

Pubblicato il 14/11/2017

N. 05238/2017REG.PROV.COLL.
N. 06019/2016 REG.RIC.**REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6019 del 2016, proposto da:

_____, rappresentata e difesa dagli avvocati Eleonora Magnanini, David Giuseppe Apolloni, Salvatore Menditto, con domicilio eletto presso lo studio David Giuseppe Apolloni in Roma, via Conca D'Oro, 285;

_____, rappresentati e difesi dagli avvocati Eleonora Magnanini, Salvatore Menditto, David Giuseppe Apolloni, con domicilio eletto presso lo studio David Giuseppe Apolloni in Roma, via Conca D'Oro, 285;

contro

Azienda USL Umbria n.1, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Rampini, Luca Benci, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone N.44;

nei confronti di

_____, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Cantelli, Michele Bonetti, con domicilio eletto presso lo studio Michele Bonetti in Roma, via San Tommaso D'Aquino 47;

_____, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Bonetti, Umberto Cantelli, con domicilio eletto presso lo studio Michele Bonetti in Roma, via San Tommaso D'Aquino 47;

non
costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

i, rappresentata e difesa dagli avvocati Eleonora Magnanini, Salvatore Menditto, David Giuseppe Apolloni, con domicilio eletto presso lo studio David Giuseppe Apolloni in Roma, via Conca d'oro, 285;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA, SEZIONE I, n. 332/2016, resa tra le parti, concernente la determinazione n.842/2014 con cui il Direttore Generale di Azienda USL Umbria 1 ha disposto l'annullamento di ufficio della graduatoria del concorso pubblico per la copertura di 6 posti di dirigente psicologo, area di psicologia, disciplina di psicoterapia, già approvata con determinazione Dir. Gen Azienda USL Umbria 1 26 marzo 2014, n. 252.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl Umbria N.1 e di

Visto l'intervento ad adiuvandum proposto da

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza cautelare 29 settembre 2016, n.4373, con cui questa Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2017 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Menditto, Giovanni Corbyons su delega di Mario Rampini e Umberto Cantelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con determinazione 26 marzo 2014, n.252, il Direttore Generale della Azienda USL Umbria 1 approvava la graduatoria del concorso pubblico per titoli ed esami indetto (con

bando 17 gennaio 2012) per la copertura a tempo indeterminato di sei posti di dirigente psicologo, disciplina Psicoterapia, in cui risultavano vincitrici – tra gli altri – le dottoresse

Dottoressa Anna Maria C. e Dottoressa Anna Maria C.

Ma con successiva determinazione 6 ottobre 2014, n.842, lo stesso Direttore generale di Azienda USL Umbria 1, a seguito di ricorso (RG 365/2014) proposto al TAR Umbria dalla Dottoressa Anna Maria C. (risultata non idonea) disponeva in parte qua l'annullamento di ufficio della suddetta graduatoria, limitatamente allo svolgimento della prova pratica, che riteneva viziata da violazione della regola dell'anonimato, applicabile nel caso specifico a causa dello svolgimento in forma scritta della medesima prova.

Esibita in giudizio la determinazione della Azienda USL Umbria 1 di annullamento in autotutela n.842/2014, con sentenza n.628/2014 il TAR Umbria dichiarava l'estinzione del giudizio per cessata materia del contendere.

1.1. Avverso l'annullamento in autotutela della graduatoria del concorso quattro delle vincitrici del concorso medesimo (dott.sse Anna Maria C. e Anna Maria C.) proponevano ricorso al TAR Umbria (RG 737/2014), deducendone l'illegittimità per violazione della legge n.241/1990, art 21 nonies, nonché per eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti e difetto di motivazione.

Il ricorso, su ordinanza del TAR, fu notificato per pubblici proclami anche a tutti i controinteressati, alcuni dei quali (dott.sse Anna Maria C. e Anna Maria C.) si costituivano in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso, unitamente alla Azienda USL Umbria 1, mentre la dott.ssa Anna Maria C. chiedeva intervento ad adiuvandum per l'accoglimento del ricorso delle ricorrenti.

Con sentenza n.332/2016 il TAR Umbria, dopo aver sospeso con ordinanza cautelare n. 737/2014, l'impugnata determinazione di annullamento in via di autotutela, ha respinto il ricorso (proposto dalle originarie vincitrici del concorso), compensando le spese per la indubbia complessità della questione esaminata.

Con l'appello in epigrafe (consegnato per la notifica in data 7 luglio 2016) le dott.sse Anna Maria C. e Anna Maria C. hanno chiesto la riforma della sentenza del TAR Umbria, riproducendo, con tre articolati motivi, le censure di violazione di legge ed eccesso di potere, già dedotte in primo grado.

Con successiva istanza cautelare (notificata alle controparti il 5 settembre 2016) le appellanti, hanno chiesto la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, visto che il Direttore dell'Azienda sanitaria con determinazione 25 agosto 2016, n.940 (in attuazione della sentenza TAR Umbria n 332/2016) ha disposto di "procedere alla ripetizione della prova pratica e della prova orale prima della formulazione della nuova graduatoria finale", prevedendo, altresì, vista la proposizione dell'appello, la prosecuzione dei rapporti contrattuali in corso con i sei originari vincitori del concorso fino alla approvazione della nuova graduatoria di merito.

1.3. Si costituita in giudizio l'Azienda USL Umbria 1, che ha chiesto il rigetto dell'appello, rappresentando che con l'esercizio del potere di autotutela l'Azienda aveva inteso eliminare i vizi che inficiavano la prova pratica (che, a suo avviso, sarebbe stata trasformata in una seconda prova scritta con violazione della regola dell'anonimato dei concorrenti), e che, comunque, nelle more del rinnovo della prova pratica e di quella orale, era stata disposta la prosecuzione dei rapporti contrattuali in corso con le originarie vincitrici del concorso, al preminente fine di garantire la continuità assistenziale,.

1.4. Si sono costituite in giudizio le contro interessate dott.ssa [redacted] che in via preliminare hanno eccepito l'inammissibilità/improcedibilità dell'appello per la mancata censura della sentenza di primo grado, in violazione dell'art.101 cpa, in quanto le appellanti si sarebbero limitate a riproporre le stesse censure dedotte innanzi al TAR; poi nel merito hanno chiesto con puntuali argomentazioni il rigetto dell'appello, perché infondato, previa eccezione di inammissibilità del primo motivo per violazione dell'art 104 cpa con riguardo sia al dedotto profilo di violazione dell'art 21 nonies della legge n.241/1990 sia ai "vistosì limiti di ammissibilità del ricorso proposto dalla dott.ssa Olmi", trattandosi (rispettivamente) di censura ed eccezione nuove e tardive .

Con atto di intervento ad adiuvandum si è costituita in giudizio la dott.ssa [redacted] (collocatasi al nono posto della originaria graduatoria del concorso), che ha chiesto l'accoglimento dell'appello così come in primo grado aveva sostenuto la fondatezza delle censure di violazione di legge e di eccesso di potere, formulate dalle vincitrici della procedura concorsuale, ricorrenti avverso la determinazione di annullamento in autotutela della originaria graduatoria del concorso.

1.5. Con ordinanza cautelare n.4373/2016 questa Sezione ha sospeso esecutività della sentenza impugnata per prevalenti esigenze di certezza del diritto e per economia di spesa dell'azienda sanitaria, con il conseguente ripristino della validità della graduatoria originaria, approvata con determinazione del Direttore generale n.252/2014.

Infine, nell'imminenza della trattazione della controversia nel merito, con memoria difensiva (depositata il 12 gennaio 2017) le appellanti, vista la partecipazione al giudizio di primo grado di alcuni dei contro interessati, hanno preliminarmente rappresentato di ritenere completo il contraddittorio, avendo notificato l'appello a tutti i contro interessati costituiti in primo grado a seguito della notifica per pubblici proclami e, comunque, in subordine, hanno chiesto che, nell'ipotesi in cui il Collegio ritenesse necessario integrare il contraddittorio, si disponga la pubblicazione dell'appello e ogni altro atto (quale anche l'elenco dei contro interessati) in via telematica sul portale istituzionale dell'AUSL Umbria 1.

Sotto il profilo sostanziale, poi, le appellanti in primo luogo, hanno ulteriormente esposto le ragioni a sostegno sia del corretto svolgimento della prova pratica sia, specularmente, della insussistenza dei requisiti previsti dalla legge n.241/1990, art 21 nonies, per l'annullamento di ufficio, mentre, in secondo luogo, hanno replicato alle controdeduzioni svolte dalle controparti a sostegno della sentenza di primo grado.

1.6. Infine, quanto alle spese di lite, le appellanti hanno chiesto il riconoscimento delle spese di entrambi i gradi di giudizio con espresso riferimento all'onere corrispondente alla integrazione del contraddittorio per pubblici proclami mediante pubblicazione sulla G.U. (disposta dal giudice di primo grado e quantificata da parte ricorrente in euro 2.756,82) ed all'importo dei contributi unificati (versati in entrambi i gradi di giudizio), nonché, in ogni caso, il rimborso di spese e compensi del presente grado di giudizio.

Alla pubblica udienza del 30 marzo 2017, uditi i difensori, presenti per le parti, la causa è andata in decisione.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in diritto la controversia concerne la determinazione 6 ottobre 2014, n.842, con cui il Direttore generale dell'Azienda USL Umbria 1 disponeva in parte qua l'annullamento di ufficio della graduatoria della procedura concorsuale per la copertura di sei posti di dirigente psicologo, disciplina Psicoterapia (approvata con la

precedente determinazione n.252/2014), limitatamente allo svolgimento della prova pratica ed alla prova orale, fondando l'autotutela sulla pretesa violazione della regola dell'anonimato, ritenuta applicabile in relazione alla forma scritta in cui si era di fatto svolta la prova pratica della procedura concorsuale in controversia.

2.1.Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per violazione dell'art 101 cpa, sollevata dalle contro interessate per dedurre che la parte appellante si limiterebbe a riproporre le censure dedotte nel primo grado di giudizio senza contestare specificamente i vari capi della sentenza impugnata, mentre l'oggetto dell'appello è la sentenza di primo grado, e non il provvedimento amministrativo impugnato.

L'eccezione va disattesa.

Infatti parte appellante ha censurato la motivazione della sentenza di primo grado con riferimento ai vari capi in cui il TAR ha ritenuto insussistenti i dedotti vizi sia di violazione dei presupposti richiesti per la corretta applicazione dell'art.21 nonies, legge n.241/1990, sia di eccesso di potere per travisamento dei fatti con riguardo alle modalità di svolgimento della prova pratica ed alla conformità delle medesime alle prescrizioni del bando; tra l'altro la parte appellante riteneva non pertinente il richiamo fatto dal giudice di primo grado (in tema di interesse pubblico alla trasparenza della PA) al principio espresso dalla A.P. n.26/2013, nella parte in cui ha affermato che, nelle prove scritte dei concorsi pubblici, la eventuale violazione della regola dell'anonimato determina de iure la radicale invalidità della graduatoria finale.

2.2.Sempre in via preliminare, inoltre, va precisato, per completezza, che, in secondo grado, il contraddittorio risulta correttamente instaurato mediante la notifica ai soli contro interessati costituiti in primo grado (a seguito della notifica per pubblici proclami) e, quindi, aventi veste di parti nel giudizio di impugnazione.

2.3.Infine il Collegio prende atto dell'intervento ad adiuvandum spiegato da Roberta Sargentini, ai fini dell'accoglimento dell'appello in epigrafe, e lo dichiara ammissibile, in quanto la interveniente è una concorrente collocatasi al nono posto della originaria graduatoria approvata nel marzo 2014 (e poi annullata in autotutela), utilizzata (nelle more del giudizio) per scorrimento fino alla concorrente collocata al settimo posto (pur se con contratto a tempo determinato).

2.4. Nel merito l'appello è fondato e, pertanto, va accolto.

In particolare il Collegio ritiene fondato il motivo di appello formulato in ordine alle modalità di espletamento della seconda prova con particolare riguardo alla mancata applicazione del principio dell'anonimato dei concorrenti (secondo motivo di appello, che ripropone il terzo motivo del ricorso di primo grado).

In effetti la sentenza appellata afferma che, poiché (secondo quanto emerge dagli atti di causa) la prova pratica è “ stata integralmente sostituita de facto dalla redazione vera e propria di un compito scritto, elaborato sulla base di una traccia recante un caso pratico”..... “Ne deriva che la prova sostenuta va considerata alla stregua di una prova scritta a tutti gli effetti....Pertanto non solo la prova è stata trasformata in una prova scritta ma essa non è stata svolta nel rispetto del principio dell'anonimato”.

Invece (deduce parte appellante) la stessa disciplina nazionale sulle modalità di svolgimento delle prove dei concorsi pubblici del personale della dirigenza sanitaria (DPR n.483/1997, art.54), espressamente richiamata nella rubrica dell'art.4 del bando di concorso (nonché nel verbale n.6 della commissione di concorso), prevede che la commissione stabilisce modalità e contenuti della prova pratica, che devono comportare uguale impegno per tutti i concorrenti, e, nel caso in cui decida di far effettuare a tutti i candidati la stessa prova, deve proporre tre provele prove pratiche si svolgono alla presenza dell'intera commissione, previa identificazione dei concorrenti.

2.5. Il motivo è fondato .

Infatti la commissione, dopo aver corretto la prova scritta, nel fissare le modalità di svolgimento della prova pratica, all'unanimità ha stabilito di fare effettuare ai candidati la medesima prova ed, a tal fine, ha predisposto tre prove (vedi verbale 6).

Pertanto, considerato che la suddetta determinazione della commissione (unica contemporanea prova pratica per tutti i candidati) non viene indicata nel provvedimento di auto annullamento come profilo di illegittimità della precedente approvazione degli atti del concorso e della graduatoria, ne deriva che la stessa Azienda sanitaria, in sede di riesame della precedente approvazione della graduatoria, non ha prospettato, ai fini del legittimo espletamento della prova pratica, una forma alternativa a quella scritta e, quindi,

ha implicitamente ammesso che la scelta della commissione risultava, di fatto, sia senza valide alternative sia immune dai prospettati vizi di legittimità.

2.6. D'altra parte è opportuno rappresentare che la commissione non sarebbe stata tenuta ad applicare la regola dell'anonimato neanche ove avesse applicato alla lettera la disposizione del bando (art.4) che prevedeva la discussione di un caso oppure l'esame dei risultati di test psicodiagnostici con diagnosi psicologica, corredata da una schematica illustrazione scritta: infatti è evidente che la discussione orale da parte del candidato innanzi alla commissione di esame comporta di per se stessa la individuazione del medesimo, così come avviene per la prova orale.

2.7. Né appare condivisibile la motivazione della sentenza appellata nella parte in cui afferma che, mentre “nella prova pratica vera e propria il contatto tra il candidato e la commissione riveste la precipua funzione di porre la commissione in grado di accertare la tecnica di intervento del singolo mediante visione diretta”, invece “allorché la prova pratica sia in concreto sostituita da un elaborato scrittoil criterio dell'anonimato si riepande quale manifestazione dell'incomprimibile principio d'imparzialità”.

Infatti la scelta della commissione di far svolgere la stessa prova a tutti i candidati, in omaggio al principio di concentrazione e di segretezza, se, da un lato, comporta di necessità la forma scritta della relazione sul caso clinico esaminato, dall'altro, non risulta posta tra le ragioni dell'autoannullamento della prima determinazione di approvazione degli atti del concorso (e nomina dei vincitori), pur se appare evidente che la commissione, nello stabilire di fare una prova pratica unica per tutti i concorrenti, ha beneficiato di una facoltà prevista dal citato DPR n.483/1997 e non poteva, comunque, fare a meno di identificare i vari concorrenti come sarebbe accaduto ove avesse fatto fare a ciascuno di essi una esposizione orale sul caso clinico assegnato, integrata con la schematica relazione scritta, che simula, evidentemente, la stesura di un referto clinico.

2.8. Peraltro lo svolgimento della prova pratica in forma scritta non costituisce elemento sufficiente per portare al mutamento sostanziale/ontologico della prova stessa, che (secondo quanto afferma la sentenza impugnata) da prova pratica si trasformerebbe in una vera e propria prova scritta per il cui svolgimento dovrebbe essere applicata la regola dell'anonimato a garanzia del principio generale di imparzialità.

Invero sul punto non si può prescindere dalla osservazione che, nelle procedure concorsuali per il personale dirigenziale sanitario, la prova pratica risulta ontologicamente differente dalla prova teorica (da farsi in forma scritta), in quanto è finalizzare a far apprezzare la capacità del candidato di applicare le nozioni teoriche al caso nosologico all'esame, formulando la diagnosi con la relativa terapia, e cioè, nel caso all'esame, la diagnosi psicologica (come si legge nel bando, art.4), come prescrive, del resto, la disposizione regolamentare dell'art 54 del DPR n.483/1997 in materia di procedura concorsuale per il profilo di psicologo..

In via di principio, poi, va tenuto presente che, in materia di procedure concorsuali del personale del SSN, secondo il quadro normativo di riferimento tracciato dal citato DPR n.483/1997, la commissione di esame, ove necessario, per la prova pratica deve porre a disposizione dei candidati "apparecchi e materiali necessari" ed, ancora, le prove pratiche si svolgono alla presenza dell'intera commissione, previa identificazione dei concorrenti" (art.15) .

2.9. In conseguenza (a prescindere dalle esposte considerazioni) la lettura delle disposizioni della lex specialis e della normativa di settore, come accreditata dal giudice di primo grado, risulterebbe, comunque, in insanabile contrasto con le regole generali fissate dalla stessa normativa di settore, che, innanzi tutto, impongono lo svolgimento, non solo della prova scritta, ma anche della prova pratica e, specularmente, prevedono espressamente la previa identificazione del concorrente.

2.9.1. Inoltre non appare pertinente il richiamo fatto nella sentenza di primo grado alle prove pratiche espletate nei concorsi per il notariato e per la magistratura amministrativa o contabile, in quanto si tratta di contesti organizzativi non omogenei: infatti occorre tener conto della circostanza che l'attività sanitaria ha, quasi sempre, un accentuato risvolto pratico, manuale o tecnico, per cui la stessa disciplina delle procedure concorsuali per il personale dirigenziale del SSN prevede (come già detto) che la commissione metta a disposizione dei concorrenti "apparecchi e materiali necessari per l'espletamento della prova stessa".

2.9.2. Pertanto, alla luce delle esposte considerazioni, poiché, ad avviso del Collegio, la forma scritta stabilita dalla commissione per la prova pratica non comporta l'applicazione

della regola dell'anonimato (in pretesa analogia con le regole che presiedono all'espletamento della prova teorica), la determinazione del Direttore generale della Azienda USL Umbria 1 n.252/2014 non risulta affetta dai vizi di legittimità per cui la stessa Azienda USL Umbria 1, in via di autotutela ai sensi dell'art 21 nonies della legge n.241/1990, ne ha disposto l'annullamento di ufficio con la impugnata determinazione n.842/2014 .

In conseguenza in capo alla Azienda USL Umbria 1 non sussistevano i presupposti per l'adozione della impugnata determinazione del Direttore generale 6 ottobre 2014, n.842, in preteso esercizio del potere di autotutela.

3. In conclusione, quindi, assorbiti per economia di mezzi gli altri motivi o profili di motivi di impugnazione dedotti, preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello e dichiarato ammissibile l'intervento ad adiuvandum spiegato da Roberta Sargentini, nel merito l'appello in epigrafe va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza del giudice di primo grado, il ricorso proposto innanzi al TAR Umbria va accolto con il conseguente annullamento della determinazione della Azienda USL Umbria 1 n.842/2014.

Le spese seguono la soccombenza e pertanto, liquidate in complessivi euro 4.000,00, oltre gli accessori di legge per il doppio grado di giudizio ed il totale rimborso sia della spesa per i pubblici proclami in primo grado, quantificate in euro 2756,82, sia dei contributi unificati versati, sono poste a carico della Azienda USL Umbria 1 e delle contro interessate ~~Ente~~, ciascuna parte tenuta per la metà, ma entrambe con vincolo di solidarietà nei confronti della parte appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello in epigrafe, nel merito lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del giudice di primo grado, accoglie il ricorso proposto innanzi al TAR Umbria RG n.737/2014 con il conseguente annullamento della determinazione della Azienda USL Umbria 1 n.842/2014.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio seguono la soccombenza e pertanto, liquidate in complessivi euro 4.000,00, oltre gli accessori di legge, ed il totale rimborso sia della spesa

per i pubblici proclami in primo grado, quantificate in euro 2.756,82, sia dei contributi unificati versati, sono poste a carico della Azienda USL Umbria 1 e delle contro interessate ... , ciascuna parte tenuta per la metà, ma entrambe con vincolo di solidarietà nei confronti della parte appellante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Bellomo, Presidente FF

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE

Lydia Ada Orsola Spiezia

IL PRESIDENTE

Francesco Bellomo

IL SEGRETARIO

