

Pubblicato il 10/11/2020

N. 00709/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00456/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 456 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Carmela Fimognari, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi di Bologna - Alma Mater Studiorum, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, ivi domiciliataria ex lege, via A. Testoni, 6;
CINECA- Consorzio Interuniversitario non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensiva

- del provvedimento, non conosciuto, con il quale l'Università di Bologna non ha ammesso la ricorrente alla procedura concorsuale pubblica indetta con il Decreto Rettorale n. 426 del 9.04.2020, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – IV serie speciale n. 35 del 5 maggio 2020, per la copertura di n. 31 posti di Professore Universitario di ruolo - I fascia;

- in subordine, del Decreto Rettorale n. 426 del 9.04.2020;

- per quanto possa occorrere, di ogni altro atto o provvedimento ad essi presupposto, connesso o consequenziale.

quanto ai motivi aggiunti:

- del diniego, notificato in data 14.07.2020, all'istanza di autotutela formulata in data 23.06.2020, con il quale l'Università di Bologna - Alma Mater Studiorum, APOS - area del personale ha confermato l'esclusione della ricorrente dalla procedura selettiva a n.31 posti di professore di I fascia bandita con D.R. n. n. 426 del 9 aprile 2020, nonché, laddove necessario, di ogni altro atto o provvedimento ad esso presupposto, consequenziale o comunque connesso”.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Bologna - Alma Mater Studiorum;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2020 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone la dott.ssa Fimognari, odierna ricorrente, di aver partecipato in qualità di professoressa di seconda fascia alla procedura concorsuale pubblica indetta dall'Università di Bologna con Decreto Rettorale n. 426 del 9 aprile 2020, per la copertura di n. 31 posti di Professore Universitario di ruolo - I fascia.

Riferisce di esser stata esclusa dalla selezione con la motivazione del mancato caricamento della domanda sulla piattaforma digitale “PICA” (sviluppata dal CINECA) imposta dal bando quale unica modalità di presentazione, non riuscendo a concludere la procedura a causa di asseriti malfunzionamenti del sistema telematico e/o del *browser*.

La prof.ssa Fimognari ha impugnato la suddetta esclusione deducendo motivi così riassumibili:

I)Violazione art. 97 e 51 Cost.; eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta: la domanda presentata sarebbe riconducibile con certezza alla ricorrente, dal momento che l'accesso alla piattaforma digitale è protetto da un sistema di accreditamento; in ipotesi di mancato caricamento della domanda per malfunzionamento del sistema informatico o anche solamente in caso di dubbio l'esclusione sarebbe illegittima; ove l'Amministrazione espletò un concorso pubblico con modalità telematiche dovrebbe prevedere in caso di emergenza una modalità di presentazione alternativa; la ricorrente allega perizia informatica comprovante con ogni probabilità l'avvenuto caricamento della domanda e l'errore del sistema (è possibile sostenere una certa instabilità del *browser*, ulteriormente confermata dalla presenza, al momento dell'accesso alla pagina finale del percorso di presentazione, di un ulteriore errore (evento 9027 accostato in diverse segnalazioni all'interruzione dell'esecuzione di applicativi o a crash di sistema);

II) Violazione dell'art. 1 c. 1, L.241/90, lesione del principio del legittimo affidamento, violazione dell'art. 6 L.241/90 con riferimento all'obbligo di soccorso istruttorio, eccesso di potere per

insussistenza dei presupposti, difetto di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà e manifesta iniquità: sarebbe del tutto illegittima la mancata attivazione del soccorso istruttorio di cui all' art. 6 L.241, espressione del dovere di collaborazione nei rapporti di diritto pubblico, tenuto conto della modalità esclusivamente telematica di presentazione della domanda, intrinsecamente esposta a variabili imprevedibili in possibile pregiudizio dei partecipanti;

III) Violazione dell'art. 97 Cost., art. 1 comma 1 L.241/90, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità pubblicità trasparenza e del legittimo affidamento; disparità di trattamento e manifesta irragionevolezza: sarebbe illegittimo a monte della procedura il decreto rettorale, parimenti impugnato, nella parte in cui non prevede una modalità alternativa di presentazione della domanda attivabile in via d'urgenza né un *vademecum* illustrativo di presentazione della domanda come fatto dall'Ateneo in altre procedure.

Con atto notificato il 14 luglio 2020 l'Università di Bologna ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente, sulla scorta della seguente testuale motivazione "Il CINECA ha confermato infatti che non si è registrato alcun malfunzionamento del sistema di presentazione delle domande. I Suoi reiterati accessi alla suddetta piattaforma e le modalità con cui Lei ha indicato di aver operato, infine, escludono che possa essersi ingenerato un incolpevole affidamento circa l'asserito presunto perfezionamento della presentazione della domanda - in realtà mai effettuato - da parte Sua".

Con motivi aggiunti la ricorrente ha gravato il suddetto diniego, deducendo vizi in via derivata ed in via autonoma, essenzialmente consistenti nell'eccesso di potere per difetto di istruttoria vizianti anche il procedimento di secondo grado.

