

TAR Puglia - sentenza n. 152 del 2022

CONCORSO: ASSENZA ANCHE SE MOTIVATA DA COVID-19, PORTA AD ESCLUSIONE

Nella fattispecie la posizione assunta dalla Pubblica amministrazione deve dirsi a fortiori giustificata dalla particolare tipologia di concorso in esame atteso che, trattandosi di una selezione per l'assunzione di risorse in ambito sanitario, la stessa emergenza sanitaria cagionata dalla pandemia può indubbiamente aver enfatizzato quelle esigenze di celerità nella conclusione della procedura de qua, inconciliabili con le pretese della ricorrente.

Publicato il 26/01/2022

N. 00152/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00741/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 741 del 2021, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Pasquale Masucci e Giacomo Pietro Mescia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Libera Valla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di concorso pubblico per titoli ed esami, per n. 60 posti di C.P.S. – “tecnico della prevenzione 2 nell'ambiente e nei luoghi di lavoro” pubblicato sul BURP n.22, del 20.2.2020 dalla Asl Bari, nella parte in cui non prevede la possibilità per i candidati di partecipare a prove suppletive ovvero nella parte in cui non prevede lo svolgimento delle prove in modalità da remoto o altra modalità idonea in caso di positività al virus Covid-19 nonché segnatamente, nella parte in cui prevede, per le prove preselettive (art. 9) che: “... La mancata presentazione alla prova preselettiva, ancorché dipendente dal caso fortuito o da forza maggiore, comporterà l'automatica esclusione dalla procedura concorsuale...”; e nella parte in cui prevede (art.10): “... I candidati che non si presentano a sostenere le prove di concorso nei giorni, ora e sedi sta-

biliti, saranno dichiarati esclusi dal concorso, quale sia la causa dell'assenza, anche se non dipendente dalla volontà dei singoli concorrenti".

- del mancato riscontro della istanza inviata a mezzo pec in data 8.6.2021, con la quale la ricorrente comunicava la propria impossibilità a partecipare alla prova preselettiva e chiedeva alla ASL BA di poter svolgere la detta prova concorsuale in modalità remoto o altra modalità per infortunio sul lavoro consistito nella infezione da SARS-COV-19;
- della dichiarazione di esclusione dal concorso della ricorrente;
- del provvedimento di ammissione e dell'elenco degli ammessi alle prove scritte e pratiche;
- dei verbali di svolgimento delle prove scritte e pratiche svoltesi in data 9.6.2021;
- del provvedimento di ammissione e dell'elenco degli ammessi alle prove orale previste dal 12 al 15.7.2021;
- Ove occorra, dell'eventuale silenzio-rifiuto, formatosi in ordine alla motivata istanza, inviata a mezzo pec in data 8.6.2021, all'Amministrazione sanitaria resistente, ma rimasta priva di riscontro;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale comunque lesivo degli interessi del ricorrente anche se a questa all'attualità sconosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12.1.2022 la dott.ssa Desirée Zonno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La odierna ricorrente, già impiegata dell'AUSL Ferrara, impugna, chiedendone l'annullamento previa emissione delle misure cautelari opportune, il bando di concorso pubblico, unitamente agli atti consequenziali ad esso, per titoli ed esami, per n. 60 posti di "C.P.S. -TECNICO DELLA PREVENZIONE NELL'AMBIENTE E NEI LUOGHI DI LAVORO", pubblicato sul BURP n.22 del 20.2.2020 dalla ASL BARI, nella parte in cui:

- non prevede la possibilità di effettuare delle sessioni suppletive delle prove concorsuali, in modalità da remoto od altra modalità idonea, per quei candidati impossibilitati a parteciparvi perché colpiti da infezione da Covid-19;
- stabilisce, per le prove preselettive, che la mancata partecipazione ad esse, ancorché dipendente da caso fortuito o forza maggiore, comporti l'automatica esclusione dalla procedura concorsuale (art.9 del bando);
- prevede, per tutte le predette prove concorsuali, che qualora i candidati non si presentino a sostenere le prove nei giorni, orari e luoghi stabiliti, questi debbano esser dichiarati esclusi dal

concorso, qualunque sia la causa dell'assenza, anche se indipendente dalla loro volontà (art.10 del bando).

