

Ecc.mo Consiglio di Stato

Ricorso avverso ordinanza cautelare TAR Lazio

PER Maria Buongiorno – OMISSIS -, e meglio generalizzata, giusta procura speciale in calce al ricorso, al cui contenuto sui dati anagrafici si rimanda anche in sostituzione delle sopra indicate generalità in caso di errori o omissioni, dagli Avv. Michele Bonetti (C.F. BNTMHL76T24H501F) e Santi Delia (C.F. DLESNT79H09F158V), che dichiarano di ricevere le comunicazioni di segreteria ai numeri di fax 06/64564197 - 090/8960421 o alle mails info@avvocatomichelebonetti.it - santi.delia@avvocatosantidelia.it e pec michelebonetti@ordineavvocatiroma.org - avvsantidelia@cnfpec.it, elettivamente domiciliato in Roma, Via S. Tommaso d'Aquino, 47 (Studio Legale Avvocati Michele Bonetti e Santi Delia).

Contro Il Ministero dell'Istruzione e del Merito in persona del Ministro p.t. e dei controinteressati in atti.

Per la riforma

dell'ordinanza cautelare emessa dal TAR Lazio, Sede di Roma, in data 4 luglio 2024, n. 3012/2024 prov. caut. per il ricorso avente numero di ruolo generale 6446/2024: *“Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Sezione Terza bis) respinge la domanda cautelare”* e meglio specificata in atti

In fatto

a. In fatto e sui precedenti gradi di giudizio. L'odierna ricorrente è una docente di ruolo e partecipava al concorso per il reclutamento di dirigenti scolastici, indetto con D.D.G. del 23 novembre 2017, n. 1259. A seguito del mancato superamento della prova scritta, impugnava innanzi al TAR Lazio - Roma, l'elenco degli ammessi a sostenere la prova orale e la conseguente esclusione dal concorso (Tar Lazio Sez. III Bis n.r.g. 6165 del 24.05.2019); il citato contenzioso si concludeva con la sentenza n. 9095/2019 del 09.07.2019.

Avverso tale decisione era proposto appello innanzi a codesto Ecc.mo Consiglio di Stato n. 6573/19 r.g. conclusosi poi con sentenza n.1356/2021 del 15.02.2021.

Al fine di far valere ulteriormente le proprie ragioni la ricorrente non solo impugnava, con nuovo ricorso, innanzi il Tar Lazio Sez. Roma la graduatoria definitiva di concorso approvata con Decreto del MIUR del 01 agosto 2019 (ricorso al Tar Lazio R.G.nr. 12548/2019), ma anche tutti i decreti successivi di modifica della detta graduatoria dell'anno 2020 (n. r.g. 9605/2020 TAR Lazio), dell'anno 2021 e dell'anno 2022 (TAR Lazio n. 11819/2021 r.g.).

Di particolare importanza, per quel che ci concerne, è che tali ricorsi pendevano tutti alla data del 28 febbraio 2023 così come era pendente il ricorso n. 3073/2023 r.g. innanzi codesto Ecc.mo Consiglio di Stato per l'appello della decisione di primo grado che definiva il giudizio del TAR Lazio n. 12548/20219 r.g. ed avente ad oggetto la mancata ammissione alla prova orale del corso-concorso per il reclutamento di dirigenti scolastici di cui al d.d.g. n.1259 del 23.11.2017, pubblicato sulla g.u. del 24.11.2017.

Come se non bastasse, la ricorrente proponeva intervento *ad adiuvandum* nel giudizio di revocazione nr. 4125/2022 avverso la sentenza del Consiglio di Stato (la nr. 1012/2021), a sua volta definitivo con sentenza nr. 4697 del 09.05.2023, data successiva al 28.02.2023.

Alla luce dei plurimi contenziosi posti in essere la ricorrente presentava domanda per poter partecipare al c.d. ricorso riservato DS alla luce del Decreto Ministeriale n. 107 pubblicato in data 11 agosto 2023 ai sensi dell'art. 5, commi da 11- quinquies a 11- novies del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con modificazioni con la legge 24 febbraio 2023, n. 14, per definire la modalità di partecipazione al corso intensivo di formazione e della relativa prova finale.

In data 6 maggio 2023 la ricorrente sosteneva la prova prevista dal detto concorso e la superava con successo venendo così ammessa al c.d. “corso intensivo di formazione”.

In attesa dell'inizio del corso intensivo, in data 24 maggio 2024, alla ricorrente era notificato atto del Ministero con cui la stessa veniva esclusa dal detto corso di formazione per il difetto del requisito inerente “*la pendenza di procedimenti giurisdizionali non rientranti tra quelli tassativamente indicati all'art. 2 del D.M. 107/2023*”.

Rilevante è che il detto provvedimento interveniva dopo il superamento della prova scritta a cui la ricorrente era stata ammessa per aver autocertificato la pendenza dei giudizi sopra indicati e ai quali manca qualsivoglia riferimento nell'atto di esclusione.

Ad onor del vero, la ricorrente, tramite il precedente difensore aveva anche segnalato all'Amministrazione la propria posizione tramite numerose comunicazioni pec in atti (del 12 giugno 2023, 16 agosto 2023, 19 novembre 2023 e 27 novembre 2023) a cui faceva seguito un riscontro generico del Ministero e l'ammissione della - OMISSIS - alla prova scritta.

È altresì rilevante il fatto che la ricorrente, al fine di non decadere e per evitare l'esclusione dal concorso impugnava, in via precauzionale, proprio l'articolo 2 del D.M. 107/2023 sempre innanzi il TAR Lazio incardinando il giudizio n. 15846/2023 r.g. che è tutt'ora pendente.

b. Sul rigetto della domanda cautelare. La Sig.ra – OMISSIS - ricorreva innanzi al TAR avverso l'atto del 24 maggio 2024; tuttavia, la domanda cautelare veniva rigettata con la seguente motivazione: *“Ritenuto: che sia assente il fumus boni iuris in quanto i requisiti previsti nell'ambito della procedura in esame sono contemplati a livello legislativo: Che prima facie non sembra possa ritenersi che i ricorrenti fossero in possesso del “requisito processuale” riguardante l'aver pendente un contenzioso giurisdizionale per “mancato superamento della prova scritta del predetto concorso”, in quanto, come gli stessi evidenziano, il loro contenzioso riguarda "la graduatoria definitiva pubblicata ed approvata con Decreto del MIUR del 01 agosto 2019" e poi i "decreti di modifica di tale graduatoria adottati dal MIUR rispettivamente ad agosto 2020 (ricorsi pendenti al TAR Lazio R.G.nr. 7566/2020 e nr.9605/2020), e quelli di agosto 2021 e 2022 (impugnati con unico ricorso e successivi motivi aggiunti al Tar Lazio ancora pendente R.G.nr. 111819/2021).*

Ritenuto che non emerga il periculum in mora atteso che il corso di formazione al quale i ricorrenti chiedono l'ammissione può essere espletato con tempistica differita”.

Erra il TAR considerando non solo che, come sopra indicato, al 28 febbraio 2023 i contenziosi della odierna appellante erano pendenti, al pari di quanto riportato dagli atti amministrativi, ma altresì in quanto non considera affatto che la Sig.ra - OMISSIS - superava con successo la prova di ammissione al corso di formazione iniziato in data 28 giugno 2024 e che tale corso è propedeutico per sostenere una successiva prova finale.

Oltretutto l'articolo 2 del D.M. 107/2023, come già detto, è oggetto di vaglio dal TAR Lazio in un giudizio di cui è parte la odierna appellante.

c. Sul periculum. In punto di periculum il TAR Lazio, nell'ordinanza impugnata, scrive: *“Ritenuto che non emerga il periculum in mora atteso che il corso di formazione al quale i ricorrenti chiedono l'ammissione può essere espletato con tempistica differita”*.

Ebbene, le modalità differite per seguire il corso attengono al fatto che questo si svolge, in parte, in modalità on line e che è data facoltà ai partecipanti di poter visionare anche in un momento successivo le videoregistrazioni delle lezioni. Ciò che omette di considerare il collegio di primo grado è che il corso di formazione è propedeutico ad una prova di valutazione finale dal cui esito si avrà la formulazione della graduatoria che dovrà intervenire certamente entro e non oltre il mese di agosto 2024, ossia prima delle nomine per il prossimo anno scolastico. Termine che renderebbe difficile anche effettuare prove suppletive per la ricorrente e per la quale quindi sussiste la necessità dell'emanazione di un provvedimento cautelare che le permetta quantomeno la possibilità di avere accesso alla piattaforma per prepararsi alla prova finale.

Peraltro, come si legge dal calendario delle lezioni che si versa in atti queste termineranno nel mese di luglio e *“Sosterranno la prova finale del corso tutti i candidati che avranno frequentato almeno il 75% delle ore di ciascuno dei quattro moduli formativi del corso stesso, ai sensi dell'art. 8 del citato D.M. n. 107/2023.*

Si ricorda che ai fini della certificazione della frequenza da parte di ciascun candidato, la partecipazione alle attività formative sincrone e asincrone sarà registrata e tracciata autonomamente e automaticamente dalle piattaforme impiegate”.

Palese è l'errore di valutazione in merito al periculum effettuato dal TAR e la sussistenza del requisito dell'urgenza nel caso *de quo*.

In diritto

a. Omessa pronuncia. Difetto di motivazione. Violazione della legge 241/1990 ed in particolare dell'art. 3. Eccesso di potere. Violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza e imparzialità della P.A. ex art. 97 Costituzione. Sulla contraddittorietà degli atti amministrativi. Violazione del principio del legittimo affidamento.

a.1. Il Decreto di esclusione dalla procedura del Concorso Riservato per Dirigenti Scolastici notificato alla ricorrente, è privo della benché minima motivazione.

Infatti il Ministero si è limitato a rilevare come nella dichiarazione sostitutiva presentata dai candidati è stata attestata *“la pendenza di procedimenti giurisdizionali non rientranti tra quelli tassativamente indicati all'art. 2 del D.M. 107/2023”*, senza aggiungere altro.

La P.A. avrebbe dovuto evidenziare per la candidata quali fra i dati e i contenziosi riportati nell'autocertificazione non rientrano (secondo il MIM) fra quelli indicati nel D.M. 107/2023, ma soprattutto avrebbe dovuto fornire, una adeguata motivazione al fine di consentire alla candidata di poter articolare una difesa e di controdedurre e replicare in maniera specifica sul punto.

Diversamente l'atto di esclusione della ricorrente, che si ricorda essere intervenuto dopo il superamento della prova scritta del nuovo concorso, è un atto standardizzato identico a molteplici ulteriori atti inoltrati ad altri colleghi della ricorrente e che diversamente dalla stessa hanno avuto l'accoglimento della domanda cautelare dallo stesso Tar di cui si impugna l'ordinanza con la seguente motivazione: “Rilevato che nel gravato provvedimento di esclusione della parte ricorrente l'Amministrazione afferma che nella dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà è stata attestata la pendenza di procedimenti giurisdizionali non rientranti tra quelli tassativamente indicati all'articolo 2 del DM 107/2023; Ritenuto che alla luce di quanto argomentato

e prodotto dall'istante e in base ad una delibazione sommaria tipica della presente fase cautelare, tale motivazione non appare idonea a far comprendere le ragioni dell'esclusione; Ritenuto, pertanto, di accogliere la domanda di misura cautelare" (ex multis TAR Lazio n. 3014/2024 prov. caut.; TAR Lazio 3021/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3019/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3020/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3010/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3018/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3022/2024 prov. caut.).

Il provvedimento di esclusione della ricorrente è identico a quello dei suoi colleghi ed altrettanto privo di motivazione, ma diversamente ad oggi la - OMISSIS - si vede preclusa la possibilità di poter partecipare al corso formativo.

L'atto di esclusione, a parere della scrivente difesa, è viziato irrimediabilmente per la carenza di una adeguata motivazione ossia per la carenza di uno dei requisiti essenziali. Il tar del Lazio rigettava la domanda cautelare della ricorrente omettendo di statuire sul punto di carattere assorbente.

a.2. Sulla contraddittorietà tra gli atti amministrativi. Sulla violazione del legittimo affidamento. Sulla motivazione rafforzata. La carenza motivazionale nel caso di cui in parola assume ancor più significato considerando che la ricorrente, aveva autocertificato la pendenza al 28 febbraio 2023 di diversi procedimenti giudiziali (ai quali non vi è alcun riferimento nel decreto di esclusione) e che oltretutto la ricorrente prima di inoltrare la domanda di partecipazione, tramite il precedente legale di fiducia, scriveva più volte al MIM rappresentando la propria situazione; in atti si versano le comunicazioni pec inoltrate in data del 12 giugno 2023 e 16 agosto 2023 a cui il Ministero rispondeva in maniera lacunosa ossia richiamando esclusivamente il noto articolo 2 del bando di concorso. Alla luce della genericità del riscontro del Ministero la ricorrente chiedeva chiarimenti inoltrando le ulteriori comunicazioni pec in data 19 novembre 2023 e in data 27 novembre 2023 a cui non faceva seguito alcun riscontro, ma la convocazione della ricorrente alla prova scritta.

A maggior ragione l'atto di esclusione richiedeva una motivazione c.d. rafforzata con espresso riferimento alla posizione della - OMISSIS - che nel frattempo aveva anche fatto legittimo affidamento nell'azione amministrativa.

Ad essere violato è anche il principio del legittimo affidamento che la ricorrente poneva nell'azione Amministrativa e alle rassicurazioni in un suo esercizio conforme ai principi cardini del diritto amministrativo. Diversamente il legittimo affidamento che la stessa riponeva nel corretto esercizio del potere amministrativo veniva più volte tradito. L'Amministrazione nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'art. 97 della Costituzione, è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento (*ex multis* Tar Lazio, Roma, 16 maggio 2012 n. 4455; Consiglio di Stato 8 luglio 2020 n. 4392).

b. Errore manifesto in merito al requisito processuale. Interpretazione costituzionalmente orientata. Eccesso di potere. Violazione di legge ed in particolare dell'art. 2 del D.M. 107 del 8 giugno 2023. Violazione della L. 14 del 24 febbraio 2023 di conversione del d.l. 198/2022. Violazione del principio del favor participationis. Disparità di trattamento.

b.1. La motivazione addotta dal TAR per il rigetto della domanda cautelare della ricorrente è del tutto erronea.

In primis è doveroso ricordare che il D.M. 107/2023 aveva la finalità e **ratio**, per espresso riconoscimento del legislatore, di sanare le posizioni come quelle della - OMISSIS - ossia di tutti coloro che avevano partecipato al precedente concorso e ne avevano impugnati gli atti a causa di una serie ripetuta di illegittimità che hanno dato origine ad un copioso e noto contenzioso che è stato anche oggetto di un noto mutamento di giurisprudenza.

L'art. 2 – “soggetti destinatari” - del D.M. 107/2023 prevede espressamente che possano partecipare “*i partecipanti al concorso di cui al DDG 23 novembre 2021*” n.

1259, che abbiano sostenuto almeno la prova scritta della predetta procedura concorsuale e, alla data del 28 febbraio 2023 versino in una delle condizioni tassativamente elencate”.

E’ subito da tenere in mente che la disposizione fissa espressamente la data del 28 febbraio 2023 come data in cui devono sussistere i requisiti c.d. processuali per la partecipazione al concorso.

“a) Abbiano proposto ricorso entro i termini di legge e abbiano pendente un contenzioso giurisdizionale per mancato superamento della prova scritta;

b) abbiano superato la prova scritta e la prova orale cui siano stati ammessi in forza di un provvedimento giurisdizionale cautelare, anche se successivamente caducato;

c) abbiano proposto ricorso entro i termini di legge e abbiano pendente un contenzioso giurisdizionale per mancato superamento della prova orale.

2. Ai fini del comma i devono intendersi esclusivamente i ricorsi tempestivamente promossi innanzi al Giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato) ovvero al Presidente della Repubblica, nei prescritti termini di 60 ovvero di 120 giorni dall'effettiva conoscibilità del primo atto immediatamente e direttamente efficace nei confronti del singolo interessato.

3. Sono considerati ricorsi di cui al precedente comma 1, lettere a) b) e c), solo quelli proposti per:

a) l'annullamento degli atti amministrativi di approvazione dell'elenco degli ammessi alla prova orale, ove non contempli il nominativo dei singoli ricorrenti, in quanto respinti alla prova scritta;

b) l'annullamento degli atti amministrativi di depennamento dalla Graduatoria di merito finale, all'esito di superamento di tutte le prove concorsuali, per le ipotesi di sopravvenuto negativo scioglimento della riserva giudiziale;

c) l'annullamento degli atti amministrativi di esclusione dalla Graduatoria di merito finale, in conseguenza di mancato superamento della prova orale;

d) la revocazione della sentenza del Consiglio di Stato sfavorevole al candidato, avente ad oggetto il mancato superamento di una delle prove concorsuali prescritte.

Non rilevano, ai fini della partecipazione alla presente procedura come disciplinata dal presente articolato, i ricorsi esperiti innanzi al Giudice Ordinario in funzione di Giudice del Lavoro.

4. Con esclusione dei soggetti di cui al comma 1 lettera b), sono requisiti indispensabili, ai fini della inclusione nella platea dei destinatari, la pendenza, alla data del 28 febbraio 2023, del giudizio congiuntamente alla tempestiva proposizione del ricorso promosso.

5. Accedono, altresì, alla prova i candidati che hanno formalizzato rinuncia al ricorso, per i quali non risulti ancora restituita alcuna pronuncia in rito o nel merito da parte del Giudice amministrativo, ovvero, quando restituita, tempestivamente gravata dall'interessato, conseguente giudizio pendente alla data del 28 febbraio 2023I”.

Ebbene, la ricorrente alla data del 28 febbraio 2023 aveva pendenti ben n. 3 ricorsi con i quali aveva impugnato la graduatoria finale del precedente concorso che la escludeva, tutti i decreti di modifica degli stessi e addirittura un ricorso di revocazione innanzi al Consiglio di Stato.

Tale circostanza è particolarmente rilevante considerando che la - OMISSIS - aveva impugnato immediatamente il mancato superamento della originaria prova scritta (sia innanzi al TAR sia innanzi al Consiglio di Stato) e nonostante tali giudizi fossero entrambi conclusi in data 15 febbraio 2021, continuava a coltivare i propri diritti ed interessi instaurando una serie ulteriore di contenziosi aventi ad oggetto proprio l'esclusione dalla originaria procedura concorsuale di cui all'art. 2 del trascritto D.M. 107.

Erra quindi de tutto il TAR Lazio nel non prendere atto di quanto sopra e nel non considerare i fatti rappresentati (e comprovati dalla copiosa documentazione in atti) da cui si evince chiaramente che la ricorrente al 28 febbraio 2023 aveva diversi ricorsi pendenti, alcuni dei quali tutt'oggi non definiti: ricorso n. 3073/2023 Consiglio di Stato (ad oggi pendente); ricorso n. 9605/2020 TAR Lazio (ad oggi pendente); TAR Lazio 11819/2021 (ad oggi pendente); Consiglio di Stato n. 4125/2022 r.g. (ad oggi pendente).

Alla data del 28 febbraio 2023 la ricorrente era in possesso (e lo è ancora oggi) del requisito di cui alla trascritta lettera a) in quanto titolare di *“un contenzioso giurisdizionale per mancato superamento della prova scritta”*.

b.2. Sulla disparità di trattamento. D'altronde una diversa interpretazione da parte del MIM creerebbe una palese disparità di trattamento della odierna ricorrente e coloro che hanno avuto la fortuna di avere per pura casualità anche il ricorso iniziale ancora pendente (al Tar o Consiglio di Stato), oppure hanno proposto tempestivamente un ricorso per revocazione pendente al 28.03.2023 (seppur dopo soli pochi giorni dichiarato inammissibile e infondato dal Consiglio di Stato).

Sul punto, infatti, sottolineiamo come il comma 5 del citato art. 2 del regolamento n. 107/2023 impugnato, stabilisce che: *“Accedono, altresì, alla prova i candidati che hanno formalizzato rinuncia al ricorso, per i quali non risulti ancora restituita alcuna pronuncia in rito o nel merito da parte del Giudice amministrativo, ovvero, quando restituita, tempestivamente gravata dall'interessato, con conseguente giudizio pendente alla data del 28 febbraio 2023”*.

Pertanto coloro che hanno espressamente dichiarato la propria volontà di abbandonare e rinunciare al contenzioso (con rinuncia depositata ma di cui non si è preso atto da parte del Giudicante ad esempio), dimostrando un disinteresse alla vicenda, oggi vengono premiati ed hanno i requisiti per poter partecipare, contrariamente a chi ha promosso diversi contenziosi, ancora oggi pendenti **dimostrando un interesse qualificato alla vicenda, come la ricorrente che oltretutto sosteneva la prova scritta per l'accesso alla fase di formazione.**

L'interpretazione proposta dall'Amministrazione, o meglio, dal TAR è foriera di una palese disparità di trattamento che favorirebbe coloro che non hanno coltivato l'azione amministrativa, rinunciando alla stessa.

D'altronde se la finalità del D.M. 107/20 è quella di sanare la posizione di coloro che erano già stati lesi dal precedente concorso e delle numerose illegittimità verificatisi e di eliminare il cospicuo contenzioso pendente, con l'interpretazione proposta nell'ordinanza impugnata si verrebbe a creare un'ulteriore disparità di trattamento a

carico di tutti coloro che sono nella medesima posizione della Buongiorno, con la riapertura di un ulteriore e importante contenzioso.

Sul punto si è espresso anche in via preventiva il Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione con un parere n. 106 del 16.05.2023 sullo schema del D.M. 107/2023, in cui esprimeva le seguenti considerazioni:

“Anche per quanto motivo appaiono poco coerenti alcune scelte presenti nello schema di decreto in esame, che rendono ancora più discutibile l’attuazione della normativa. Esse probabilmente sono foriere di altro contenzioso da parte delle categorie escluse dalla procedura in oggetto. Ad esempio, tra le altre, quella dei ricorrenti che, non avendo superato la prova scritta, abbiano non solo ricorso avverso il decreto di non ammissione alla prova orale, ma successivamente con motivi aggiunti abbiano impugnato anche la graduatoria finale. Nel frattempo il primo ricorso potrebbe non essere più pendente, mentre quello avverso la graduatoria finale potrebbe esserlo ancora (art. 2, comma 3, lett. a)”.

E’ lo stesso Consiglio Superiore della Pubblica Amministrazione ad evidenziare come la disposizione normativa, qualora interpretata in senso restrittivo, diviene fonte di ulteriori illegittimità creando palesi discriminazioni. A parere della scrivente difesa l’interpretazione dei requisiti di cui all’articolo 2 (soprattutto nel caso di cui in parola in cui la ricorrente ha superato la prova scritta e si è attivata ripetutamente per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi anche interloquendo preventivamente e direttamente con l’Amministrazione) deve essere effettuata nel senso più ampio possibile ossia nel rispetto del principio del *favor participationis* e al fine di sanare più possibili posizioni giudiziarie.

Essendo difatti l’esclusione dalla procedura la sanzione più grave che si può infliggere al candidato è necessario che la sanzione sia posta a tutela di requisiti o elementi considerati essenziali per la procedura amministrativa (ex multis Tar Lazio, Sez. II – ter, n. 5748 del 17 giugno 2009). *“Va rilevato, infatti, che l’esclusione da una procedura selettiva per pubblico concorso è disposta sempre per la mancanza di uno dei requisiti generali o speciali da possedere per la partecipazione al concorso stesso,*

mentre ogni altra causa di esclusione deve essere precisamente motivata in ordine alla sua ragionevolezza in relazione, alla tutela di un preciso interesse pubblico, pena la sua illegittimità: ciò in quanto le disposizioni del bando di gara sono finalizzate esclusivamente alla concreta attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Costituzione" (così Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 6039 del 27 ottobre 2005). *"Appaiono assistite da 'boni juris' i rilievi dei ricorrenti riferiti alla espressione, sia pure con ritardo rispetto alla formale scadenza, della loro opzione per le sedi dell'Ateneo prescelto, che invece ha costituito motivo della loro non ammissione alla iscrizione"* (T.A.R. Lazio, Sez. III bis, ord. 13 gennaio 2012, n. 151; T.A.R. Catania, Sez. II, 3 settembre 2009, n. 462, C.G.A. ord. n. 355/08; Sez. III, ord. 7 giugno 2012, n. 545).

D'altra parte, *"l'Amministrazione ha un precipuo interesse allo specifico obiettivo di un confronto più ampio possibile tra i partecipanti, dando applicazione alle indicazioni secondo cui, per esempio, il mancato rispetto delle formalità richieste dal bando per dar luogo ad esclusione dalla selezione deve essere interpretato in base al comune canone di ragionevolezza e comunque senza incidere sulla par condicio"* (così TAR Napoli n. 5629 del 1° dicembre 2011). Sempre nella citata pronuncia, è stato poi del tutto condivisibilmente affermato, che: *"sebbene l'Amministrazione sia titolare dell'ampio potere discrezionale di inserire in un bando tutte le disposizioni ritenute più opportune, più idonee e più adeguate per l'effettivo raggiungimento dello scopo perseguito con la selezione indetta, la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici. La portata delle singole clausole che comminano l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi va valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al favor participationis, con applicazione del principio, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità*

formali con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale". Più in generale è noto che "ogni provvedimento amministrativo che incide sulla sfera giuridica del privato cittadino, deve ben tenere a mente "specie dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205, i criteri - nel confronto tra esercizio della potestà pubblica e tutela delle posizioni delle parti interessate – di ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza" (T.A.R. Campania, Sez. I, 14 ottobre 2002, n. 1617) ed evitare, così la materializzazione del famoso brocardo latino *summum ius, summa iniuria*.

c. Omessa pronuncia. Violazione di legge ex art. 6 comma 1, lett. b) Legge n. 241/90 (principio del soccorso istruttorio); art.7, 8 e 10 e 10 bis Legge n. 241/90, Art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per carenza e/o inadeguatezza motivazione, difetto istruttorio, difetto dei presupposti, illogicità e ingiustizia manifesta.

L'atto di esclusione deve inoltre ritenersi illegittimo sotto altro profilo. Come detto già più volte la ricorrente non solo si attivava positivamente nei confronti dell'Amministrazione, ma al momento della domanda di concorso presentava specifica autocertificazione con la puntuale indicazione di tutti i giudizi pendenti.

Nell'atto di esclusione vi è una motivazione del tutto inadeguata, priva di alcun riferimento al caso di specie, oltretutto la stessa non è stata anticipata da alcuna ulteriore preventiva comunicazione che avrebbe permesso alla - OMISIS - di interloquire con l'Amministrazione rappresentando i fatti per come occorsi e quanto sopra esplicitato in merito ai presupposti ex art. 2 D.M. 107/2023.

Specialmente nell'ambito dei concorsi pubblici, l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio, ex art. 6 comma 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241 è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione. Il limite all'attivazione del soccorso istruttorio coincide con la mancata allegazione di un

requisito di partecipazione. Si evidenzia, inoltre, come nei concorsi pubblici il “soccorso istruttorio” non è una facoltà. Essa rappresenta un dovere per l’Amministrazione.

Ciò per non consentire che errori formali (emendabili mediante la collaborazione dell’Amministrazione) possano pregiudicare l’interesse pubblico alla selezione dei candidati migliori. A sottolineare tale principio è una recente sentenza del Tar Emilia Romagna. La sentenza n. 416 del 17 maggio 2022 ha dato ragione a una candidata che, per mera svista, aveva dimenticato di inserire alcune informazioni che le riguardavano. Ed ancora citiamo: *“Nei concorsi pubblici, qualora il candidato abbia correttamente allegato i titoli da valutare e dalla documentazione prodotta residuino margini di incertezza facilmente superabili, l’amministrazione deve attivare il soccorso istruttorio”*, lo afferma la quinta sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9387/2023.

Il TAR Veneto, Sez. I, con la sentenza n. 144 del 9 febbraio 2017, ha sancito l’obbligo dell’impiego del c.d. “soccorso istruttorio” a rettifica di domande di partecipazione ad un concorso errate o insufficienti. I giudici del TAR adito hanno affermato che *“la P.A., rilevate anomalie nella domanda di partecipazione, avrebbe potuto e dovuto interpellare la candidata per un chiarimento, in luogo di disporre l’immediata esclusione da una delle due procedure. Si dovrebbe, poi considerare che, nel caso all’esame, non vi sarebbe stata nessuna necessità di un’integrazione postuma della documentazione, non consentita perché al di fuori dei termini di presentazione della domanda ed in ogni caso contrastante con la par condicio competitorum”*.

Pertanto se la P.A. avesse inviato la comunicazione obbligatoria di avvio del procedimento ed applicato il principio del soccorso istruttorio, la ricorrente avrebbero potuto chiarire la propria posizione; da ciò ne deriva l’illegittimità del decreto di esclusione.

In merito al preavviso di rigetto si è sovente pronunciato anche il Consiglio di Stato che con sentenza n. 484 del 18 gennaio 2019, Sez. VI; la Sezione evidenziava che la mancata comunicazione di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di permesso di

costruire in sanatoria, ai sensi dell'art. 10 *bis* L. n. 241/1990, integra una violazione procedimentale che invalida il provvedimento finale di diniego al rilascio della sanatoria, non potendosi fare ricorso alla "sanatoria processuale" di cui all'art. 21 *octies* co. 2, L. n. 241/1990.

In particolare, il Consiglio di Stato sanciva l'illegittimità del diniego di sanatoria *“siccome carente sia della formale comunicazione dei motivi ostativi sia di adeguato riscontro alle osservazioni che l'interessato avrebbe ben potuto presentare [...] occorre premettere, al riguardo, che un'applicazione corretta dell'art.10 bis della legge n.241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione”* (Cons. St., sez. I, 25 marzo 2015, n.80 e sez. VI 2 maggio 2018 n. 2615).

Peraltro, lo stesso Consiglio di Stato affermava che *“Il contraddittorio da instaurare a seguito del rispetto delle formalità ex art. 10 bis L. n. 241/ 1990 consente di valutare già in sede amministrativa le argomentazioni dell'interessato sul se vi siano effettivamente ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza e agevola la deflazione dei ricorsi giurisdizionali, poiché può avvenire o che l'Amministrazione condivida le osservazioni o che l'interessato si convinca della adeguatezza della valutazione dell'Amministrazione e che non proponga dunque ricorso”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2504 del 26 maggio 2017); ed ancora: *“È illegittimo il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, non preceduto dalla comunicazione dell'art. 10 bis L. 7 agosto 1990, n. 241, considerato che tale norma si applica a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte (ad eccezione di quelli espressamente esclusi) al fine di consentire il contraddittorio tra privato e Amministrazione prima dell'adozione di un provvedimento negativo ed allo scopo, quindi, di far interloquire il privato sulle*

ragioni ritenute dall'Amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza" (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 2175 del 10 maggio 2017).

Ebbene, solo il *modus procedendi* appena descritto permette che la disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che si traduca in un inutile e sterile adempimento formale.

La partecipazione procedimentale non può essere intesa alla stregua di una garanzia meramente formale ed essere ridotta ad un *flatus vocis* o costituire una scatola vuota; l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare i documenti e le memorie presentate dal privato (anche in esito al preavviso di rigetto) e deve, pertanto, darne conto nella motivazione del provvedimento. Sussiste, infatti, un collegamento tra contributi partecipativi e motivazione del provvedimento, dalla quale devono risultare le "risultanze" dell'istruttoria (art. 3 l. n. 241/1990).

SULLA RICHIESTA CAUTELARE

Quanto esposto rende evidente la fondatezza del ricorso.

In merito al *fumus boni iuris* ci si riporta integralmente a quanto dedotto in fatto e in diritto.

In merito al *periculum* si rappresenta che ad oggi la ricorrente ha superato con successo la prova scritta e che il corso di formazione è appena iniziato e terminerà a breve per poi svolgere la prova finale di accesso alle graduatorie per la nomina.

Il corso di formazione è propedeutico ad una prova di valutazione finale dal cui esito dipenderà la formulazione della graduatoria definitiva che dovrà intervenire certamente entro e non oltre il mese di agosto 2024, ossia prima delle nomine per il prossimo anno scolastico.

Oltretutto come si legge dal calendario delle lezioni "*Sosterranno la prova finale del corso tutti i candidati che avranno frequentato almeno il 75% delle ore di ciascuno dei quattro moduli formativi del corso stesso, ai sensi dell'art. 8 del citato D.M. n. 107/2023.*

Si ricorda che ai fini della certificazione della frequenza da parte di ciascun candidato, la partecipazione alle attività formative sincrone e asincrone sarà registrata e tracciata autonomamente e automaticamente dalle piattaforme impiegate”.

Palese è che la mancata emanazione di un provvedimento cautelare urgente che possa permettere alla ricorrente di partecipare al corso di formazione o svolgere a breve un corso suppletivo e aggiuntivo, ne pregiudicherebbe anche la partecipazione alla successiva prova.

La mancata concessione del provvedimento cautelare impedirebbe alla ricorrente non solo di partecipare al corso di formazione, ma soprattutto alla successiva prova finale che si svolgerà nelle prossime settimane e la cui eventuale ripetizione potrebbe essere di fatto impedita dalla necessità di pubblicare (in empi celeri) le relative e successive graduatorie per le convocazioni.

Dalla mancata ammissione al corso della ricorrente ad essere lesa non sarebbe solo la ricorrente, ma la stessa Amministrazione che successivamente dovrebbe rifare la prova o comunque riprogrammare la stessa per la sola - OMISIS - e bloccare anche le successive fasi per tutti i partecipanti con tanto di ripercussione sui soggetti controinteressati. Sul punto, si richiamano autorevoli precedenti che hanno accolto la domanda cautelare anche monocratica (Consiglio di Stato decreto n. 2601/2024; Consiglio di Stato decreto n. 2600/2024; TAR Lazio n. 3014/2024 prov. caut.; TAR Lazio 3021/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3019/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3020/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3010/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3018/2024 prov. caut.; TAR Lazio n. 3022/2024 prov. caut).

L'emissione quindi di un provvedimento cautelare positivo gioverebbe non solo alla ricorrente, ma all'Amministrazione e a tutti i concorrenti che non vedrebbero così bloccate e rallentate le fasi concorsuali.

Pertanto, si richiede l'adozione di un provvedimento cautelare collegiale che sospenda gli effetti degli atti impugnati, e dunque, principalmente dell'esclusione immediata della ricorrente dalla partecipazione all'ulteriore fase concorsuale consentendo la partecipazione alle prove con riserva.

ISTANZA DI ABBREVIAZIONE DEI TERMINI

Il ricorso, così come già rappresentato, è supportato dall'urgenza di addivenire in tempi celeri ad una pronuncia. La prossima camera di consiglio è fissata per il giorno 30 luglio 2024 e ad oggi non vi sono i termini ordinari di legge, ma allo stesso tempo, come indicato sopra, vi è l'urgenza per la ricorrente di ottenere quantomeno la possibilità di partecipare alla prova finale del corso che si svolgerà ad agosto o provare ad ottenere una prova o un corso, che si svolge con modalità asincrone, in via suppletiva.

Dunque, si richiede a Codesto On.le Collegio di voler concedere l'abbreviazione dei termini di cui all'art. 53 D. Lgs. 104/10 al fine di ottenere una sollecita fissazione dell'udienza in camera di consiglio della Sezione VII fissata anche in modalità feriale in data 30 luglio 2024.

ISTANZA EX ART. 52 COMMA 2 C.P.A.

Ai sensi dell'art. 52, comma 2 c.p.a., essendo la notificazione del ricorso nei modi ordinari particolarmente difficile per il numero delle persone da chiamare in giudizio, si chiede l'autorizzazione ad effettuare la notificazione del ricorso introduttivo ai soli controinteressati, mediante pubblici proclami con modalità telematiche.

Per questi motivi,

Si chiede

previa accoglimento delle istanze formulate la concessione delle misure cautelari, la riforma dell'ordinanza emessa dal TAR Lazio n. 3021/2024 per tutti i motivi di cui in atti e comunque consentire l'ammissione con riserva al corso di formazione e alla prova finale e in via del tutto subordinata anche disponendo prove suppletive, sospendendo in parte qua i provvedimenti impugnati e, per l'effetto il provvedimento di esclusione comminato dall'Amministrazione alla odierna ricorrente con conseguente ammissione della stessa alle fasi concorsuali.

Con vittoria di spese e compensi di difesa.

Roma 10 luglio 2024.

Avv. Santi Delia

Avv. Michele Bonetti

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

Ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 9 comma 1- bis e 6 comma 1 della L. 53/94 così come modificata dalla lettera d) del comma 1 dell'art. 16 – quater, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, aggiunto dal comma 19 dell'art. 1, L. 24 dicembre 2012, n. 228 e dell'art. 23 comma 1 del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e ss. mm. si attesta la conformità della presente copia cartacea all'originale telematico da cui è stata estratta.

Avv. Michele Bonetti