Si è costituita l'Università di Bologna depositando altresì relazione del Direttore Generale e documentazione. Ad avviso dell'Ateneo il mancato completamento della procedura di presentazione della domanda non sarebbe dipeso da malfunzionamento del sistema bensì esclusivamente dalla negligenza della ricorrente, la quale sarebbe ben consapevole della differenza tra il mero caricamento dei dati sulla piattaforma rispetto all'invio telematico della domanda.

Alla camera di consiglio del 29 luglio 2020 con ordinanza n. 297/2020 la domanda incidentale cautelare è stata accolta disponendo l'ammissione della ricorrente con riserva alla selezione di che trattasi "atteso che:- la ricorrente pare aver sicuramente iniziato la procedura telematica tramite molteplici accessi per caricare vari dati (tra cui il *curriculum vitae*) non essendo tuttavia riuscita a concluderla ovvero ad inviare la domanda sulla piattaforma telematica quale unica modalità di presentazione stabilita dal bando;- indipendentemente dall'imputabilità a mal funzionamento della piattaforma e/o del *browser* o ad errore della ricorrente, anche in quest'ultimo caso emerge comunque la scusabilità dell'errore unitamente alla doverosità dell'attivazione del soccorso istruttorio, quale corollario dei principi di buon andamento, imparzialità e del "*favor participationis*" - da contestualizzarsi in seno alla procedura telematica di che trattasi - apparendo l'esclusione dal concorso nel caso di specie oltremodo penalizzante".

In stretta esecuzione della decisione cautelare l'Università resistente ha invitato la ricorrente a scaricare ed inviare la domanda già presente nella piattaforma.

In vista della discussione di merito le parti hanno illustrato le proprie argomentazioni difensive.

Parte ricorrente ha rilevato come l'attivazione del soccorso istruttorio quale istituto espressione del dovere di collaborazione non sia una mera facoltà ma un dovere dell'Amministrazione specie in procedure esclusivamente telematiche e non accompagnate da *vademecum* illustrativo.

Di contro l'Università di Bologna ha insistito per l'infondatezza del ricorso, evidenziando in sintesi: - la prof.ssa Fimognari ha caricato i dati ma non ha effettuato l'invio; - non è vero che era presente il solo tasto "submit" perché il sistema prevedeva anche il tasto verde "presenta"(deposita documenti) ; - il denunciato disguido sarebbe dipeso unicamente da colpa della ricorrente, essendo notorio che nei concorsi con modalità telematica la conferma dell'invio della domanda dovrebbe arrivare nel giro di pochi minuti, mentre la ricorrente ha chiesto colpevolmente delucidazioni soltanto dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande; - l'impossibilità di attivazione del soccorso istruttorio in quanto lesivo della *par condicio*.

La ricorrente ha replicato sostenendo come il bando in questione non specifichi affatto il termine di invio da parte della piattaforma della conferma e come la previsione di un responsabile del procedimento, peraltro obbligatoria, non sia sostitutiva di un *vademecum* illustrativo.

All'udienza pubblica del 21 ottobre 2020, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale pubblica indetta dall'Università di Bologna con il Decreto Rettorale n. 426 del 9 aprile 2020, per la copertura di n. 31 posti di Professore Universitario di ruolo - Prima fascia.

Come esposto nella parte in fatto, l'odierna ricorrente ha inteso partecipare alla selezione, prevista con modalità interamente telematica tramite la piattaforma digitale "Pica", caricando vari documenti tra cui il *curriculum vitae* seppur non riuscendo ad inviare la domanda e dunque a concludere la procedura.

Sostiene in buona sintesi la ricorrente che tale mancato invio sia dipeso dal malfunzionamento della piattaforma o del *browser* e/o comunque da dubbi circa la conferma di invio, allegando all'uopo perizia redatta da ingegnere informatico, mentre l'Ateneo, al contrario, riconduce il mancato completamento della procedura esclusivamente all'inerzia colpevole dell'interessata, che non avrebbe diversamente da tutti gli altri concorrenti attivato i previsti comandi. Per l'Amministrazione, in conclusione, la domanda di partecipazione della prof.ssa Fimognari sarebbe di fatto inesistente sì da rendere inevitabile l'effetto espulsivo.

2.- Il ricorso introduttivo è fondato e va accolto.

2.1. - Deve anzitutto evidenziarsi - contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa erariale - come nel caso di specie non vi siano ragionevoli dubbi circa l'univoca volontà della prof.ssa Fimognari di partecipare al concorso e sulla riconducibilità personale della domanda, essendosi ella accreditata nel sistema, avendo più volte caricato nella piattaforma digitale PICA la richiesta documentazione, effettuato vari accessi e quantomeno tentato il completamento della procedura mediante tentativo di invio della domanda.

D'altronde, secondo un criterio di normalità, non sono ravvisabili plausibili ragioni per cui la ricorrente non avrebbe inteso partecipare alla selezione di che trattasi, quale professore di seconda fascia, in prossimità tra l'altro della rappresentata scadenza dell'abilitazione nazionale conseguita nel 2017 quale requisito per partecipare ai concorsi a professore di prima fascia nonché della rappresentata circostanza della cronica carenza negli ultimi anni di procedure concorsuali per lo specifico settore.

E' invece dubbia l'individuazione del fattore causale che ha comportato tale inconveniente, se nel malfunzionamento informatico della piattaforma digitale e/o del *browser* o in errore commesso dalla stessa ricorrente.

Sul punto non ritiene il Collegio necessario, pur in considerazione del carattere eminentemente tecnico della questione, disporre mezzi istruttori, ritenendo invece assorbente il denunciato motivo della mancata attivazione da parte dell'Ateneo resistente del soccorso istruttorio, in considerazione della procedura telematica utilizzata, della inequivocabile volontà della prof.ssa Fimognari di partecipare al concorso nonché del possesso da parte della ricorrente di tutti i richiesti requisiti di partecipazione.

2.2. - In prima approssimazione, il soccorso istruttorio di cui all'art. 6 della legge 241/90 in quanto espressione del principio di buon andamento e del dovere di collaborazione esigibile nel procedimento amministrativo (*ex multis* Consiglio di Stato sez. VI, 18 maggio 2020, n.3148) non costituisce una facoltà, ma in un doveroso "*modus procedendi*" volto a superare inutili formalismi in nome del principio del "*favor participationis*" e della semplificazione, rappresentando quindi un'applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, legge 7 agosto 1990, n. 241 che impone all'Amministrazione di accertare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara e ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento (T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 29 aprile 2014, n.1116).

Invero con riferimento ai procedimenti concorsuali - fatta eccezione per i procedimenti di affidamento di appalti pubblici caratterizzati da una disciplina speciale (art. 83 d.lgs. 50/2016) improntata al massimo "*favor participationis*" - il soccorso istruttorio, per giurisprudenza consolidata, deve essere temperato con le esigenze di *par condicio* ed imparzialità, operandosi una distinzione tra "regolarizzazione documentale" e "integrazione documentale" quest'ultima sussistente ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca) a differenza invece, dalla mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi (*ex multis* T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 marzo 2020, n.555). Mentre l'integrazione documentale non è generalmente ammessa non vi sono ostacoli per la regolarizzazione (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 7 agosto 2017, n. 3913).

Quanto poi in precipuo riferimento ai concorsi pubblici, l'attivazione del soccorso istruttorio di cui all'art. 6 L.241/90 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 (T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 3 marzo 2020, n.1000).

2.3. - Tanto premesso, ritiene il Collegio che l'istituto del soccorso istruttorio risulti ancor più rilevante in seno ai procedimenti effettuati con modalità esclusivamente telematiche laddove la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti etc.) rientrano nella comune sfera di diligenza dell'interessato (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15 gennaio 2019, n.550).

Nel caso di domande telematiche, infatti, il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non “quantificabili” in termini di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti. Invero, le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti (ancora condivisibilmente T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15 gennaio 2019, n.550).

2.4. - Nel caso di specie la prof.ssa Fimognari, pur nell'incertezza dell'invio o meno della domanda, è ragionevolmente stata tratta in inganno dalla mancata ricezione della conferma di invio, anche a causa dell'assenza di un *vademecum* illustrativo ovvero di istruzioni tecniche per il caricamento della domanda idonee a supportare i concorrenti nell'adempimento degli oneri procedurali di tipo informatico.

Può convenirsi con la difesa erariale nel senso che la ricorrente avrebbe dovuto contattare entro l'ultimo giorno di presentazione delle domande il RUP per ottenere gli indispensabili chiarimenti, ma ciononostante non vi era ragione per non consentire la regolarizzazione del mancato invio della domanda.

2.5. - Se è indubbio quanto alle procedure telematiche il vantaggio conseguibile in termini di trasparenza, economicità e rapidità (Consiglio di Stato sez. VI, 17 giugno 2014, n.3042) non di meno la semplificazione non può tradursi in una imposizione senza vie d'uscita per gli interessati, dovendo l'Amministrazione contemplare se non forme alternative “tradizionali” cartacee quantomeno regole chiare e trasparenti idonee a supportare il candidato nel caricamento dei dati e nella presentazione della domanda, restando inteso che ogni qualvolta sia impossibile stabilire l'imputabilità del malfunzionamento, esso deve ricadere sull'ente che ha gestito la procedura (Consiglio di Stato sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86; T.A.R. Puglia Bari sez. III, 3 aprile 2020 n. 461).

3. - Alla luce delle suesposte considerazioni il secondo motivo del ricorso introduttivo, di natura assorbente, è fondato e merita accoglimento, con conseguente accoglimento del ricorso introduttivo ed annullamento dell'impugnata esclusione.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, in considerazione della peculiarità della vicenda all'esame

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Marco Morgantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO