

AVV. C. MASSIMO ORIOLO
Via A. Moro n. 13 – Villa d'Agri
85050 MARSICOVETERE (PZ)
Tel. – fax: 097532515
pec: oriolomassimo@cert.ordineavvocatipotenza.it

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

APPELLO CON ISTANZA CAUTELARE EX ARTT. 98 CPA E CONTESTUALE ISTANZA DI NOTIFICA EX ART. 52 CPA

Per il prof. **Paolo VALENTE**, nato a Potenza il 29.11.1983, ivi residente in Via G. Calice n. 1,

rappresentato e difeso

dall'avv. C. Massimo Oriolo del Foro di Potenza (cf: RLOCDM67C10L326L),

elettivamente domiciliato

con il proprio avvocato e procuratore in Roma, V.le G. Mazzini n. 145, presso lo studio
dell'avv. Giuseppe Tepedino come da procura in calce;

fax 0975352515 – pec: oriolomassimo@cert.ordineavvocatipotenza.it

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, (cf. 80185250588), in persona del Ministro p.t., con la
difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato;

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA BASILICATA, in persona del legale, con
la difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato.

E NEI CONFRONTI DI:

Ivana ROSSINI (nata il 23.10.1996), Via Madonna delle Grazie, Anzi (Pz), non costituita in
primo grado.

PER L'ANNULLAMENTO/RIFORMA,

della sentenza breve n. 758/2020 (n. 448/2020 reg. ric.), resa dal Tar Basilicata (sez. I),
pubblicata il 3 dicembre 2020 e non notificata.

SOMMARIO

ATTI IMPUGNATI	3
FATTO DEDOTTO IN PRIMO GRADO	3
RICHIESTE E CONCLUSIONI:	6
MOTIVI DI ILLEGITTIMITA' DEDOTTI IN PRIMO GRADO	7
<i>A. INGIUSTIZIA MANIFESTA, TRAVISAMENTO ED ERRONEA RAPPRESENTAZIONE DEI FATTI E DELLA REALTÀ. VIOLAZIONE DELL'ART. 6 DELLA L. N. 241/1990. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. ERRORE NELL'OPERATO DELLA P.A. E VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E BUONA ANDAMENTO. ECCESSO DI POTERE.</i>	<i>7</i>
<i>B. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E BUON ANDAMENTO. ECCESSO DI POTERE.</i>	<i>8</i>
ISTANZE ISTRUTTORIE IN PRIMO GRADO	9
SVOLGIMENTO DEL PROCESSO DI PRIMO GRADO	9
SENTENZA DI PRIMO GRADO	11
MOTIVI DI APPELLO	11
<i>A. ERROR IN PROCEDENDO - VIOLAZIONE DELL'ART. 60.....</i>	<i>11</i>
<i>B. ERROR IN IUDICANDO - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE - TRAVISAMENTO DEI FATTI - OMESSA VALUTAZIONE DI ELEMENTI DECISIVI – INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA</i>	<i>12</i>
ISTANZA CAUTELARE	18
ISTANZA ISTRUTTORIA	20

ISTANZA PER LA NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI PROCLAMI	20
CONCLUSIONI.....	20

ATTI IMPUGNATI

Con ricorso del 28.10.2020 ritualmente notificato all'Amministrazione resistente e alla controinteressata, il ricorrente ha impugnato dinanzi al TAR Basilicata i seguenti atti:

- Decreto prot. n. 353 del 01.09.2020 dell'Ufficio scolastico regionale per la Basilicata (Ambito territoriale di Potenza), avente ad oggetto la pubblicazione delle graduatorie provinciali per le supplenze (GPS) della provincia di Potenza – posto comune e sostegno - del personale docente delle scuola primaria, della scuola dell'infanzia, della scuole secondaria di I e II grado e personale educativo valevoli per il biennio 2020/2021 e 2021/2022, nella parte in cui, per la classe di concorso B006 ha attribuito al ricorrente 12 punti in luogo di punti 87 (ovvero 74);
- Decreto n. 388 del 19/09/2020 dell'Ufficio scolastico regionale per la Basilicata (Ambito territoriale di Potenza), con il quale viste le risultanze dell'attività di valutazione dei reclami delle istanze prodotte dai candidati effettuate dalle istituzioni scolastiche e da quest'Ufficio attraverso la piattaforma predisposta dal Ministero dell'istruzione, ha ripubblicato le graduatorie provinciali per le supplenze (GPS) definitive della provincia di Potenza – posto comune e sostegno - del personale docente delle scuola primaria, della scuola dell'infanzia, della scuole secondaria di I e II grado e personale educativo valevoli per il biennio 2020/2021 e 2021/2022, nella parte in cui, per la classe di concorso AB006 ha attribuito al ricorrente 12 punti in luogo di punti 87 (ovvero 74);
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguenziale.

FATTO DEDOTTO IN PRIMO GRADO

Nella esposizione in fatto il ricorrente ha dedotto:

1. di aver conseguito nell'anno 2003 il diploma di Odontotecnico e di essere, perciò, stato inserito nella Graduatoria di Istituto (GI) di III fascia della Provincia di Potenza per la

classe di concorso B006 (Laboratorio di odontotecnica) valida per il triennio 2017/2020;

2. che ai fini del punteggio nella citata graduatoria, l'IPSIA *Giorgi* di Potenza (istituto capofila che nel 2017 istruì la pratica) valutò 12 punti il diploma e 62 punti i servizi resi dal ricorrente nell'Istituto Paritario *R. Danzi* di Potenza, attribuendogli 74 punti (doc. 1, 2 e 3 fasc. I grado);

3. che dall'a.s. 2020/21, le citate Graduatorie di istituto sono state sostituite dalle graduatorie provinciali per le supplenze (GPS) e i docenti già inseriti nelle GI di III fascia accedono a domanda alle GPS di II fascia;

4. l'O.M. n. 60/2020 ha dettato la disciplina di dettaglio per la formazione delle citate graduatorie e la DD n. 858/2020 ha fissato i termini per la presentazione delle domande in modalità telematica, dalle ore 15.00 del 22 luglio 2020 fino alle ore 23.59 del 6 agosto 2020 (doc. 4 e 5 fasc. I grado);

5. in data 28.07.2020 il ricorrente ha, quindi, presentato la relativa domanda, indicando sia i titoli culturali (diploma) che i servizi resi presso l'Istituto paritario *Danzi* (già precedentemente valutati nelle GI). Quello reso nell'a.s. 2019/20 presso la scuola statale IIS *Ten. R. Righetti* di Melfi era già precompilato nella domanda;

6. il modulo di domanda, disponibile unicamente sulla piattaforma telematica e standardizzato, presentava campi e passaggi obbligatori da compilare per poter passare alla fase successiva;

7. terminata la fase di compilazione il ricorrente ha, quindi, inoltrato la domanda che dopo pochi minuti ha annullato per presentarne un'altra, in quanto nella prima era stato omissso, fra i titoli culturali, una certificazione informatica (doc. 6 e 7 e doc. 1);

8. tale possibilità è espressamente contemplata dalla Guida emanata dal Ministero dell'Istruzione dove, appunto, è previsto che dopo l'inoltro dell'istanza, è possibile modificarla previo annullamento dell'inoltro, così da consentire l'accesso in aggiornamento, in modo che i dati immessi nella prima domanda vengono automaticamente riprodotti nel nuovo modulo di domanda (doc. 8);

9. sennonchè a causa della instabilità del sistema telematico - denunciata a livello

nazionale dalle stesse OO.SS. di categoria e dai siti internet specializzati (doc. 9 e 10) - il ricorrente ha constatato che l'unico dato valutato ha riguardato il diploma (valutato 12 punti), mentre tutti gli altri dati dichiarati dal ricorrente nella prima domanda non sono stati inseriti nella nuova domanda;

10. il ricorrente, a riprova dell'errore del sistema telematico, ha evidenziato che nella prima domanda annullata compare, fra i titoli culturali, anche la certificazione informatica Eipass che il ricorrente ha, invece, inserito solo nella seconda domanda (cfr.: doc. 6);

11. ha, inoltre, evidenziato che fra i servizi resi e dichiarati non è stato valutato nemmeno quello reso dal ricorrente nella scuola statale nell'a.s. 2019/20, sebbene – stando alla c.d. FAQ n. 8 - fosse un dato precompilato nella domanda in quanto già presente nella banca dati del Ministero (doc.11);

12. il 1° settembre 2020 l'Ambito territoriale di Potenza dell'USR Basilicata, con Decreto n. 353, ha pubblicato le GPS provvisorie attribuendo al ricorrente solo 12 punti collocandolo, così, all'ultimo posto della graduatoria (doc. 12);

13. in data 2 settembre 2020 il ricorrente ha presentato reclamo, facendo rilevare il cattivo funzionamento del sistema telematico, allegando entrambe le domande, ma l'Amministrazione (per il tramite dell'Istituto *Giorgi*, che anche in questo caso ha istruito la domanda) lo ha del tutto ignorato (doc. 13);

14. difatti in data 19 settembre 2020 l'Amministrazione resistente, con Decreto 388, ha pubblicato la graduatoria definitiva confermando il punteggio precedentemente attribuito al ricorrente (doc. 14);

15. una corretta valutazione dei titoli culturali e di servizio avrebbe consentito al ricorrente di collocarsi al 4° posto della graduatoria con 87 punti. Difatti, secondo l'Allegato A6 dell'OM 60/2020 (doc. 4) il diploma è valutato 12 punti, la certificazione informatica è valutata punti 0,50, mentre i servizi sono valutati fino ad un massimo di 12 punti per anno scolastico e 2 punti per ciascun mese o frazioni di 16 giorni;

16. nondimeno, se l'Amministrazione avesse preso in considerazione i titoli e i servizi già valutati nelle vecchie graduatorie di istituto relative al triennio 2017/2020 (dati già nella

disponibilità dell'Istituto *Giorgi*), al ricorrente sarebbero spettati 74 punti e anche in questo caso si sarebbe collocato al 4° posto della graduatoria e avrebbe lavorato durante tutto l'anno scolastico 2020/21 (cfr.: doc. 3);

17. l'Amministrazione ha, infatti, stipulato 4 contratti a tempo determinato su posti vacanti in organico di diritto e il ricorrente avrebbe, quindi, sottoscritto un contratto presso l'IPSIA *Giorgi* di Potenza incrementando, così, anche il punteggio specifico per la citata classe di concorso, da far valere negli anni successivi (doc. 15);

18. ai fini della domanda cautelare il ricorrente, oltre alla ristrettezza dei tempi di vigenza delle GPS (2 anni), ha anche evidenziato di essere privo di occupazione e di versare in una situazione economica alquanto angosciante, in quanto il proprio nucleo familiare è gravato da due mutui che comportano un esborso mensile di circa € 800, e l'unica fonte di reddito è rappresentato da quello della compagna (sig.ra Daniela Mercurio), a sua volta dipendente precaria della scuola quale Assistente Amministrativa, con uno stipendio netto mensile di circa € 1200 (doc. 16, 17 e 18).

RICHIESTE E CONCLUSIONI:

Il ricorrente, nel rassegnare le conclusioni, ha chiesto al Tar Basilicata, previa adozione di idonea misura cautelare (ai sensi degli artt. 55 e 56 cpa):

di accertare e dichiarare il suo diritto al riconoscimento del maggiore punteggio complessivo pari a 87 (ovvero 74), stante l'omessa e/o erronea valutazione dei titoli di servizio, correttamente inseriti nella domanda di partecipazione;

di ordinare all'Amministrazione resistente di rivalutare la sua posizione in funzione del maggiore punteggio accertato, collocandolo correttamente in graduatoria con il punteggio pari a 87 (ovvero 74).

Con vittoria di spese e compensi di difesa da distrarsi in favore del sottoscritto avvocato antistatario.

Con riserva di agire in separata sede per il risarcimento dei danni.

**MOTIVI DI ILLEGITTIMITÀ DEDOTTI
DAL RICORRENTE IN PRIMO GRADO**

A. INGIUSTIZIA MANIFESTA, TRAVISAMENTO ED ERRONEA RAPPRESENTAZIONE DEI FATTI E DELLA REALTÀ. VIOLAZIONE DELL'ART. 6 DELLA L. N. 241/1990. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. ERRORE NELL'OPERATO DELLA P.A. E VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E BUONA ANDAMENTO. ECCESSO DI POTERE.

Il ricorrente, dopo aver ripercorso la vicenda fattuale ed evidenziato l'anomalo funzionamento della piattaforma telematica utilizzata per la presentazione delle domande di inserimento nelle GPS, ha lamentato un difetto di istruttoria da parte dell'Amministrazione la quale, disponendo dei dati dichiarati dal ricorrente nella prima domanda (poi annullata), aveva elementi di valutazione per verificare la fondatezza di quanto denunciato dal ricorrente stesso con il reclamo presentato il 2 settembre 2020 (doc. 13 fasc. I grado).

L'Amministrazione, al cospetto delle anomalie denunciate con il reclamo e già evidenti nella fase di valutazione delle domande – ricorrendo al soccorso istruttorio (art. 6, co. 1 lett. b L. n. 241/1990) - avrebbe potuto interloquire con il gestore del sistema informatico acquisendo il flusso dei dati, che gli avrebbe consentito di appurare i fatti denunciati dal ricorrente, tanto più se si considera che il malfunzionamento del sistema telematico ha rappresentato un dato alquanto diffuso e notorio sull'intero territorio nazionale (cfr.: doc. 9).

Il ricorrente ha, sul punto richiamato un precedente del Consiglio di Stato (sez. VI, 15.06.2015 n. 2910) il quale - sia pure in materia di ricorsi elettorali - ha evidenziato che il soccorso istruttorio: *"... è ammissibile in tutti i casi in cui l'irregolarità sia dovuta a caso fortuito, forza maggiore, fatto dell'amministrazione, errore scusabile e comunque se la regolarizzazione non comporta indagini istruttorie e approfondimenti incompatibili con i tempi del procedimento elettorale e con il rispetto del termine massimo di presentazione delle candidature, pena la violazione della par condicio e dell'interesse pubblico alla necessaria concentrazione e celerità delle varie fasi di*

cui si compone il procedimento elettorale.”

Inoltre, evidenziato che le GPS si pongono come mera prosecuzione (sia pure con una diversa denominazione) delle Graduatorie di istituto, il ricorrente ha posto l'accento sul fatto che l'Amministrazione, vigendo queste ultime, aveva già valutato i servizi resi dal ricorrente.

Assegnato, quindi, alla domanda di inserimento nelle GPS la semplice funzione di aggiornamento dei titoli culturali e di servizio maturati nel triennio 2017/2020 (secondo una prassi costantemente applicata nel corso degli anni per cui, appunto, il docente già inserito nelle graduatorie di istituto era solo tenuto ad aggiornare la propria posizione), al cospetto delle denunciate anomalie, il ricorrente ha evidenziato, quindi, essere superfluo dichiarare dati già noti alla p.a. procedente, così deducendo la violazione dell'art. 43 del DPR n. 445/2000 in funzione dell'esercizio del soccorso istruttorio.

Difatti la disponibilità dei dati già in possesso della p.a. nel raffronto con la scarsa consistenza della domanda di inserimento nelle GPS, doveva rappresentare un campanello di allarme per la p.a. procedente.

B. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E BUON ANDAMENTO. ECCESSO DI POTERE.

Il ricorrente ha, inoltre, rilevato che la piattaforma telematica utilizzata per l'inoltro delle domande si è rivelata completamente inidonea a gestire la mole di dati da acquisire, con danni inenarrabili per il ricorrente che, considerando il dato reale del servizio prestato, già in possesso del Ministero, avrebbe potuto ottenere un contratto per l'intero anno scolastico.

In particolare il ricorrente ha evidenziato che in alcun modo egli avrebbe potuto prevenire l'errore tramite altre vie, in quanto i candidati erano obbligati a presentare l'istanza esclusivamente attraverso il sistema informatico che, in presenza di anomalie, integra una responsabilità diretta in capo a chi ne ha predisposto il funzionamento senza considerare tali conseguenze, responsabilità accentuata dalla condotta, almeno omissiva del

dipendente che, tempestivamente informato con il reclamo, non si è adoperato per svolgere, secondo i principi di legalità e imparzialità, tutte quelle attività che, in concreto, possano soddisfare le legittime pretese dell'istante, nel rispetto, comunque recessivo, delle procedure informatiche.

La piattaforma POLIS utilizzata nel caso di specie deve essere, difatti, uno strumento per meglio servire il cittadino e per far funzionare meglio il servizio reso dalla P.A., e non può certo porsi come mezzo discriminatorio e lesivo per i candidati, specie ove gli errori (o presunti tali) siano attribuibili solo ad un malfunzionamento del portale su dati che sono già in possesso dell'Amministrazione (in tal senso: Tar Toscana, sentenza n. 1073/2016).

I profili di illegittimità sopra riassunti caratterizzano i motivi di illegittimità denunciati dal ricorrente con il ricorso di primo grado.

ISTANZE ISTRUTTORIE

Ai sensi dell'art. 64, co. 3 cpa il ricorrente ha chiesto all'adito TAR - in caso di contestazioni sui titoli e sui servizi dichiarati dal ricorrente con le due domande telematiche di inserimento nelle GPS – di voler disporre l'acquisizione di informazioni e/o documenti utili nella disponibilità della p.a.; ha chiesto, inoltre, l'acquisizione del flusso informatico dei dati presenti nel sistema di gestione delle domande telematiche inoltrate dal ricorrente il 28/07/2020 con numero I.1211234 e numero I.1211694.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO DI PRIMO GRADO

Notificato il ricorso sia all'Amministrazione che alla controinteressata il giudizio è stato iscritto al n. 448/2020 e assegnato alla sezione I del Tar Basilicata.

Sull'istanza cautelare monocratica il Presidente del Tar, con Decreto n. 253 del 03.11.2020, ha così provveduto: *"...Considerato che occorre, prima di tutto, acquisire dall'amministrazione una circostanziata e documentata relazione di chiarimenti in ordine:*

- alle anomalie che, secondo quanto riferito dal ricorrente, le Organizzazioni sindacali avrebbero denunciato relativamente alla instabilità del sistema telematico nella acquisizione delle domande di partecipazione alla procedura in questione;
- alla posizione del ricorrente con riferimento alle suddette anomalie;
- alle eventuali iniziative e determinazioni adottate dall'amministrazione rispetto all'accertamento ed alla soluzione delle eventuali criticità riscontrate nella gestione del sistema informatico;
- alla possibilità di recupero del flusso informatico dei dati acquisiti dal sistema di gestione delle domande telematiche inoltrate dal ricorrente il 28/7/2020 con numero I.1211234 e numero I.1211694;

Ritenuto che va assegnato il termine di quindici giorni, dalla notificazione del presente decreto a cura del ricorrente, o dalla comunicazione di Segreteria se anteriore, per il deposito della suddetta documentazione da parte dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Basilicata, da effettuare per il tramite dell'Avvocatura erariale ovvero con le modalità prescritte dalle regole di attuazione del processo amministrativo telematico (avvalendosi dell'apposito modulo pdf disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, da compilare seguendo le relative Istruzioni e da trasmettere con gli allegati esclusivamente a mezzo p.e.c. all'indirizzo pz_pat_deposito@pec.ga-cert.it);

P.Q.M.

dispone gli incompetenti istruttori di cui in motivazione e fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 2/12/2020".

In data 3 novembre 2020 il Ministero resistente ha depositato atto formale di costituzione e in data 18 novembre ha depositato una nota a firma della Dirigente dell'USR Basilicata, in cui la stessa ha chiesto un differimento del termine assegnato con il citato Decreto istruttorio, avendo chiesto specifici chiarimenti alla Direzione generale per i sistemi informativi e la statistica (DGCASIS) del Ministero dell'Istruzione.

In prossimità della Camera di Consiglio del 02.12.2020, il Ministero ha depositato una propria memoria difensiva con la quale ha rilevato la non integrità del contraddittorio e, nel contestare i motivi di ricorso, ha dedotto (senza darne prova) che non vi fossero state

anomalie nel funzionamento della piattaforma telematica utilizzata per la presentazione delle domande.

Dal canto suo il ricorrente ha, invece, depositato note di udienza con le quali ha replicato alle deduzioni svolte dalla controparte.

All'esito dell'udienza camerale svolta in modalità cartolare, il Collegio ha deciso il giudizio con sentenza in forma semplificata n. 758, pubblicata il 03/12/2020, rigettando il ricorso con condanna del ricorrente al pagamento delle spese di lite.

SENTENZA DI PRIMO GRADO

Con la sentenza impugnata il Tar adito, dopo aver premesso che per le 15.000 domande di inserimento nelle GPS presentate telematicamente nella sola Provincia di Potenza non sarebbero emersi significativi malfunzionamenti del sistema telematico, ha sostenuto la scarsa diligenza del ricorrente nella compilazione della domanda che, perciò, deve sopportare le conseguenze dell'errore commesso, ciò in applicazione del principio di autoreponsabilità. Conseguente, prosegue il TAR, non sarebbe invocabile l'art. 6 lett. b) della L. n. 241/1990, non applicabile nei procedimenti selettivi in virtù del principio della *par condicio* "... che, in presenza, come nella specie, di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, verrebbe palesemente violato dall'invito alla integrazione e/o dalla rimessione in termini, cioè dalla sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso dei requisiti di ammissione e/o dei titoli."

Nella stessa logica - prosegue il TAR - sarebbe stato violato il principio della *par condicio* se, in applicazione dell'art. 43, co. 1 DPR n. 445/2000, la p.a. resistente avesse d'ufficio tenuto conto di informazioni e dati già nella sua disponibilità ai fini della graduatoria per cui è causa.

MOTIVI DI APPELLO

A. ERROR IN PROCEDENDO - VIOLAZIONE DELL'ART. 60.

Si è evidenziato che il Presidente del Tar, investito della domanda cautelare monocratica, ha adottato il Decreto n. 223/20, ritenendo necessario acquisire dall'Amministrazione una circostanziata e documentata relazione di chiarimenti in ordine

alle anomalie (denunciate dalle stesse OO.SS.) relative alla instabilità del sistema telematico nella fase di acquisizione delle domande, anche con specifico riferimento alla posizione del ricorrente; alle iniziative intraprese per l'accertamento e per la soluzione delle anomalie; alla possibilità di recuperare il flusso informatico delle domande telematiche inoltrate dal ricorrente in data 28.07.2020.

Su tale incombe istruttorio gli Uffici periferici del Ministero resistente si sono limitati, in prossimità della Camera di Consiglio fissata per la domanda cautelare collegiale, a chiedere un differimento del termine assegnatogli, avendo investito della questione gli Uffici centrali competenti.

Ciò malgrado il Tar adito, all'esito della Camera di Consiglio (svolta in modalità cartolare e non con collegamento da remoto come erroneamente affermato nella sentenza gravata) ha ritenuto di decidere la causa ex art. 60 cpa rigettando il ricorso.

È noto che la definizione del giudizio all'esito della Camera di Consiglio fissata per la domanda cautelare presuppone, tra gli altri, la completezza dell'istruttoria, che nel caso di specie non sussisteva.

La richiesta di chiarimenti (non adempiuta dalla p.a. resistente), disposta dal Tar in funzione delle decisione in sede collegiale della domanda cautelare, è sintomatica di una carenza istruttoria ed è evidente, quindi, che il giudizio (giunto nella Camera di Consiglio) non poteva ritenersi compiutamente istruito, non essendo stata data ancora risposta ai chiarimenti chiesti alla p.a. resistente.

Non sussistevano, quindi, le condizioni perché il giudizio potesse definirsi ex art 60 cpa, anche in ragione del fatto che, come si evidenzierà oltre, la materia controversa vede la parte pubblica onerata di dare prova dalla insussistenza dei fatti posti a fondamento del ricorso.

B. ERROR IN IUDICANDO - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE - TRAVISAMENTO DEI FATTI - OMESSA VALUTAZIONE DI ELEMENTI DECISIVI – INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

La sentenza di I grado è, altresì, ingiusta in quanto ha posto a carico del ricorrente l'onere della prova delle anomalie denunciate, senza tener conto del principio di prova (di seria consistenza) offerto in tale senso dal ricorrente stesso.

Il Giudice di I grado, presupposto quanto dichiarato dall'Amministrazione nei propri scritti difensivi (cioè che delle 15.000 domande presentate nella provincia di Potenza non vi fossero anomalie rilevanti), ha ritenuto che il pregiudizio lamentato con il ricorso di I grado (mancata attribuzione del punteggio per i servizi resi negli anni passati) fosse da ascrivere alla esclusiva negligenza del ricorrente il quale, dopo aver presentato le due domande, nulla avrebbe fatto per verificare l'esito delle stesse, in ciò fondando il rigetto del ricorso.

Il tal modo non si è tenuto conto degli elementi di prova offerti dal ricorrente (gli unici nella sua disponibilità) sui quali, peraltro, si è innestato il provvedimento istruttorio, nè si è tenuto conto che a fronte dei citati elementi di prova, era l'Amministrazione a dover dar prova del contrario.

In particolare il ricorrente ha evidenziato;

- a) che nel file elaborato dal sistema relativo alla prima domanda amministrativa (quella presentata e poi annullata), risulta essere stato inserita anche la certificazione informatica Eipass che egli ha, invece, inserito solo nella seconda domanda, presentata proprio allo scopo di aggiungere quest'ultimo titolo, omesso nella prima domanda (cfr.: doc. 6);
- b) che nell'attribuzione del punteggio finale non è stato valutato nemmeno il servizio di insegnamento prestato nella scuola statale nell'a.s. 2019/20 che, invece, doveva essere precompilato nella domanda in quanto già presente nella banca dati del Ministero (doc.11);
- c) che stando alle istruzioni operative impartite dal Ministero, la possibilità di annullare una domanda già inoltrata è espressamente contemplata essendo, in tal caso, previsto che i dati precedentemente dichiarati (nel caso di specie: sia i titoli culturale che quelli di servizio: doc. 6 fasc. I grado) restano memorizzati nel sistema per essere, perciò, riutilizzati nella nuova domanda. (cfr.: doc. 8, pagina 35 fasc. I

grado).

Le tre anomalie denunciate dal ricorrente integrano, in definitiva, indice dell'irregolare funzionamento della piattaforma Polis; l'onere di deduzione, allegazione e prova assolto in tal modo dal ricorrente sposta a carico della p.a. resistente l'onere di dar prova del corretto funzionamento della piattaforma telematica (i chiarimenti istruttori disposti dal Tar lo presuppongono), in mancanza della quale prova è la p.a. a dover soccombere e non certo la parte privata.

È noto, infatti, che in capo al ricorrente privato sussiste solo un circoscritto onere del principio di prova, assolto il quale l'adempimento riguardante la completa dimostrazione dei fatti controversi è posto a carico della PA.

Come per le procedure telematiche nelle gare di appalto pubblico, anche nella materia concorsuale può trovare applicazione il principio giurisprudenza per cui, nel caso di procedure in forma telematica, in linea generale, il rischio inerente alle modalità di trasmissione della domanda di partecipazione alla gara ricade sulla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara, che deve accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici (Cons. di Stato, sez. III n. 8536/20; n. 86/20; n. 3245/2017 e n. 481/2013).

Nel giudizio di primo grado non è stata fatta corretta applicazione dei citati principi.

Anche virtù del principio della vicinanza della prova, era l'Amministrazione a dover provare in giudizio il corretto funzionamento della piattaforma telematica; solo tale prova avrebbe potuto smentire le ragioni di doglianza azionate dal ricorrente.

Quest'ultimo, come detto - evidenziate le anomalie sopra citate - ha censurato la condotta tenuta dalla p.a. che, nel decidere il reclamo presentato il 2 settembre 2020 (doc. 13), non ha fatto buon governo dell'istituto del soccorso istruttorio (art. 6, co. 1 lett. b, L. n. 241/1990), omettendo di svolgere le opportune indagini sul corretto funzionamento della piattaforma

POLIS, malgrado sussistessero elementi fattuali, chiaro indice di un difetto di funzionamento della piattaforma telematica.

Del resto tra le due domande presentate dal ricorrente è intercorso un brevissimo lasso temporale (meno di 5 minuti), per cui solo un difetto di funzionamento del sistema può giustificare la rimozione simultanea dei dati precedentemente dichiarati dal ricorrente e accidentalmente non conservati nel sistema telematico, dati che, se rimossi volontariamente, (ma non ve ne sarebbe stato motivi) richiedevano tempi ben più lunghi.

Poichè il ricorrente ha introdotto in giudizio sufficienti elementi di prova circa il difetto di funzionamento del sistema, la violazione dell'art. 6, co. 1 lett. b) della L. n. 241/1990 è insita nella condotta omissiva tenuta dal Responsabile del procedimento (sia nella fase di istruzione del procedimento finalizzato alla pubblicazione delle graduatorie, che nella fase di valutazione del reclamo presentato dal ricorrente), ed è, quindi, censurabile la sentenza di primo grado che ha ritenuto, invece, non sussistere le condizioni per affermare la violazione della citata disposizione ritenendo, conseguentemente, non sussistere la violazione dell'art. 43 del DPR n. 445/2000.

Il ricorrente, nel rilevare anche la violazione di tale ultima disposizione, ha posto l'accento sul fatto che le GPS altro non sono che uno strumento di reclutamento del personale docente precario, del tutto identico alle Graduatorie di istituto, tanto che la pregresso iscrizione del ricorrente in queste ultime graduatorie ha rappresentato una condizione di ammissibilità della domanda di inserimento nelle GPS.

Stando così le cose, la domanda di inserimento nelle GPS altro non è che UN AGGIORNAMENTO DEI DATI MATURATI DAL CANDIDATO NEL TRIENNIO 2017/2020 ESSENDO, QUINDI, SUPERFLUO RICHIEDERE AL CANDIDATO STESSO DATI GIÀ PRECEDENTEMENTE VALUTATI E, QUINDI, NELLA DISPONIBILI DELLA P.A., tanto più se si considera il difetto di funzionamento della piattaforma polis.

In questa logica, e in funzione del soccorso istruttorio, la p.a. resistente era tenuta ad appurare adeguatamente l'anomalia, data dalla totale assenza di titoli di servizio presenti nella domanda di inserimento nelle GPS presentata dal ricorrente soprattutto se rapportata

alla pregressa iscrizione dello stesso ricorrente nelle Graduatorie provinciali di istituto, ove il servizio era stato valutato con 62 punti.

Alla luce di quanto sin qui dedotto, appurato che nel caso di specie sussiste(va) un principio di prova delle anomalie denunciate dal ricorrente e constatato che la p.a. resistente non ha, di contro, smentito i dedotti difetti di funzionamento, sussistevano le condizioni perchè venisse censurata la condotta della p.a. resistente in punto di violazione di entrambe le disposizioni citate.

Non è condivisibile, quindi, la motivazione della sentenza di primo grado che, dopo aver dato per scontato il corretto funzionamento della piattaforma telematica, ha posto l'accento sulla negligenza del ricorrente e, richiamato il principio di autoresponsabilità e *par condicio* tra i concorrenti, ha escluso potesse invocarsi la violazione sia dall'art. 6 co. 1 lett. b) della L. n. 241/1990 sia dell'art. 43 del DPR n. 445/2000.

Di contro, la violazione delle due disposizioni è da ritenere "più probabile che non" essendo stati introdotti in giudizio, a cura del ricorrente, sufficienti elementi atti a dimostrare il deficit di funzionamento della piattaforma telematica, che avrebbero dovuto indurre la p.a. ad agire in soccorso istruttorio.

Il ricorrente, nell'invocare la violazione dell'art. 6 L. n. 241 (oltre che dell'art. 43 del DPR n. 445), non ha preteso una integrazione di dati non dichiarati nelle domande amministrative avendo, invece, sollecitato solo **una REGOLARIZZAZIONE di dati non pienamente univoci, tali essendo a causa di un difetto di funzionamento della piattaforma telematica.**

Nel riproporre, quindi, tutti i motivi di censura dedotti in primo grado, si rileva che il soccorso istruttorio – contrariamente a quanto affermato dal Giudice di I grado – era pienamente esigibile nel caso di specie.

È pacifico, infatti, che detto istituto è pienamente utilizzabile anche nei concorsi pubblici, rispetto ai quali le finalità proprie di detta procedura non possono essere alterate nei suoi esiti da meri errori formali (Consiglio di Stato, sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975; T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 11/04/2019, n. 465; ; T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, Sent., (ud. 06/11/2019) 13-12-2019, n. 5946), **tanto più se, come nel caso di specie,**

emergono forti dubbi sul corretto funzionamento degli strumenti telematici messi a disposizione dell'Amministrazione.

Le mere affermazioni difensive provenienti dalla difesa erariale circa l'assenza di anomalie sulle 15000 domande presentate nella provincia di Potenza, non possono colmare tale *deficit*, tanto più se si considera che il flusso delle domande viene gestito da un server centrale e non a livello periferico.

Anzi tale ultima affermazione (fatta propria dal Giudice di I grado) è smentita per *tabulas* dalla nota interlocutoria a firma della Dirigente dell'Ambito territoriale di Potenza del Ministero che, nel chiedere il differimento del termini assegnatogli per dar corso all'incombente istruttoria, dichiara di aver chiesto gli opportuni chiarimenti alla Direzione generale per i sistemi informativi e la statistica (DGCASIS), il che è indice che in sede periferica l'Ufficio non era in grado di soddisfare le richieste sollecitate dal Tar.

Nè, infine, le citate anomalie possono ritenersi sanate dalla supposta negligenza del candidato, che non avrebbe consultato per tempo le e-mail di riscontro delle domande (ammesso per ipotesi che le abbia ricevute), in modo da poter sopperire all'errore del sistema telematico.

La presunta negligenza del ricorrente non può avere l'effetto di neutralizzare le condotte omissive ascritte alla p.a. resistente, le quali hanno avuto una incidenza causale determinante nella produzione del danno sofferto dal ricorrente rispetto alle quali condotte omissione, la presunta negligenza del candidato assume un significato del tutto secondario. Del resto, l'utilizzo del sistema informatizzato, previsto a norma dell'art. 12 del d. lgs. n. 82/2005, non può e non deve compromettere la partecipazione di un candidato ad una selezione a causa di mere irregolarità formali non incidenti su quelle sostanziali (quali la mancanza di requisiti di partecipazione, l'oggettiva tardività della domanda, ecc.), in quanto la piattaforma POLIS (utilizzata nel caso di specie) deve essere uno strumento per meglio servire il cittadino e per far funzionare meglio il servizio reso dalla P.A. e non può certo porsi come mezzo discriminatorio e lesivo per i candidati, specie ove gli errori (o presunti tali) siano attribuibili solo ad un malfunzionamento del portale su dati che sono già

in possesso dell'Amministrazione (in tal senso: Tar Toscana, sentenza n. 1073/2016).

In ultimo appare opportuno evidenziare che, in presenza di una attività istruttoria disposta in sede giurisdizionale e non adempiuta dalla p.a. resistente, il G.A. - in applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 116, co. 2 cpc (riprodotta nel citato art. 64 ult. comma cpa) – avrebbe dovuto dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, il che introduce un ulteriore profilo di censura della sentenza di I grado.

ISTANZA CAUTELARE

Sulla scorta di quanto sopra dedotto, è quanto mai evidente la necessità della sospensione della sentenza impugnata e, con essa, la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati in primo grado.

Sul *periculum in mora* si rappresenta che alla parte istante viene preclusa, in maniera del tutto arbitraria ed illegittima, la possibilità di vedersi assegnato da parte dell'Amministrazione il punteggio maturato per i servizi resi in anni ed anni di precariato (spesso malpagati).

Il suo attuale collocamento all'ultimo posto della graduatoria e la limitata durata delle GPS (due anni) rende attuale e concreto il pregiudizio, peraltro già prodottosi e non reintegrabili per equivalenti.

Il ricorrente, infatti, ha ottenuto un punteggio di soli 12 punti; se fossero stati valutati i servizi in modo corretto, egli si sarebbe collocato in posizione utile per lavorare per l'intero anno scolastico, così da incrementare anche il punteggio da far valere in occasione dei futuri aggiornamenti delle GPS.

Dopo la pubblicazione delle GPS l'Ambito territoriale di Potenza ha, infatti, sottoscritto 4 contratti a tempo determinato con i primi 4 docenti inseriti nella graduatoria per la classe di concorso del ricorrente, giungendo a convocare fino al docente con 46,5 punti totali (doc. 15 fasc. I grado).

Il ricorrente, già con il solo punteggio di 73 punti attribuitogli nelle vecchie graduatorie di istituto sarebbe stato incluso fra i destinatari della proposta di assunzione, il che supera la c.d. prova di resistenza nella relativa graduatoria.

Con il riconoscimento del giusto punteggio il ricorrente avrebbe non solo lavorato ma anche incrementato la propria posizione in graduatoria, apparendo necessario un provvedimento cautelare che, sospesi gli atti amministrativi impugnati in primo grado, inserisca il ricorrente (sia pure con riserva) nella giusta posizione in graduatoria.

Nel caso di specie il decorrere del tempo ha sempre maggiore incidenza negativa ai fini della maturazione del punteggio in graduatoria, posto che tale punteggio presuppone lo svolgimento di un periodo di servizio di almeno 6 mesi (2 punti per mese o frazione di mese di almeno 16 giorni (cfr.: Allegato A/6 dell'OM n. 60 – doc. 4).

Tale pregiudizio, se si dovesse attendere la definizione nel merito, è destinato a ripresentarsi il prossimo anno e anche in occasione dei futuri aggiornamenti, riverberandosi anche nella valutazione dei titoli di servizio da far valere nella futura carriera di docente o in eventuali procedure concorsuali.

Al pregiudizio connesso alla progressione nella graduatoria va associato anche il danno connesso al mancato accrescimento professionale (anche questo non reintegrabili per equivalenti).

Vi è, quindi, un interesse attuale e concreto affinché il ricorrente consolidi definitivamente la propria posizione nella graduatoria della classe di concorso B006 in modo da incrementare il punteggio per accrescere, negli anni futuri, nuove occasioni di lavoro.

Sussiste, in definitiva, una situazione ad effetti irreversibili ed irreparabili, tale da legittimare la concessione della misura cautelare, sussistendo valide ragioni per evitare il consolidarsi di una situazione che potrebbe determinare, per il solo decorso del tempo, la perdita di un diritto non diversamente reintegrabile.

Viene in rilievo anche una precipua necessità economica da salvaguardare: come dedotto e documentato, il nucleo familiare del ricorrente allo stato gode del solo apporto economico della sig.ra Mercurio Daniela, con un stipendio mensile netto di circa € 1.200,00, appena sufficiente a soddisfare i bisogni primari, tenuto conto che il budget mensile è gravato da due mutui che implicano un esborso mensile di circa € 800 (doc. 16, 7 e 18 fasc. I grado).

ISTANZA ISTRUTTORIA

Si chiede che l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito voglia disporre l'acquisizione di informazioni e/o documenti utili nella disponibilità della p.a. resistente, anche in ordine al flusso informatico dei dati acquisiti dal sistema di gestione delle domande telematiche inoltrate dal ricorrente il 28/07/2020 con numero I.1211234 numero I.1211694.

Si chiede, altresì, che vengano acquisite informazioni alla p.a. resistente in ordine alle attività di valutazione del reclamo presentato dal ricorrente il 02/09/2020;

ISTANZA PER LA NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI PROCLAMI

Se il ricorrente conseguisse il ripristino del giusto punteggio, tutti i docenti inseriti nella GPS per la classe di concorso B006 dalla 4^a posizione in poi, sarebbe potenzialmente controinteressati nel presente giudizio (doc. 14).

In ragione dell'elevato numero dei potenziali controinteressati si chiede venga disposta **l'integrazione del contraddittorio attraverso la notifica del presente ricorso** con pubblicazione degli atti processuali sul sito web del Ministero dell'Istruzione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 52 cpa e 151 cpc

CONCLUSIONI

Allo stato il ricorrente, come in atti rappresentata e difesa

CHIEDE

all'Ecc.mo Consiglio di Stato che, respinta ogni contraria istanza e in riforma della sentenza di primo grado, voglia:

in via cautelare, sospendere l'esecuzione delle sentenza n. 758/2020 (n. 448/2020 reg. ric.), resa dal Tar Basilicata (sez. I) e, conseguentemente, sospendere l'efficacia dei provvedimenti amministrativi impugnati in I grado e, per l'effetto, ammettere con riserva il ricorrente nella GPS di II fascia della Provincia di Potenza, classe di concorso B006 (Laboratorio di odontotecnica) con punti 87 (ovvero 74), ordinando alla p.a. resistente di adottare i provvedimenti conseguenziali;

autorizzare la notifica ai controinteressati nelle forme ex art. 52 cpa con pubblicazione del ricorso sulla pagina web del Ministero resistente;

disporre, in via istruttoria, l'acquisizione di informazioni e/o documenti utili nella disponibilità della p.a., anche in ordine al flusso informatico dei dati acquisiti dal sistema di gestione delle domande telematiche inoltrate dal ricorrente il 28/07/2020 con numero I.1211234 numero I.1211694, nonché informazioni alla p.a. resistente in ordine alle attività di valutazione del reclamo presentato dal ricorrente il 02/09/2020;

nel merito, annullare e/o riformare la sentenza impugnata e gli atti impugnati in I grado, con condanna dell'Amministrazione a collocare il ricorrente nella citata graduatoria con il punteggio pari a 87 (ovvero 74);

con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa del doppio grado di giudizio, da distrarsi in favore del sottoscritto avvocato antistatario.

Con ogni più ampia riserva, pure di istruttoria.

ATTI E DOCUMENTI DEPOSITATI:

- Procura speciale;
- Copia conforme della sentenza impugnata;
- Ricorso di I grado;
- Dichiarazione sostitutiva di certificazione per l'esenzione del contributo unificato.
- Fascicolo di I grado presente sul PAT del Tar Basilicata al n. 448/2020 rg.

Valore della controversia: INDETERMINATO.

Ai fini del pagamento del Contributo Unificato, si dichiara che il presente procedimento attiene a materia di pubblico impiego e il ricorrente non è tenuta al versamento del CU in quanto esente come da autocertificazione allegata.

Villa d'Agri (Pz) - Roma, 15 gennaio 2021.

avv. C. Massimo Oriolo