La ricorrente espone in fatto d'aver presentato domanda per il concorso di cui al bando impugnato in data 11.6.2020 e, quindi, d'esser stata ammessa, con delibera n. 727 del 4.5.2021, a partecipare alle relative prove concorsuali.

Afferma che l'Amministrazione, nelle more della procedura ed al fine di ridurne i tempi, tenendo conto dell'emergenza sanitaria in atto per pandemia da Covid-19, ha eliminato le prove preselettive, direttamente convocando i candidati per lo svolgimento delle prove scritte e pratiche.

A tal riguardo, puntualizza che l'Asl ha disposto, altresì, nella nota di convocazione dei candidati ammessi, l'obbligo di presentare, in sede concorsuale, un referto relativo ad un test antigenico rapido o molecolare, effettuato, mediante tampone oro/rino-faringeo, presso una struttura pubblica o privata accreditata/autorizzata, in data non antecedente a 48 ore dalla data di svolgimento delle prove, estendendo tale requisito d'ammissione anche ai soggetti che abbiano completato il ciclo vaccinale.

Dunque, la ricorrente assume d'aver, in adempimento alle prescrizioni allegate, riscontrato la propria positività al Covid19; sicché, l'8.6.2021, ha inviato una pec all'Amministrazione procedente, trasmettendo l'esito positivo del proprio tampone e chiedendo di sostenere le prove in modalità alternative.

L'Amministrazione, ignorando la richiesta della ricorrente, ha svolto le successive fasi concorsuali, non permettendo alla stessa di prender parte alle prove teorico-pratiche, in quanto posta in isolamento fiduciario.

Alla luce della sua assenza in sede concorsuale, la ricorrente è stata esclusa dalla procedura, non risultando tra i candidati ammessi alle prove orali.

Con un unico articolato motivo di ricorso, la ricorrente lamenta l'illegittimità del bando per contrarietà ai principi di logicità, proporzionalità e ragionevolezza, posto che l'impedimento oggettivo a sostenere le prove, derivante da una causa di forza maggiore del tutto indipendente dalla volontà della candidata, sottoposta alla misura della "isolamento fiduciario" prevista dalla normativa anti-Covid-19 per la tutela della salute pubblica, non giustificerebbe la sua esclusione dalla procedura.

L'Amministrazione resistente si è costituita in data 21.7.2021, preliminarmente chiedendo l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri concorrenti pretermessi; nel merito, insistendo per la reiezione del gravame.

Sinteticamente, nelle proprie difese, l'Asl ha evidenziato che la selezione di cui al bando impugnato è mirata all'assunzione di nuove risorse in ambito sanitario, proprio in ragione delle carenze emerse in costanza del grave stato pandemico; quindi, viste le eccezionali circostanze in cui la procedura ha avuto corso nonché l'urgenza di assunzioni in organico, ha sottolineato l'incompatibilità tra le ristrette tempistiche in cui concludere l'iter e le richieste formulate dalla ricorrente.

In esito alla camera di consiglio del 28.7.2021, fissata con decreto presidenziale n.-OMISSIS-, questa Sezione, con ordinanza n.-OMISSIS-ha respinto la domanda cautelare, in assenza del prescritto requisito del periculum, evidenziando, quanto al fumus, che:

-in ordine all'obbligatorietà della previsione di prove suppletive o da remoto in caso di positività alla patologia SARS-COVID-19 - significativamente - non esiste una disposizione espressa;

-la giurisprudenza, in ordine a tale controversa questione, non è né consolidata, né univoca.

Successivamente, il Consiglio di Stato, con ordinanza cautelare n. -OMISSIS-, confermando il decreto presidenziale n. -OMISSIS-, ha accolto l'appello cautelare della concorrente, per l'effetto, consentendole l'ammissione, con riserva, alle (sole) prove orali del concorso (essendosi già svolte quelle scritte teorico-pratiche).

Medio tempore, la ricorrente, essendo stata ammessa con riserva, ha sostenuto le previste prove orali, conseguendo una valutazione di 17/20, superiore alla soglia di sufficienza fissata in 14/20 dalla lex specialis.

In vista dell'udienza di merito, l'Amministrazione ha ripercorso le proprie argomentazioni con una memoria difensiva del 6.12.2021, cui ha replicato la ricorrente con memoria del 22.12.2021. All'udienza del 12.1.2022, la causa è stata trattenuta in decisione, dopo ampia discussione delle parti: la ricorrente ha illustrato in maniera puntuale la propria posizione; mentre l'Asl ha tenuto ad evidenziare che, nella fase decisionale d'indizione della procedura, si è lungamente valutato se prevedere delle prove suppletive ma ciò è stato deliberatamente escluso, in ragione dell'urgenza di provvedere al reclutamento del personale.

Il ricorso è infondato e, pertanto, va respinto.

Con l'unico motivo di censura formulato, la ricorrente, richiamando l'art. 10 co.2 d.l. n.44/2021, contesta l'illogica ed irragionevole scelta dell'Amministrazione di non prevedere lo svolgimento di prove suppletive per la partecipazione al concorso in relazione all'emergenza epidemiologica da Covid-19 e, quindi, la sua conseguente esclusione in ragione dell'impossibilità oggettiva, connessa alle disposizioni emanate dal Governo ed alle prescrizioni del bando, di sostenere le prove nei luoghi e modalità prestabiliti.

In particolare, la ricorrente evidenzia che, essendo le misure di contenimento della pandemia dirette non solo e non tanto a tutelare un interesse del soggetto infetto da Covid-19, bensì soprattutto ad impedire la diffusione della pandemia nella collettività, la posizione assunta dall'Asl sarebbe ingiustamente pregiudizievole e discriminante per il candidato infetto.

Al contrario, la disposizione richiamata (art.10 co.2 d.l. n. 44/2021), nel consentire alle Amministrazioni di prevedere, in ragione del numero di partecipanti, l'utilizzo di sedi decentrate, evidenzerebbe l'immanenza di un principio idoneo a consentire all'Amministrazione di derogare alla stretta contestualità delle prove, prevedendone di suppletive o in modalità da remoto, così garantendo il principio della par condicio tra i concorrenti ovvero del favor participationis.

La censura è infondata.

Il Collegio ben conosce l'orientamento formatosi in materia in conformità a quanto reclamato dalla ricorrente (Cons. di Stato, ordinanza, 9.4.2021, n. 1865; TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, 12.5.2021, n.5666; id., 15.12.2021, n.12988; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 29.4.2021, n.754); tuttavia, ad un'approfondita analisi della questione controversa, ritiene di non potervi dare continuità, sulla scorta delle motivazioni di seguito esposte.

A tal fine giova muovere dai principi generali in materia.

In prima battuta, va riportato il principio d'ordine generale, immanente nel sistema e, peraltro, previsto nella lex specialis del concorso, secondo cui gli impedimenti soggettivi dei concorrenti, anche causati da caso fortuito o forza maggiore, sono irrilevanti ai fini della procedura e, quindi, non giustificano l'assenza del candidato, così escluso dalla selezione.

Detto principio riposa, a sua volta, sul principio di contestualità delle prove che informa le procedure concorsuali e selettive: esso costituisce un corollario della par condicio tra candidati, secondo cui, per questi ultimi, devono valere le medesime condizioni, temporalmente coincidenti, di espletamento e valutazione delle prove.

Tanto è a presidio dei diversi -ed ugualmente fondamentali- principi di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione, atteso che qualora le prove si svolgessero in modalità asincrona e diversificata, non solo, per ovvie ragioni, non vi sarebbe identità tra le relative tracce/domande/richieste poste ai candidati, ma neppure potrebbe essere garantito l'anonimato nella correzione e valutazione delle stesse; dunque, non si potrebbe assicurare un giudizio terzo ed oggettivo, mirato ad individuare i più meritevoli.

Infine, tra i cardini della materia concorsuale, deve pur ricordarsi che, affinché la procedura sortisca gli effetti sperati al momento della sua indizione, essa deve essere tempestivamente conclusa, evitando che le circostanze fondanti l'iniziativa concorsuale mutino considerevolmente ovvero che l'Amministrazione perda interesse nell'obiettivo della selezione, divenuta inadeguata alle evolutesi esigenze. Ciò si mostra, per logica deduzione, in contrapposizione con l'eventuale calendarizzazione di ulteriori sessioni di prove, destinate a quei candidati che siano risultati assenti nelle giornate prestabilite.

Premessi i principi che danno corpo alla riconosciuta irrilevanza degli impedimenti soggettivi dei concorrenti a prender parte alle prove, di cui alle prescrizioni del bando di gara (art. 9 e 10), deve chiarirsi che, ad oggi, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, non v'è alcuna disposizione di sistema idonea ad imporre una deroga degli essi, neanche in ragione dell'intervenuta pandemia da Covid-19.

Nello specifico, non convince l'assunto ricorsuale secondo cui l'art.10 co.2 d.l. n. 44/2021 rappresenterebbe una disposizione idonea a fondare – sia pure per la specifica ipotesi emergenziale e sanitaria - una deroga agli ordinari principi in materia concorsuale ed, anzi, deve rilevarsi che essa milita nel senso opposto a quello invocato.

A tal riguardo, giova precisarsi che l'art.10 co.2 d.l. n. 44/2021 recita testualmente:

“2. Le amministrazioni di cui al comma 1, nel limite delle pertinenti risorse disponibili a legislazione vigente, possono prevedere, in ragione del numero di partecipanti, l'utilizzo di sedi decentrate con le modalità previste dall'articolo 247, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, e, ove necessario, la non contestualità, assicurando comunque la trasparenza e l'omogeneità delle prove somministrate in modo da garantire il medesimo grado di selettività tra tutti i partecipanti”.

Dal tenore letterale della disposizione emerge che il legislatore, pur avendo avuto contezza del grave stato pandemico, ha previsto la mera facoltà d'adottare misure che derogano alla contestualità delle prove, lasciando alla P.A. procedente la piena discrezionalità di continuare a rispettare i principi ordinari in tutti i casi in cui non ritenga opportuno derogarli.

Ciò significa che qualsiasi Amministrazione, proprio in applicazione dell'invocato disposto normativo, non è tenuta in alcun modo a derogare ai principi ordinari che ispirano le procedure concorsuali, difettando – ed in ciò il punto nodale della decisione- una disposizione che imponga l'invocata previsione di prove suppletive o contestuali, ma da remoto.

Ne consegue che non può censurarsi la scelta, operata dall'Asl convenuta, di continuare a sposare i comuni dettami in tema di partecipazione e conduzione di gara, prevedendo l'esclusione del candidato dalla procedura in caso di sua assenza per qualsivoglia motivo personale.

A tanto si aggiunga che, nel caso di specie, la posizione assunta dalla P.A. deve dirsi a fortiori giustificata dalla particolare tipologia di concorso in esame atteso che, trattandosi di una selezione per l'assunzione di risorse in ambito sanitario, la stessa emergenza sanitaria cagionata dall'infezione da SARS-COVID19 può indubbiamente aver enfatizzato quelle esigenze di celerità nella conclusione della procedura de qua, esposte in atti dalla difesa dell'Amministrazione, ritenute inconciliabili con le pretese della ricorrente.

In ultimo, non può non evidenziarsi che la deroga ai principi ordinari non è stata prevista per le prove concorsuali, svolte in costanza di emergenza sanitaria, di numerose altre Amministrazioni tra cui quelle per il reclutamento del personale di magistratura della giustizia amministrativa.

In conclusione deve ritenersi che l'Amministrazione ha, nella specie, fatto buon governo dei principi che informano i pubblici concorsi e delle disposizioni di legge vigenti.

Le spese derogano alla soccombenza e vengono compensate in ragione della particolarità e novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese integralmente compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all'articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'articolo 2-septies del decreto

legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 12.1.2022 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere

Desirée Zonno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Desirée Zonno

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO