n. 9798/2021; Sentenza TAR Lazio n. 7370/2020).**

Nonostante il giudicato costituito dalla richiamata pronuncia, l'Amministrazione resistente non ha ottemperato a quanto oggetto della citata sentenza, non avendo messo a disposizione dei candidati quanto oggetto dell'istanza di accesso agli atti avanzata al fine di ottenere i "codici sorgente".

Il TAR del Lazio, con sentenza n. 9798 del 14.09.2021, in accoglimento del ricorso, ha così pronunciato: "a) *ordina all'amministrazione di dare esecuzione al titolo indicato in epigrafe nel termine di 30 giorni dalla comunicazione o dalla notificazione della presente sentenza; b) nomina quale Commissario ad acta il Direttore generale del Ministero resistente preposto alla Direzione generale competente per la materia oggetto del presente contenzioso, il quale, con facoltà di delega e senza compenso, provvederà a dare esecuzione alla sentenza di cui in epigrafe nel termine di 30 giorni, decorrente dalla scadenza del termine concesso all'amministrazione; c) condanna l'amministrazione intimata al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, che vengono liquidate in complessivi euro 1.000,00 (mille/00), oltre gli accessori di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa*".

Nonostante la decorrenza del termine indicato in sentenza e l'atto di diffida trasmesso dalla Scrivente difesa tramite PEC in data 15/09/2021, ad oggi l'Amministrazione resistente non ha provveduto a trasmettere la copia integrale del "codice sorgente" del software che ha gestito l'algoritmo relativo allo svolgimento della prova scritta del concorso per la selezione in oggetto, in palese violazione del giudicato (cfr. doc. 8: Atto di diffida).

Il TAR del Lazio si è difatti così pronunciato: "[...] **Orbene, aderendo ad una tesi che ritenesse preclusivo l'accesso ai codici sorgente, che del software costituiscono la fonte, si finirebbe per legittimare l'oscuramento di rilevanti porzioni di attività amministrativa afferenti alla gestione di pubblici concorsi, con evidente vulnus al principio di trasparenza. Si produrrebbe, in sostanza, una insostenibile situazione di "doppio binario" dove nei concorsi gestiti con l'ausilio di strumenti informatici la regola della trasparenza avrebbe una portata ridotta rispetto alle procedure concorsuali tradizionali.** Sul punto, peraltro, non può non essere presa in considerazione l'importanza della fase dedicata allo svolgimento delle prove di un concorso. Lo iato temporale destinato al loro perfezionamento, invero, si inquadra in quel segmento procedimentale costituito dalla fase istruttoria, nella quale vengono in rilievo i fatti oggetto delle successive valutazioni di natura tecnico-discrezionale riservate all'Amministrazione. Una tale collocazione nella scansione procedimentale postula che gli errori ivi compiuti, risolvendosi in un travisamento dei fatti, ossia in un indice sintomatico dell'eccesso di potere in grado di minare in radice la legittimità dell'operato dell'Amministrazione, rende necessaria la possibilità di accedere al sistema informatico che ha contribuito, in maniera determinante, all'acquisizione, alla conservazione ed alla gestione delle prove. Del resto, se la scelta discrezionale della p.a. di gestire un pubblico concorso con mezzi informatici offre alla stessa indubbi vantaggi sotto il profilo del buon andamento dell'attività amministrativa, il raggiungimento di maggiori standard di efficienza, efficacia ed economicità non può certo andare a detrimento della trasparenza, ossia di un principio altrettanto fondamentale a cui la p.a. deve sempre e comunque tendere. Il programma informatico, del resto, si presta

naturalmente a favorire trasparenza e partecipazione procedimentale, attesa la sua innata capacità di custodire dati. Seguendo una logica di distribuzione dei *commoda* e degli *incommoda* derivanti dall'adozione di un software per la gestione delle prove scritte di un concorso, dunque, ecco che i vantaggi conseguiti dalla p.a. in punto di buon andamento dell'attività amministrativa non possono confliggere con quelli fruibili dai candidati in punto di trasparenza. Chiarita la riconducibilità dell'algoritmo del programma informatico utilizzato per lo svolgimento delle prove scritte del concorso nell'alveo dei documenti accessibili ai sensi della legge n. 241/90, atteso che il programma, nella sua interezza, ha presieduto allo svolgimento di un'attività amministrativa di indubbio interesse pubblico, il Collegio ritiene di procedere con la verifica circa la sussistenza, in capo agli istanti, del requisito soggettivo previsto dalla norma. Sul punto, appare indubbio che i partecipanti al concorso in esame vantino un interesse qualificato e differenziato ad ottenere l'ostensione degli atti relativi tale procedura, venendo in rilievo, in particolare, un accesso c.d. "endoprocedimentale", dove l'interesse sussiste ogni qualvolta sia rinvenibile un collegamento tra il documento e la situazione giuridicamente tutelata. Nel caso di specie, peraltro, a venire in rilievo è un accesso di tipo difensivo. Occorre pertanto, in via preliminare, accertare se gli atti di cui si chiede l'ostensione, ossia i "codici sorgente", siano idonei a soddisfare le esigenze di natura difensiva paventate dai ricorrenti. Per farlo occorre ancora una volta fare riferimento alla definizione di codice sorgente, la quale ci rammenta come esso si sostanzia in una serie di comandi generali che consentono al software di funzionare, e di farlo in un determinato modo, mediante delle impostazioni per cui la pressione di un tasto da parte dell'utente genera un'azione conseguente da parte dell'elaboratore (es. la pressione del tasto "conferma e procedi" comporta il salvataggio della risposta ed il passaggio alla successiva). Tale considerazione fa emergere come un eventuale errore del linguaggio di programmazione finirebbe per riverberarsi sul funzionamento dell'intero programma, a prescindere dai diversi computer in cui questo è installato, atteso che esso si limita ad eseguire ciò che prescrive l'algoritmo. Da ciò è possibile inferire che laddove il software alla "sorgente" presenti un difetto originario, ad esempio perché nel linguaggio di programmazione non

venga abbinata la funzione di salvataggio della risposta alla pressione del tasto "conferma e procedi", ecco che tale vizio sarebbe destinato a riverberarsi su tutti gli elaboratori su cui è installato quel programma. Nell'esempio pocanzi effettuato, in particolare, il difetto di programmazione comporterebbe che nessuna prova sarebbe stata salvata. Ciò in quanto, le istruzioni errate o deficitarie contenute nei codici sorgente, attesa la loro portata generale, determinano malfunzionamenti altrettanto generalizzati che riguardano, in maniera indiscriminata, tutti gli elaboratori su cui viene utilizzato il programma. Ciò non toglie che sul singolo computer si possano verificare dei malfunzionamenti che, tuttavia, in tal caso affondano le loro radici in un contesto meramente locale, non essendo perciò riconducibili ad eventuali difetti contenuti nel linguaggio di programmazione. In quest'ultima circostanza, potrebbe essere l'accesso al file log del computer, che registra come una sorta di scatola nera i processi dallo stesso elaborati in un determinato arco temporale, a poter rilevare eventuali anomalie nella fase di redazione o di acquisizione della prova, evidenziando malfunzionamenti locali. Tali considerazioni, effettuate sia dall'Amministrazione resistente che dalla parte controinteressata per sostenere che l'accesso ai codici sorgente non sarebbe utile ai fini difensivi degli istanti e che, ad ogni modo, sarebbe sproporzionato, non colgono nel segno. In primo luogo, parte ricorrente ha avuto modo di dimostrare, con diverse perizie tecniche, come l'esame del solo file log non sia sufficiente senza la compiuta conoscenza dei codici sorgente del programma informatico. In secondo luogo, poi, non può non rilevarsi come l'esempio pocanzi effettuato sull'errore contenuto nel linguaggio di programmazione del software non può certo essere ritenuto esaustivo con riferimento alle molteplici utilità che l'accesso a tali dati è in grado di fornire dal punto di vista difensivo. Né si può ritenere, come prospettato dall'Amministrazione resistente, che i ricorrenti fossero tenuti già nell'istanza di accesso a svelare tutte le esigenze difensive correlate ai documenti chiesti, dovendo al riguardo ritenersi sufficiente che l'atto oggetto dell'istanza fosse potenzialmente idoneo ad essere utilmente asservito ad un'attività difensiva. In altri termini, la concezione ampia del diritto a difesa di cui all'art. 24 della Costituzione postula che il diritto all'accesso non possa essere ostacolato ogni qualvolta

sussista la possibilità che dall'ostensione derivi una qualche utilità per la tutela di situazioni soggettive, dovendosi verificare in astratto, e non in concreto, la potenziale utilità dell'atto di cui si chiede l'ostensione per le finalità di tutela della situazione giuridica soggettiva prospettata. Tale approccio, invero, merita di essere seguito con ancora più rigore attesa la natura polimorfica dei richiamati codici sorgente che, in quanto ontologicamente neutri, veicolano contenuti a geometria variabile. A parere del Collegio, dunque, è proprio l'innato carattere polisemico dell'algoritmo di un programma informatico utilizzato per la gestione di attività amministrative di particolare rilievo costituzionale, come nel caso dei pubblici concorsi, a determinare la necessità che i codici siano resi accessibili e verificabili. Ciò in ossequio sia al principio di trasparenza sia a quelli di buon andamento della pubblica amministrazione. Le forme alternative di verifica del funzionamento del software prospettate dall'Amministrazione e dal Consorzio, come ad esempio la simulazione dello svolgimento della prova, non possono ritenersi alternative all'accesso richiesto dai ricorrenti proprio perché esse presuppongono che siano individuati a priori i presunti malfunzionamenti e si configurano più come un accertamento probatorio che non un accesso documentale. La qualificazione in termini difensivi dell'istanza di accesso formulata dai ricorrenti determina il superamento delle eccezioni di merito con cui sia l'Amministrazione resistente che il Consorzio controinteressato hanno paventato la necessità che il diritto all'ostensione debba essere bilanciato con l'interesse del titolare del software a mantenere la riservatezza su taluni contenuti dello stesso e, comunque, con quello dell'Amministrazione a poter riutilizzare il programma in future procedure concorsuali. Su quest'ultimo aspetto, in particolare, con la richiamata sentenza n. 7333/2019 questa Sezione ha statuito che "non si ritiene che il pregiudizio allegato da parte resistente in ordine alla futura utilizzabilità del codice costituisca un parametro di riferimento per la valutazione della richiesta di accesso". Ciò in quanto, come già precisato in precedenza, lo svolgimento con modalità informatiche di un pubblico concorso non può andare a detrimento del principio fondamentale di trasparenza, senza considerare che, comunque, l'interesse pubblico prospettato non rientra tra quelli contemplati dal Legislatore al fine di limitare il diritto di accesso ai sensi

del combinato disposto dell'art. 22 e dell'art. 24 della legge 241 del 1990, né in particolare di quello esercitato ai sensi del comma 7 del richiamato art. 24 (accesso difensivo). Il secondo periodo del richiamato comma 7 dell'articolo 24 della legge n.241/90, precisa come nel caso in cui vengano in rilievo "dati sensibili e giudiziari" l'accesso è consentito solo laddove ciò sia strettamente indispensabile mentre, nel diverso caso in cui si tratti di dati c.d. "sensibilissimi" allora il bilanciamento tra il diritto a difesa e l'interesse dei soggetti a mantenere il riserbo su questioni riferibili al loro stato di salute o alla loro sfera sessuale deve essere effettuato in ossequio all'art. 60 del d.lgs. n. 196/2003. Con ciò significando, in tale ultimo caso, che non solo l'interesse all'ostensione deve essere indispensabile per tutelare situazioni giuridiche meritevoli di tutela ma anche che tali situazioni siano di rango almeno pari a quelle riferibili al contrapposto diritto alla riservatezza, dovendo quindi consistere, a loro volta, in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile. Nel caso di specie si ritiene che le esigenze di riservatezza paventate dall'Amministrazione nel provvedimento impugnato e dal Consorzio controinteressato, oltre che generiche e non compiutamente circostanziate, siano fuorvianti, posto quanto si dirà di seguito sulla distinzione tra programma informatico e contenuto degli atti redatti utilizzando quel programma informatico, e al contempo comunque non riconducibili alla tutela di "dati sensibilissimi, né di quelli sensibili", da leggersi ora come rinvio alle "categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento UE n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016". Con riferimento a questi ultimi il richiamato art. 9 definisce tali i "dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona". Da ciò discende che, contrariamente a quanto prospettato, il diritto dei ricorrenti all'accesso a fini difensivi non deve essere oggetto di bilanciamento con riferimento ad altri interessi che vengono in rilievo nella fattispecie in esame, atteso che la regola di prevalenza tra diritto a difesa ed esigenze di riservatezza di eventuali

controinteressati è stata predeterminata dal Legislatore. Sul punto, invero, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo più volte di precisare come “Nei rapporti tra diritto di accesso agli atti della P.A. e diritto alla riservatezza deve ritenersi che il primo, qualora sia motivato dalla cura o difesa di propri interessi giuridici, prevale sull’esigenza di riservatezza del terzo, sicché l’interesse alla riservatezza, tutelato dalla l. n.241/90 mediante una limitazione del diritto di accesso, recede quando l’accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico” (cfr. T.A.R. Campania, Sez. VI, n.1165/2016). Posta comunque la configurabilità dell’istanza di accesso dei ricorrenti in termini di accesso difensivo e conseguentemente l’irrilevanza, in base al dettato normativo, di ragioni di riservatezza diverse da quelle contemplate al comma 7 del richiamato art. 24 della legge 241 del 1990, il Collegio rileva, ad ogni buon fine, l’infondatezza delle stesse. Difatti sia l’Amministrazione che il Consorzio controinteressato adducono, per negare l’accesso, ragioni di riservatezza fondate sul rilievo che la conoscenza del “codice sorgente” determinerebbe la vulnerabilità del programma e conseguentemente da un lato la possibilità di decriptare e gestire tutti i dati inseriti dai candidati del concorso (“minandone la riservatezza, la regolarità e la validità”) e dall’altro la futura inutilizzabilità dello stesso programma in altre procedure concorsuali. A tanto si aggiungerebbe la violazione del know how del Consorzio, che vedrebbe compromessa la sua attività aziendale in favore di eventuali competitors. Su quest’ultimo aspetto, posto quanto si dirà di seguito sugli obblighi previsti nel codice dell’amministrazione digitale in ordine alla titolarità dei programmi informatici realizzati su commissione dell’Amministrazione e sulla necessità di avvalersi di software liberi o a codici sorgente aperto, il Collegio rileva che la qualificazione come documento amministrativo del programma che ha consentito lo svolgimento di un concorso pubblico e dunque l’accessibilità in termini di conoscenza delle modalità di funzionamento dello stesso sia atta a superare eventuali profili di carattere economico scaturenti dalla possibilità per il creatore del programma (peraltro in tal caso un Consorzio a partecipazione pubblica senza finalità di lucro) di sfruttare le ulteriori potenzialità commerciali del bene. Sul punto, i ricorrenti hanno dedotto sull’impossibilità in nuce per il

CINECA di rivendicare la riservatezza del software, in quanto il Consorzio non potrebbe essere considerato alla stregua di un mero operatore privato, posto che, da un punto di vista strutturale, i soggetti consorziati sono enti pubblici mentre, da un punto di vista dinamico, il suo principale scopo statutario è quello di realizzare servizi informatici innovativi a favore di tali enti. **A prescindere da ogni ulteriore considerazione sulla natura giuridica del CINECA, e sulla sua riconducibilità nel genus degli enti in house, con riferimento a quanto strettamente di interesse per l'odierna controversia, il Collegio intende ancora una volta richiamare la sentenza di questa Sezione n. 3769/2017 ove si precisa "la circostanza che, poi, l'algoritmo sia stato realizzato non direttamente da parte del M.I.U.R. per mezzo dei propri funzionari o personale dipendente ma a opera della società di cui sopra cui la creazione dello stesso è stata commissionata da parte dell'amministrazione a seguito di aggiudicazione di procedura di appalto e che costituisca, quindi, l'oggetto di una contrattazione di tipo privatistico, non è di per se ostativa proprio in quanto, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della disciplina sostanziale, l'algoritmo è diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione che è indubbiamente attività di pubblico interesse in quanto interessante l'organizzazione del servizio pubblico rappresentato dalla pubblica istruzione e, infatti, il predetto algoritmo è entrato nella procedura quale elemento decisivo e lo stesso è, comunque, stabilmente detenuto dalla stessa amministrazione ministeriale che lo ha commissionato e, quindi, utilizzato per le proprie finalità". Ritenendo di dover tener ferma questa impostazione, che segue il solco tracciato dal principio dell'"irrelevanza delle forme giuridiche" di matrice europea, a rilevare nel caso di specie non è tanto la natura pubblica o privata dell'ente che provvede alla fornitura di un programma informatico bensì l'effettivo utilizzo che di questo ne viene fatto dall'Amministrazione. Per quanto sopra, quindi, non può che concludersi per l'accessibilità del software utilizzato per la gestione di un'attività amministrativa di indubbio interesse pubblicistico, nonché costituzionalmente rilevante, come nel caso di un pubblico concorso. [...]** Per le

*ragioni sopra indicate i ricorsi riuniti devono essere accolti con conseguente **obbligo dell'Amministrazione di provvedere all'ostensione di quanto chiesto dalla parte ricorrente ai sensi dell'art. 22 e ss. della legge n.241/90.** L'accoglimento della domanda nei termini di cui in narrativa rende superfluo l'esame della stessa con riferimento all'istituto dell'accesso civico generalizzato. In considerazione della novità e della complessità delle questioni trattate sussistono eccezionali ragioni per compensare le spese".*

Nella citata pronuncia il TAR del Lazio ha riconosciuto la piena sussistenza del diritto dei candidati alla procedura concorsuale in oggetto ad accedere agli atti relativi al "codice sorgente", ossia il *software* del programma che ha gestito il concorso e che il Ministero si è sempre ostinato a negare.

Deve essere pertanto in tale sede eccepita la perdurante inerzia dell'Amministrazione la quale, pur in presenza del giudicato costituito dalle richiamate sentenze, continua a non rendere gli atti relativi all'algoritmo del *software* utilizzato per la gestione automatizzata della procedura concorsuale che ci occupa.

La scelta algoritmica di digitalizzazione dell'attività amministrativa del Ministero non può andare a pregiudizio dei principi di trasparenza e di pubblicità del procedimento amministrativo, come costantemente stabilito dall'Ecc.mo TAR Lazio.

Occorre pertanto portare all'attenzione dell'Ecc.mo TAR adito la circostanza per cui allo stato attuale, non avendo l'Amministrazione ancora prodotto gli atti relativi all'algoritmo del *software* utilizzato, permangono dubbi in relazione alla sicurezza dei programmi adottati per lo svolgimento del concorso in oggetto.

L'incongruenza dei dati rilevata in sede di espletamento della prova scritta del concorso per Dirigenti Scolastici è necessariamente correlata ai difetti di funzionamento del *software* utilizzato dall'Amministrazione, la quale non solo ha consentito lo svolgimento di un concorso poco chiaro, ma continua ad impedire ai candidati la legittima conoscibilità dei meccanismi utilizzati in sede concorsuale.

Qualora il sistema avesse posto correttamente in essere una modalità di salvataggio in caso di irregolarità o di malfunzionamenti informatici, la ricorrente avrebbe

potuto avere accesso alla prova orale in oggetto e non sarebbe stata così privata del risultato relativo alla prova scritta utilmente conseguito.

In tal senso, deve essere precisato che le conseguenze del malfunzionamento del sistema non possono essere attribuite al privato cittadino, il quale si troverebbe così discriminato rispetto a tutti gli altri aspiranti partecipanti al concorso pubblico in netta violazione dell'art. 51 della Costituzione che sancisce che *“Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”*.

Va altresì precisato che il regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi, D.P.R. 487/1994, art. 3, le cui disposizioni sono direttamente applicabili alla procedura concorsuale in esame in quanto espressamente richiamate nell'epigrafe del bando di concorso e l'art. 3 della legge 241/1990, impongono l'adozione di provvedimenti motivati che diano conto dei *“presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione”*, requisiti che ovviamente non sono riscontrabili nel messaggio generato in automatico dal sistema.

Nel caso che ci occupa, non può di certo rappresentare un valido motivo di esclusione dalla prova orale l'omesso salvataggio delle risposte imputabile all'Amministrazione e il riconoscimento di un punteggio parziale, dovuti a mere irregolarità tecniche del sistema non dipendenti dai candidati.

Come ha avuto già modo di sostenere la Giurisprudenza amministrativa in materia, è illegittima l'esclusione di un partecipante ad un concorso dipesa da *“difetto di funzionamento del software fornito in dotazione ai candidati per lo svolgimento della prova scritta, il quale non contemplava la funzione di salvataggio automatico dei documenti, né la necessità di procedere ad un salvataggio manuale delle risposte fornite ai quesiti”*.

È infatti comprovato che **“il sistema informatico avrebbe dovuto contenere la funzione di salvataggio automatico, dopo un certo tempo, dei file in corso di creazione, funzione presente in qualunque sistema operativo di scrittura a video. Conclusivamente, quindi, la ambiguità ed imprecisione del sistema software fornito ai candidati e la carenza della cennata funzione di salvataggio automatico dei documenti, hanno determinato la perdita della risposta fornita dal ricorrente al quesito n. 2, a cui ha conseguito la mancata attribuzione di punteggio. Il ricorso va dunque accolto con assorbimento delle residue meno trancianti censure ed annullamento della non ammissione del Dott. [...] alla prova orale. Certo, non sfugge al Collegio che non ha fornito prova alcuna il ricorrente che la risposta al quesito n. 2 da lui elaborata fosse corretta e come tale generatrice di utile punteggio. Ragion per cui l'effetto conformativo conseguente alla presente sentenza consiste nell'obbligo da parte della commissione, in diversa composizione, di far ripetere al [...], entro quindici giorni dalla notifica della presente Sentenza, la risposta all'ultimo quesito, previa assegnazione di un tempo congruo, proporzionato al numero delle altre domande.”** (cfr. Sentenza Tar Lazio n. 2513/2017).

Per quanto sinora esposto, si rileva come i diritti dei candidati alla procedura indetta con D.D.G. n. 1259/2017 siano stati ulteriormente compromessi dalla mancanza di trasparenza da parte dell'Amministrazione, nei confronti della quale ci si riserva di presentare ulteriori doglianze nel corso del procedimento in oggetto, considerato che in questi giorni sta per essere avviata la procedura per l'integrale acquisizione del “codice sorgente” del *software* predisposto ed utilizzato dall'Amministrazione resistente per lo svolgimento del concorso in oggetto.

^^^

Per quanto sin qui esposto la ricorrente, come in epigrafe rappresentata e difesa, senza alcuna rinuncia a quanto già oggetto di gravame, estende con il presente atto l'impugnativa e propone motivi aggiunti avverso il Decreto Dipartimentale n. 1357 del 12.08.2021 con il quale il Ministero dell'Istruzione ha pubblicato la graduatoria di merito rettificata del concorso per Dirigenti Scolastici, nelle parti e per i motivi sopra indicati, in

quanto atto connesso e consequenziale a quelli già oggetto di impugnazione e rassegna le proprie

CONCLUSIONI

VOGLIA L'ILL.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO – ROMA:

NEL MERITO

ACCOGLIERE il presente ricorso, riportandosi a quanto già sottoposto ad impugnazione con il ricorso principale ed i motivi aggiunti, e disporre l'annullamento dei provvedimenti impugnati, nelle parti lesive per la ricorrente.

Con espressa riserva di ulteriormente dedurre e produrre, anche con memoria difensiva, in funzione delle istanze di accesso agli atti avanzate e dunque delle produzioni e difese avversarie, nonché dell'esame dei documenti che saranno versati.

Con vittoria delle spese di lite con clausola di attribuzione al sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario.

^^^

Ai fini del pagamento del C.U. si dichiara che il presente ricorso per motivi aggiunti in materia di pubblico impiego non è sottoposto al pagamento del C.U. in quanto si sottopongono a gravame provvedimenti strettamente connessi agli atti impugnati con il ricorso principale, e pertanto non vi è ampliamento della materia del contendere¹.

Si versano in produzione i seguenti documenti in copia:

1. D.D. M.I. n. 1357 del 12.08.2021 e allegato;
2. Elenco assegnazione ai ruoli regionali del 16.08.2021;
3. Avviso M.I. prot. n. 26374 del 24.08.2021;
4. Elenco ulteriori assegnazioni del 30.08.2021;
5. Elenco ulteriori assegnazioni del 01.09.2021;

^{1 1} Si del contributo unificato disposto dal TAR Toscana, relativamente a motivi aggiunti che, sebbene proposti per l'annullamento Cfr. Sentenza n. 1126 del 13.11.2017 emessa dalla Commissione Tributaria – Sez. Provinciale di Firenze, la quale ha annullato un invito di pagamento di un atto diverso da quelli impugnati con il ricorso introduttivo, non ampliano in misura significativa l'oggetto della controversia.

¹ Sul punto, si richiama la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale si è espressa affermando che *"il giudice è tenuto a dispensare l'amministrato dall'obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi qualora i ricorsi presentati (ovvero i motivi aggiunti) non siano effettivamente distinti o non costituiscano un ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia pendente"* (CGUE, causa C-61/14, sentenza del 6.10.2015).

6. Sentenza TAR Lazio n. 9798/2021;
7. Sentenza TAR Lazio n. 7370/2020;
8. Atto di diffida.

Salvo ogni altro diritto.

Roma, 22.10.2021

Avv. Domenico Naso

Avv. Francesca Virga