CONSIGLIO DI STATO

Sezione II

Sentenza 21 aprile - 22 giugno 2020, n. 3975

Publicato il 22/06/2020

N. 03975/2020REG.PROV.COLL.

N. 09162/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9162 del 2012, proposto dalla dottoressa - OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Femminella e Rosella Ferrara, domiciliata presso la Segreteria della Sezione seconda del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13,

contro

- il Comune di Pescara, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paola Di Marco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, piazza Italia;
- il dottor-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Orazio Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Terenzio, n. 7;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), n. -OMISSIS-resa tra le parti, in tema di

approvazione di graduatoria definitiva del concorso pubblico per esami per la copertura di un posto a tempo indeterminato di dirigente tecnico-ingegnere/architetto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pescara e del dottor-OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2020, il Cons. Italo Volpe e dati per presenti, ai sensi dell'art. 84, co. 5, del d.l. n. 18/2020, gli avvocati delle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La persona fisica indicata in oggetto ha impugnato la sentenza in forma semplificata del Tar per l'Abruzzo, Pescara, n. -OMISSIS-pubblicata il 10 aprile 2012, che – a spese compensate – le ha respinto l'originario ricorso introduttivo proposto per l'annullamento:

- del decreto dirigenziale n. -OMISSIS-col quale il -OMISSIS-Comune di Pescara (di seguito "Comune") ne ha disposto l'esclusione dal concorso;
- della graduatoria definitiva nella parte in cui non la indica quale prima classificata e vincitrice del concorso;
- degli artt. 3 e 8 della lex specialis di gara, nell'interpretazione escludente datane dal Comune;
- del subprocedimento di accertamento delle conoscenze informatiche nell'ambito della prova orale;
- dell'esito della prova orale in parte qua, limitatamente al giudizio di sua inidoneità;
- degli atti di nomina della commissione e dei membri aggregati e dei verbali della commissione, nella parte in cui non prevedono modalità obiettive ed imparziali di accertamento della conoscenza informatica dei candidati e non accertano lo svolgimento di obiettiva ed analoga prova dei candidati rispetto alle conoscenze informatiche;

- della nota "Riscontro a richiesta di accesso agli atti ..." del predetto Dirigente, trasmessa il 27 gennaio 2012;

- degli atti presupposti, connessi e conseguenti comunque lesivi e non conosciuti ad oggi.

1.1. In fatto, la sentenza ha brevemente ricordato che la ricorrente:

- aveva partecipato al concorso pubblico per esami indetto dal Comune con avviso del 6 maggio 2011 per la copertura di un posto a tempo indeterminato nel profilo professionale di 'Dirigente tecnico ingegnere/architetto' ma, esplicate le prove scritte ed orali, ne era stata esclusa per aver riportato il giudizio di inidoneità nella conoscenza delle più diffuse applicazioni informatiche;

- aveva censurato la sua esclusione in quanto:

-- la "conoscenza delle più diffuse applicazioni informatiche", se prevista come requisito di partecipazione, doveva allora essere posseduta alla data di presentazione della domanda ed essere accertata preliminarmente e documentalmente (non già, come avvenuto, in sede di prova orale) ai fini della stessa ammissibilità della domanda di partecipazione;

-- non era prevista la sanzione dell'esclusione;

-- detta "conoscenza", non potendosi in realtà qualificare, ai sensi del bando, come requisito di partecipazione, poteva al più avere un valore residuale in seno alla prova orale, che la candidata aveva comunque superato;

-- lo svolgimento della prova di conoscenza informatica doveva essere oggetto di apposita statuizione della commissione e non essere rimessa (diversamente dalla prova di conoscenza linguistica) al giudizio discrezionale ed insindacabile di un solo membro;

-- la nomina del componente aggregato, per la materia informatica, era avvenuta con provvedimento "innominato, privo di data e non reso pubblico" né tale componente aveva partecipato a tutti i lavori della commissione;

-- il Dirigente comunale aveva rigettato illegittimamente la domanda di riesame;

-- violandosi i principi di concorsualità, proporzionalità e non aggravamento del procedimento, la candidata era stata irragionevolmente esclusa dal concorso, pur avendo conseguito il miglior punteggio e pur essendo già dipendente di altra amministrazione.

1.2. In diritto la sentenza ha motivato affermando in sostanza che:

- l'infondatezza del ricorso "dispensa[va] il Collegio (...) dal disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i partecipanti alla selezione concorsuale in parola e (...) dall'esaminare le eccezioni di rito dedotte dalle parti resistenti";

- per effetto dell'art. 37 del d.lgs. n. 165/2001 i bandi di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni devono prevedere l'accertamento, fra l'altro, della conoscenza altresì dell'uso delle apparecchiature ed applicazioni informatiche più diffuse. L'assenza di disposizioni regolamentari attuative della norma primaria non impediva che i bandi disponessero direttamente le modalità di accertamento e i livelli delle occorrenti conoscenze, potendo essi stabilire alternativamente che le conoscenze informatiche potessero essere accertate nella forma di una delle prove di esame ovvero valessero quale requisito di ammissione ad un concorso;

- il bando del concorso in questione aveva optato per la seconda soluzione, solo rinviando l'accertamento della sussistenza del requisito alla fase della prova orale. Circostanza, questa, in sé non censurabile né suscettibile di far acquisire a detto accertamento un "valore residuale nell'ambito della prova orale". Peraltro, assodata l'insussistenza del requisito, l'esclusione dalla procedura selettiva era sanzione fisiologica;

- chiarita così la differenza di questo accertamento rispetto ad una vera e propria prova orale, ad esso non sarebbero stati "applicabili i principi generali in materia di predisposizione delle domande di esame" né quelli in tema di verbalizzazione della provata (o meno) conoscenza informatica;

- il membro aggregato alla commissione, per effettuare il predetto accertamento, era stato nominato "con un provvedimento amministrativo" ma, atteso il ruolo, "non avrebbe dovuto partecipare a tutti i lavori della Commissione di concorso, ma intervenire, nella qualità di esperto, solo in sede di accertamento delle conoscenze informatiche";

- visto che la candidata era risultata sguarnita del requisito, preteso anche per i partecipanti alla selezione già dipendenti di altre amministrazioni, non era illegittimo il diniego del riesame chiesto dalla ricorrente.

2. L'appello – riepilogati i fatti e puntualizzato in particolare che, all'esito delle prove scritte ed orali, la ricorrente era risultata prima in graduatoria – si affida alle seguenti censure:

a) error in iudicando - erronea qualificazione della specifica previsione della lex specialis - mancato rilievo dell'illegittimità dell'esclusione - omessa pronuncia - riproposizione ex 101, co. 2, c.p.a. del motivo sub 1-2) (violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d.P.R. n. 487/1994 - violazione e falsa applicazione dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 - violazione del principio di trasparenza ed imparzialità dei pubblici concorsi - eccesso di potere per erronei presupposti di diritto - violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 8, 9 e 11 da parte della commissione e del dirigente della lex specialis - violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione);

b) error in iudicando - mancato rilievo dell'omessa verbalizzazione in sede di prova orale e dell'illegittimo operato della commissione (motivo sub 3 del ricorso introduttivo “illegittimo svolgimento dell'accertamento dell'idoneità informatica da parte della commissione - violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del d.P.R. n. 487/1994 - violazione e falsa applicazione degli artt. 20 e 22 del regolamento comunale - art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 - violazione del principio di trasparenza ed imparzialità - eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento e dell'ingiustizia manifesta - illegittimità dell'atto dirigenziale di approvazione dei lavori della commissione”);

c) error in iudicando - erronea valutazione della dedotta “sub 4) illegittimità della nomina del membro aggregato - illegittima composizione della commissione - violazione dell'art. 17 del regolamento comunale”);

d) error in iudicando - mancato rilievo dell'illegittimità del rigetto dell'istanza in autotutela (motivo sub 5 del ricorso introduttivo “illegittimità per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto - contraddittorietà dell'istruttoria - travisamento dei fatti - difetto e contraddittorietà della motivazione - pubblica fede ex art. 2700 c.c. dei verbali di commissione”);

e) riproposizione ex 101, co. 2, c.p.a. del 6° motivo di ricorso “violazione del principio di concorsualità per pubblici impieghi - violazione del principio di proporzionalità dell'atto amministrativo - violazione del principio di non aggravamento del procedimento e degli oneri di parte – irragionevolezza”.

2.1. Ad avviso di parte la sentenza merita di essere riformata perché, in sostanza:

a.1) i primi Giudici hanno errato nel qualificare, nella fattispecie, la “conoscenza” dei più diffusi strumenti informatici quale “requisito di ammissione a verifica differita, cioè nel corso della prova orale seppur estraneo alla prova orale stessa”. Errato altresì, per conseguenza, è aver affermato che “a tale accertamento non sono applicabili i principi generali in materia di predisposizione delle domande di esame”. Inoltre, ove pure detta “conoscenza” fosse stata un requisito (come formalmente previsto nel bando di selezione), allora il Comune non avrebbe dovuto prevederne un accertamento di idoneità in occasione della prova orale. Così avendo fatto, allora, tale accertamento avrebbe dovuto seguire per intero le regole proprie di una prova d’esame. I primi giudici, in sostanza, non hanno colto la duplice prospettazione di parte, incorrendo così anche in un vizio di omessa pronuncia. In ogni caso non era stata prevista la sanzione della esclusione dalla procedura selettiva per il caso di accertamento negativo di detta “conoscenza”;

b.1) valendo la tesi della riconducibilità del predetto “accertamento” alla prova d’esame (orale), rilevavano allora i denunciati vizi di mancata determinazione dei “criteri e [del]le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove”, nonché di affidamento del giudizio al solo commissario aggregato;

c.1) era stata illegittima la nomina del commissario aggregato, anche perché tra l’altro irrispettosa dell’art. 17 del regolamento comunale dei concorsi secondo il quale “L’atto di nomina indica se gli esperti partecipano alla sola fase propedeutica o anche alla fase selettiva in relazione ai momenti di propria competenza con o senza diritto di voto a seconda della professionalità da selezionare alla tipologia della prova prescelta”;

d.1) è illegittimo altresì il diniego di riesame, specie alla luce del suo passaggio motivazionale secondo il quale “la stessa candidata ha ammesso pubblicamente (ciò è stato ascoltato da coloro che assistevano alla prova trattandosi di seduta pubblica) di non saper utilizzare e sviluppare calcoli su foglio Excel, affermazione, questa, che non lascia dubbi circa la non idoneità in relazione alla conoscenza delle più diffuse applicazioni informatiche, a meno che si voglia negare che Excel non sia considerato applicazione informatica tra le più diffuse”. Questo enunciato avrebbe dovuto essere riportato a verbale e, ciò non essendo avvenuto, di esso non poteva tenersi conto fin dal momento della risposta alla domanda di riesame;

e.1) gli errori della commissione giudicatrice hanno condotto al paradossale risultato che la candidata, pur qualificatasi prima all’esito delle prove d’esame, è stata poi addirittura esclusa dalla procedura selettiva.

3. Si è costituito il Comune e l'unico controinteressato cui l'appello era stato notificato.

4. Con memoria del 13-16 marzo 2020 parte appellante ha riepilogato tutti i suoi argomenti.

5. Con memoria del 19 marzo 2020 il Comune ha:

- nel riepilogo dei fatti, ricordato che, in primo grado, un originario ricorso introduttivo, con sentenza del Tar per l'Abruzzo, Pescara, n.-OMISSIS-pubblicata il 9 febbraio 2012, era già stato dichiarato inammissibile per il vizio insuperabile (non riconducibile neppure alla categoria dell'errore scusabile) nella sua mancata notificazione ad almeno uno dei controinteressati. Controinteressati sussistenti nella specie perché il censurato provvedimento di esclusione dalla procedura selettiva era intervenuto dopo l'espletamento delle prove d'esame e la conseguente conoscenza della graduatoria;

- conseguentemente ricordato che quello che aveva poi dato vita alla sentenza impugnata era un secondo ricorso, di contenuto pari al primo, notificato correttamente questa volta anche ad un controinteressato, negli originari termini decadenziali ancora pendenti, e pur tuttavia solo dopo la pubblicazione della predetta sentenza n.-OMISSIS-;

- in punto di diritto:

-- preliminarmente osservato che, salvo a considerare manifestamente inammissibile ovvero infondato l'appello, il contraddittorio nel giudizio di secondo grado doveva essere necessariamente integrato, dato che lo stesso era stato introdotto solo nei riguardi di un controinteressato, quando invece tutti i positivamente graduati (ed ormai anche assunti) candidati erano ampiamente noti;

-- riproposto quindi l'eccezione (già formulata in prime cure) di inammissibilità del secondo ricorso di primo grado (che aveva dato vita alla sentenza impugnata) "per intervenuta consumazione del potere di impugnazione in relazione alla sentenza di inammissibilità, supra citata";

-- nel merito, obiettato partitamente a tutti gli argomenti avversari sviluppati nell'atto di appello.

6. La causa quindi, chiamata alla pubblica udienza di discussione del 21 aprile 2020, è stata ivi trattenuta in decisione.

7. Dev'essere in primo luogo respinta l'eccezione del Comune di inammissibilità del ricorso di primo grado che ha condotto alla sentenza qui impugnata.

Innanzitutto, a sostegno dell'eccezione il Comune richiama giurisprudenza non pertinente, siccome afferente all'impugnazione delle sentenze e non (come nella specie) dei provvedimenti amministrativi.

In relazione a questi ultimi, la giurisprudenza è bensì nel senso che nel giudizio amministrativo la proposizione del ricorso consuma il diritto di azione del ricorrente, sicché un gravame successivo tra le stesse parti ed avente lo stesso petitum e la stessa causa petendi, pur se proposto nei termini, deve ritenersi inammissibile per violazione del divieto scaturente dal principio del ne bis in idem (ad esempio T.A.R. Palermo, sez. I, 16 novembre 2001, n. 1587), ma questa regola si considera applicabile solo quando la domanda giudiziale è già stata ritenuta inammissibile, tardiva o sia stata rigettata e, comunque, già definita con sentenza passata in giudicato.

Ciò perché è dal giudicato che discende la non riproponibilità della domanda in un nuovo giudizio (Cons. Stato, sez. IV, n. 1509/2015; sez. VI, n. 1410/2014; sez. III, n. 1867/2012 ove, in particolare, essendo il giudicato intervenuto in pendenza del giudizio di primo grado, in grado d'appello è stato correttamente dichiarato che il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato improcedibile).

Dunque, solo in presenza di un precedente giudicato opera il principio ne bis in idem, con la conseguenza che nel caso di specie, non essendo ancora passata in giudicato la sentenza n.-OMISSIS- allorché fu emessa la sentenza oggetto di questo giudizio (e sempre ammesso che la sentenza precedente, giacché contenente statuizioni in rito, fosse suscettibile di passare in giudicato), il ricorso era ammissibile, avendo sostanzialmente la ricorrente rimediato nei termini all'originario vizio del contraddittorio.

8. Va disattesa anche la richiesta di integrazione del contraddittorio giacché, avuto riguardo alla possibile ricostruzione dei fatti, al momento dell'instaurazione del giudizio il controinteressato era uno solo, ossia colui che aveva conseguito l'incarico dirigenziale (ad un solo posto) messo a concorso.

Il fatto che nel lasso di tempo successivo altri soggetti collocatisi utilmente in graduatoria siano stati assunti dal Comune, per scorrimento della stessa, non vale ad

ampliare il novero dei controinteressati, dovendo aversi riguardo al rapporto processuale così come sussistente al momento dell'instaurazione del giudizio. Così la giurisprudenza, secondo la quale la posizione di controinteressato deve ricollegarsi direttamente e immediatamente all'atto impugnato e non già ad atti successivi, anche se essi trovino nell'atto impugnato il loro presupposto, e va accertata alla data di emanazione del provvedimento impugnato, non avendo alcuna rilevanza le situazioni e i fatti sopravvenuti (Cons. Stato, sez. IV, n. 736/2003).

9. Nel merito l'appello è infondato e dev'essere pertanto respinto.

9.1. Sono infondati i profili di censura volti a contestare la scelta del Comune di configurare nel bando di concorso (chiaro sul punto, al di là delle pur tentate argomentazioni contrarie) la conoscenza degli strumenti informatici come requisito di ammissione.

Depone invero in tal senso l'art. 37 del d.lgs. n. 165/2001 (pur prima della sua novella ad opera dell'art. 17 della l. n. 124/2015, che ne ha reso più esplicito il principio) che ha autorizzato le pubbliche amministrazioni a qualificare nei propri concorsi la conoscenza in discorso (come pure quella della lingua straniera) come elemento di valutazione al pari delle altre materie di esame ovvero come requisito di partecipazione alla procedura concorsuale.

Soccorre in tal senso il precedente costituito da Cons. Stato n. -OMISSIS- secondo il quale "Dal combinato disposto degli artt. 37 e 1, co. 2, d.lgs. n. 165 cit. emerge, infatti, che:

a) a decorrere dal primo gennaio 2000 tutte le amministrazioni pubbliche (statali, autonome, regionali, locali ecc.) sono tenute, in sede di redazione dei bandi di concorso, a contemplare la conoscenza di almeno una lingua straniera e delle applicazioni ed apparecchiature informatiche basiche;

b) nel silenzio delle disposizioni primarie, i bandi possono prevedere che l'accertamento di tali conoscenze costituisca parte integrante delle prove di esame, ovvero che venga in rilievo quale requisito di ammissione al concorso;

c) per il solo personale statale, dirigente e non, è previsto che siano emanate disposizioni regolamentari che disciplinino le modalità di accertamento, i livelli di conoscenza e gli eventuali casi di esonero;

d) in ogni caso, la mancata emanazione di tali disposizioni regolamentari non pregiudica la possibilità che i bandi dispongano direttamente le modalità di accertamento ed i livelli delle conoscenze in questione”.

E non muta la prospettiva – quanto alla rilevata infondatezza dell’appello – la circostanza che nel precedente richiamato il bando di concorso prevedesse espressamente l’esclusione del candidato che non avesse dimostrato di possedere la conoscenza (in quel caso) della lingua inglese mentre nel caso in esame un’analoga previsione non sia stata altrettanto chiara in seno al bando (dal che parte appellante, col primo motivo, reitera anche la censura relativa a un’esclusione disposta in difetto di sua previsione espressa).

Ma, a questo riguardo, deve qui aggiungersi che una previsione di esclusione del candidato dalla procedura selettiva è di fatto implicita (essendone in pratica coesistente) nella qualificazione della conoscenza dell’informatica quale requisito di ammissione alla procedura stessa. E ciò oltre la previsione per cui tale conoscenza non avrebbe dato luogo a punteggio ma soltanto ad un “giudizio di idoneità”. Fatto questo che equivale a dire che chi non fosse stato giudicato idoneo (per mancanza di quella conoscenza) per ciò solo sarebbe stato escluso dalla procedura di selezione.

9.2. Chiarito ciò, discende poi che:

- non è stata illegittima la scelta di riscontrare l’effettiva conoscenza (la cui mancanza, detto incidentalmente, parte appellante non ha mai negato) degli strumenti informatici in occasione e durante la fase di prova orale, da cui poi la conseguenza di un’eventuale esclusione del candidato (privo di detta conoscenza) all’esito di questa stessa prova (su ciò, peraltro, già si è espressa la precedente sentenza citata n. -OMISSIS-);

- trattandosi di un requisito di qualificazione e non di materia di esame, del tutto legittimo è anche il fatto che, nella fattispecie, non siano stati predeterminati i ‘quesiti’ da porre ai candidati (così come al contrario previsto, invece, per le vere e proprie prove d’esame);

- per di più, secondo i comuni principi in tema di verbalizzazione delle prove concorsuali, non integra illegittimità la mancata specificazione dei ‘quesiti’ concretamente posti alla candidata ai fini dell’accertamento della conoscenza degli strumenti informatici;

- non v’è stata illegittimità o irregolarità quanto alla nomina dei membri aggregati né nel fatto che essi non abbiano partecipato alla commissione d’esame ab initio

(giacché, appunto, membri aggregati) ma abbiano piuttosto partecipato solo alle sedute nelle quali il loro apporto era necessario;

- in ordine poi alla reiezione dell'istanza di riesame, neppure v'è stata illegittimità perché a rigore, secondo i noti principi, trattandosi in pratica di un'autotutela, il Comune neppure aveva un dovere di risposta.

Non condivisibile, infine, appare il profilo di censura riguardante un'eventuale irregolarità commessa, per omesso esame, dai primi giudici, in quanto le doglianze di cui si è asseritamente omesso l'esame sono state di fatto ripetitive di censure già esaminate.

10. Respinto l'appello, le spese di questo grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano, in favore del Comune e del controinteressato, in complessivi euro 4.000,00, in ragione di una metà ciascuno.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento, in favore del Comune e del controinteressato, in ragione di una metà ciascuno, delle spese del presente grado di giudizio, liquidate in complessivi euro 4.000,00 oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli artt. 52, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 196/2003, e 9, par. 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato, ovunque ricorra, idoneo ad identificare le parti ricorrente e controinteressata, ivi inclusi gli estremi della sentenza appellata.

Così deciso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato con Sede in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020 convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere, Estensore

Francesco Frigida, Consigliere

L'ESTENSORE

Italo Volpe

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.