

Pubblicato il 15/12/2022

N. 10983/2022 REG.PROV.COLL.
N. 07958/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

*sul ricorso numero di registro generale 7958 del 2022, proposto dalla signora
, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Iacovino, con
domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;*

contro

*Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Politiche Agricole
Alimentari Forestali, Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità
Sostenibili, Ministero dell'Università e della Ricerca, in persona dei legali
rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;*

nei confronti

*Ministero dell'Interno, Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e
delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero della
Transizione Ecologica, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali,
Ministero della Cultura, Ministero della Salute, Ispettorato Nazionale del
Lavoro, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e*

*difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma,
via dei Portoghesi, 12;*

, non costituito in giudizio;

per la riforma

*della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio,
Sezione Prima, n. 3741/2022.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

*Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei
Ministri e di Ministero dell'Interno e di Ministero della Difesa e di Ministero
dell'Economia e delle Finanze e di Ministero dello Sviluppo Economico e di
Ministero della Transizione Ecologica e di Ministero del Lavoro e delle
Politiche Sociali e di Ministero della Cultura e di Ministero della Salute e di
Ispettorato Nazionale del Lavoro;*

Visti tutti gli atti della causa;

*Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2022 il Cons. Ugo
De Carlo e viste le conclusioni delle parti presenti, o considerate tali ai sensi
di legge, come da verbale;*

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

*1. L'appellante ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe che aveva
rigettato il ricorso presentato contro il provvedimento di assegnazione delle
sedi ai vincitori del concorso indetto dalla Presidenza del Consiglio per la
copertura di duemilacentotrentatré posti di personale non dirigenziale.*

*2. La signora _____ aveva superato il concorso classificandosi al
1053° posto in graduatoria ed al momento della scelta delle sedi aveva
proceduto ad effettuare la procedura informatica indicata dalla Presidenza
del Consiglio che, però, non era giunta a conclusione comportando una*

pubblicazione delle assegnazioni delle sedi che dava atto della preferenza non espressa da parte sua.

3. La sentenza impugnata ha respinto il ricorso, ritenendo che la mancata indicazione delle sedi di preferenza non fosse dipesa da un cattivo funzionamento della procedura informatica per non esserne stata offerta la prova. Ha ipotizzato, invece, che la ricorrente, una volta ritenuto di aver correttamente indicato le preferenze, non abbia effettivamente verificato il contenuto della propria domanda.

4. L'appello propone un motivo principale e un altro formulato in via subordinata.

4.1. Il primo evidenzia come l'appellante abbia compiuto l'indicazione delle preferenze in tema di sede da assegnare sul portale, tanto da aver ottenendo alla fine della procedura una ricevuta dal portale medesimo.

Sulla scorta di tale ricevuta, la candidata non avrebbe potuto accorgersi che in realtà la procedura non avesse avuto un esito positivo. L'appellante, dopo la pubblicazione dell'assegnazione delle sedi, ha dunque presentato idonea richiesta di correzione formale dall'elenco pubblicato il 4 febbraio 2022, ma senza ricevere risposta.

4.2. Il secondo motivo afferma che, quand'anche non si dovessero condividere le argomentazioni espresse nel precedente motivo, il giudice di primo grado avrebbe dovuto ammettere il soccorso istruttorio per la mancata scelta delle sedi, poiché l'amministrazione era onerata di esperire accertamenti tecnici ed ispezioni sulla procedura posta in essere dalla concorrente.

5. La Presidenza del Consiglio dei Ministri si costituiva in giudizio con memoria di stile.

6. Il Presidente della Sezione ha sospeso l'efficacia della sentenza appellata con il decreto cautelare 21 ottobre 2022, n. 5055.

Giova trascrivere integralmente la parte essenziale della motivazione di detto decreto cautelare, che il Collegio condivide e fa propria:

«Ritenuto che ... , nella specie:

I) in punto di effettiva sussistenza di un grave periculum in mora, appare dirimente l'affermazione di parte, cui si ritiene di dar credito pur nello strutturale difetto di contraddittorio tipico della presente fase monocratica, secondo cui "il termine ultimo per lo scorrimento della graduatoria scadrà il giorno 24.10.2022";

II) in punto di non evidenza dell'insussistenza del fumus boni iuris, merita osservarsi:

a) che la sentenza appellata ha motivato la reiezione del primo motivo dell'originario ricorso – pur dopo aver dichiarato di aderire (ma solo nominalmente) al condiviso orientamento giurisprudenziale secondo cui "se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara" – unicamente sull'assunto che "tale incertezza, ad avviso del Collegio, non è dimostrata nel caso di specie", con ciò incorrendo però in una sorta di ossimoro motivazionale: giacché l'incertezza, per definizione, non pare possa integrare l'oggetto di un onere probatorio gravante su chi l'invoca, anziché sulla controparte (ossia, nella specie, "sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito" la selezione di cui trattasi);

b) quanto invece al secondo motivo, volto a dedurre, in subordine, la violazione del dovere di soccorso istruttorio (sub specie di soccorso procedimentale, o informatico), la sentenza ha sostanzialmente escluso la sussistenza di siffatto dovere, in tal guisa forse pretermettendo però di adeguatamente riflettere – com'è chiamato a fare, funditus, il collegio che deciderà la controversia – su una serie di nuove tematiche, essenzialmente correlate all'individuazione dell'effettivo limite dell'onere di diligenza informatica che possa ragionevolmente farsi gravare sul quisque de populo:

b-1) se a carico del semplice cittadino, pur non trattandosi di un "professionista", sia traslabile tutto quanto la giurisprudenza abbia finora

enucleato sulla partecipazione delle imprese alle pubbliche gare (o degli avvocati al processo telematico);

b-2) se e fino a che punto, a fronte di malfunzionamenti del sistema o del collegamento a esso, il cittadino possa essere costretto a una sorta di “gioco dell’oca” per completare una procedura telematica impostagli (e altresì onerato di riuscire ad avvedersi per tempo dei propri insuccessi);

b-3) se meriti adeguata considerazione la tesi che sul cittadino, in quanto non imprenditore (rectius: non “professionista”), non possa gravare l’onere di munirsi d’una sorta di “ufficio informatico” per potersi correttamente rapportare con l’amministrazione pubblica, e che gli vada perciò riconosciuto, in ogni caso di difficoltà (salvo a postulare un generale obbligo di alfabetizzazione informatica quale preconditione per continuare a godere dei più elementari diritti civili), un soccorso amplissimo – preventivo, ma anche successivo – a carico della controparte pubblica (che, per proprie esigenze, abbia imposto modalità di accesso esclusivamente telematiche);

Ritenuto, pertanto e conclusivamente, che – avuto prevalente riguardo al periculum in mora, e restando perciò allo stato sostanzialmente impregiudicata ogni definitiva valutazione in punto di fumus boni iuris, da riservare eminentemente alla cognizione del Collegio – sussistono entrambe le condizioni cumulativamente richieste dalla legge affinché possa concedersi l’invocata misura cautelare monocratica;

Ritenuto che, a tal fine, debbesi disporre che l’amministrazione, nelle more della decisione collegiale sull’istanza cautelare, tenga conto – considerandole a ogni effetto come ritualmente formulate – delle preferenze di sede già espresse nel procedimento dall’odierna appellante (a cui si attribuisce la facoltà, per maggior certezza di quali esse siano, di depositarne l’elenco agli atti di questo processo, con valenza certativa nei confronti della controparte pubblica sin dal momento del deposito) e proceda alle assegnazioni nel rispetto di esse, conformemente alla posizione dell’appellante in graduatoria».

7. Alla camera di consiglio del 10 novembre 2022, oltre a confermare la scelta monocratica di sospensione della sentenza, il Collegio ha formulato richiesta di una relazione all'Amministrazione per ricostruire esattamente la vicenda. Con nota depositata il 23 novembre 2022 veniva ottemperata la richiesta nella quale oltre ad un riepilogo della vicenda nei termini espressi nel ricorso, si faceva presente che per coloro che non avevano espresso la preferenza in occasione della prima richiesta sono state poste a disposizione le sedi residue e l'appellante è stata assegnata all'Ispettorato Nazionale del Lavoro (sede da lei neppure accettata, tanto da non aver firmato il contratto di lavoro).

8. Alla camera di consiglio del 1 dicembre 2022 l'appello veniva trattenuto in decisione, dando atto a verbale dell'avviso ex art. 60 c.p.a. per l'immediata definizione del merito con la presente sentenza.

9. L'appello è fondato in doveroso accoglimento del primo motivo, il Collegio condividendo e facendo proprie le considerazioni già svolte nel decreto cautelare sopra trascritto.

L'appellante ha prodotto una ricevuta emessa dalla procedura in cui – quantomeno apparentemente, ossia nella soggettiva percezione di un utente non munito di particolare preparazione informatica, di cui merita comunque tutelarsi l'affidamento – si dava atto dell'effettuazione della scelta e della trasmissione del curriculum vitae.

A fronte di tale produzione documentale, non contrastata dall'Amministrazione, non è corretto affermare che non sia stata fornita la prova dell'incertezza della causa per il quale vi era stato un cattivo funzionamento della procedura, come si legge nella sentenza impugnata; né, comunque e soprattutto, è corretto addossare alla parte privata partecipante alla procedura concorsuale siffatto onere probatorio.

Essendo, pertanto, escluso che vi sia la prova che la mancata espressione delle preferenze sulle sedi da assegnare sia da attribuirsi a errori od omissioni della vincitrice del concorso, è necessario ricorrere al consolidato orientamento

della giurisprudenza in casi simili che è stato richiamato sia dalla sentenza impugnata, seppure per escluderne l'applicazione, sia dal decreto cautelare monocratico: "Se rimane impossibile stabilire con certezza 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 ha bandito, organizzato e gestito la gara" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352; id., 29 luglio 2020, n. 4811).

Da ciò consegue l'annullamento degli atti impugnati, con il corollario che, agli effetti conformativi, l'Amministrazione dovrà consentire all'appellante di esprimere le sue preferenze sull'intero novero delle sedi messe a disposizione dei vincitori di concorso per consentirle una scelta che rispetti la sua posizione in graduatoria.

Restano sullo sfondo le ulteriori e pur condivise considerazioni svolte nel prefato decreto cautelare, in quanto attinenti al secondo motivo di appello che è assorbito dall'accoglimento del primo.

10. L'obiettivo incertezza, circa le ragioni che non hanno consentito un corretto funzionamento del sistema informatico della scelta della sede per l'appellante, giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente decidendo sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti impugnati, nella parte in cui non hanno tenuto conto delle preferenze espresse dall'appellante.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ugo De Carlo

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO