

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



L'ATTEGGIAMENTO TACITO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL CORSO DELL'ESPLETAMENTO DELLA PROCEDURA CONCORSALE TRA ATTO IMPLICITO E PRASSI LEGALMENTE CONSENTITA

Francesco Orabona

Abstract

[The tacit attitude of the Public Administration during the completion of the insolvency procedure between implicit deed and legally permitted practice] The non-admission list of the candidate excluded from the oral exam of a public competition based on qualifications and interview must be challenged, in homage to the principle of double judicial protection, within the deadline set by the Administrative Process Code together with the final ranking, under penalty of foreclosures. by the appeal system.

Key Words:

Public competition, implicit act, non-admission, judicial protection

Vol. 10 (2022)





L'atteggiamento tacito della Pubblica amministrazione nel corso dell'espletamento della procedura concorsuale tra atto implicito e prassi legalmente consentita

Francesco Orabona*

Premessa: la natura giuridica di atto amministrativo implicito

Prima di addentrarci nel solco della questione oggetto di analisi, pare opportuno illustrare un quadro di sintesi sulla natura giuridica dell'atto implicito della Pubblica Amministrazione tenendo conto degli ultimi sviluppi della giurisprudenza amministrativa.

Il concetto di atto implicito va ricondotto nel diritto amministrativo ai canoni del principio di libertà delle forme di derivazione tipicamente civilistica. La regola generale si ispira alla concezione della redazione degli atti amministrativi in forma scritta *ad substantiam* agganciata al vincolo della norma giuridica; in funzione di tale impostazione, basti pensare agli accordi tra P.A e privati di cui all'art. 11 della Legge n. 241/90 che prevede l'obbligo in capo all'Amministrazione della stipula <<a pena di nullità, per atto scritto>> di tale tipologia di atti per i quali è applicabile la disciplina del <<codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili>>. Pur in presenza del vincolo normativo, la Pubblica Amministrazione è chiaramente autorizzata a manifestare, in alcuni casi, la propria volontà in forma orale o tacita purchè tale esternazione non sia contraria alla norma che dispone una determinata forma scritta. Sulla scorta di tale impostazione, si è ritenuto che la volontà amministrativa possa ricavarsi da un precedente provvedimento, comportamento o fatto concludente quali elementi essenziali che ne costituiscono il presupposto fondamentale per il riconoscimento dell'atto implicito dell'Amministrazione¹.

L'atto implicito si differenzia dalle altre forme di silenzio della Pubblica

* Francesco Orabona è Tecnologo dell'Istituto Nazionale di Statistica nell'area legale/giuridico amministrativa e Dottore di ricerca in Diritto amministrativo.

Indirizzo e-mail: francroma71@gmail.com oppure orabona@istat.it

¹ GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021-2022, p. 649.

Amministrazione. Tale differenziazione si atteggia più marcatamente nel diritto amministrativo rispetto al diritto civile: nel primo, infatti, l'atto implicito è nettamente distinto dal silenzio; mentre, nel secondo, nella manifestazione tacita di volontà amministrativa è dato ricomprendere le fattispecie di inerzia, silenzio e *facta concludentia*². Invero, sembra acclarata l'elaborazione dottrina che vede sempre più affermando la netta differenza tra la fattispecie del silenzio da quella dell'atto implicito. Il primo si configura in presenza di tali condizioni: mancanza di volontà, comportamento omissivo ed inerzia (che può essere sotto forma di accoglimento o rigetto dell'istanza del privato), condizioni che devono sussistere solo se previste dalla legge. Il secondo, di contro, si manifesta quando la volontà si ricava da un precedente provvedimento o comportamento dell'Amministrazione³ e gli effetti si manifestano in forma indiretta⁴. D'altro canto, diversamente opinando, Dottrina minoritaria assoggetta il regime del silenzio-assenso alla fattispecie dell'atto amministrativo tacito (o comportamento concludente) che si sostanzia con manifestazione di volontà implicita dell'Amministrazione⁵. Tale impostazione si contrappone alla tesi prevalente secondo la quale la qualificazione dell'inerzia assentiva della P.A. (accoglimento dell'istanza del privato) deriva direttamente dalla legge⁶. Ripercorrendo il solco della giurisprudenza tradizionale, la figura dell'atto tacito è stata accostata alla D.I.A. di cui all'art. 19 della Legge n. 241/90 in quanto quest'ultima costituirebbe una fattispecie a formazione successiva concretizzantesi in presenza di alcuni presupposti formali e sostanziali⁷ ed in virtù del decorso temporale concesso alla P.A. per esercitare l'eventuale potere inibitorio. In funzione di tale prospettiva, dunque, la D.I.A., divenuta S.C.I.A., è atto formalmente e soggettivamente privato in cui non emerge alcun potere pubblicistico né un provvedimento amministrativo in forma tacita (silenzio-assenso)⁸.

Ferma restando la tradizionale elaborazione giurisprudenziale che aveva ammesso nel nostro ordinamento giuridico la figura del provvedimento amministrativo implicito o tacito nel settore dell'edilizia⁹, si può dire che tracce delle tesi dottrinarie più accreditate possono rinvenirsi nelle pronunce più recenti della giurisprudenza. Si è ritenuto che il fondamento della natura implicita di atto amministrativo riposi su due ordini di elementi che devono contestualmente coesistere: 1) sussistenza di una manifestazione chiara di volontà (comportamento concludente o altro atto amministrativo), proveniente da un organo amministrativo competente e nell'esercizio delle sue attribuzioni; 2) possibilità di desumere, in modo non equivoco, da tale manifestazione (altro atto o comportamento della pubblica amministrazione) una specifica volontà provvedimentale¹⁰. Proprio in funzione di tale prospettiva, l'altro aspetto da considerare è il <<collegamento biunivoco tra

² ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978.

³ GAROFOLI, op. ult. cit., p. 650

⁴ TUCCI, *L'atto amministrativo implicito*, Milano, 1990.

⁵ PREDIERI, *Commento all'art. 7*, in PREDIERI-CHITI, *Casa e urbanistica nella legge 25 marzo 1982, n. 94*, 1982, p. 315.

⁶ GAROFOLI, op. cit., p. 678

⁷ La dichiarazione del privato, secondo la formulazione dell'art. 19 L. 241/90, antecedentemente alla novella del 2015, è equiparata all'atto amministrativo di consenso ed è fonte di legittimazione del soggetto a compiere l'attività denunciata.

⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 22.07.2005, n. 3916; Cons. Stato, Sez. IV, 13.01.2010, n. 72.

⁹ Cons. Stato, Sez. V, 24.05.1936.

¹⁰ Cons. Stato Sez. VI, 09-03-2021, n. 2001; Cons. Stato Sez. VI, 10-02-2020, n. 1001; Cons. Stato, Ad. Plen., 20.01.2020, n. 3.

l'atto implicito e l'atto diverso o l'altra condotta, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presupposta manifestazione di volontà>>¹¹. Tale sistema subisce una deroga solo in presenza di espressa disposizione normativa che preveda la necessità di adozione da parte dell'Amministrazione del provvedimento espresso¹² così come, a titolo esemplificativo, avviene nel settore degli appalti pubblici. Tale ultimo assetto normativo è confermato dalla disposizione di cui all'art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 la quale fa riferimento soltanto alla <<proposta di aggiudicazione>> (*rectius* aggiudicazione provvisoria) e non all'atto (tacito) di aggiudicazione definitiva che viene adottata secondo la disciplina di cui all'art. 32, comma 5 del citato D.Lgs n. 50. In tal caso, il silenzio assenso, formatosi sulla proposta di aggiudicazione, non determina il perfezionamento dell'aggiudicazione (definitiva), la quale richiede sempre una manifestazione di volontà espressa della stazione appaltante. Tale opzione normativa sta a confermare come alcuni provvedimenti espressamente disciplinati dalla legge (come l'aggiudicazione) debbano richiedere una volontà espressa della stazione appaltante¹³.

Su un altro versante, si ritiene che la categoria dell'atto implicito possa sistematicamente trovare spazio in procedure selettive e comparative -ove si esplicano atti in forma di elenchi- che si concludono con la pubblicazione di graduatorie¹⁴. Si pensi, ad esempio, alla pubblicazione dell'elenco dei soggetti ammessi per all'erogazione dei contributi per il potenziamento del circuito delle sale cinematografiche e polifunzionali di cui al DPCM del 4.08.2017.

Ci si è posti il problema se l'atto implicito richieda la motivazione di cui all'art. 3 della Legge n. 241/90 che impone l'obbligo per le Pubbliche amministrazioni di motivare ogni <<provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale>> ad esclusione degli <<atti normativi e per quelli a contenuto generale>>. Sul punto la Dottrina ha assunto posizioni non univoche. Chi si è espresso in senso favorevole alla motivazione ha giustificato la propria tesi sulla scorta del fatto che si può ben desumere la motivazione dall'atto presupposto¹⁵ di talchè il relativo obbligo sarebbe compatibile con la fattispecie dell'atto implicito quale manifestazione di volontà dell'Amministrazione esternata indirettamente¹⁶; viceversa, si è sostenuto che la prescrizione dell'obbligo di motivazione di cui al citato art. 3 (prevista per atti in forma scritta *ad substantiam*) andrebbe in contraddizione con il principio di libertà delle forme applicabile anche al diritto amministrativo¹⁷. Nel panorama della giurisprudenza amministrativa, pare si possa propendere per la tesi della compatibilità della motivazione con l'atto implicito purchè le ragioni giustificative a fondamento dello stesso siano desumibili "*per relationem*" dal comportamento assunto dall'Amministrazione e da eventuali atti precedenti o connessi alla decisione tacita della stessa Amministrazione. Siffatta situazione è facilmente rinvenibile negli atti di assenso adottati dalla Stazione appaltante nelle procedure di evidenza pubblica. Non a caso si ritiene che <<gli atti di

¹¹ In tal senso T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 25-05-2021, n. 1085

¹² T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 12.8.2019, n.1424; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 24.10.2018, n.6188.

¹³ T.A.R. Calabria Catanzaro cit.

¹⁴ Cons. Stato, n. 2001/2021 cit.

¹⁵ TUCCI, op. ult. cit., p. 65.

¹⁶ GAROFOLI, op. cit., p. 651.

¹⁷ CAVALLARO, *Della nullità del provvedimento amministrativo per mancanza di uno degli elementi essenziali*, in www.giustamm.it; CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2004, p. 192.

assenso non necessitano di diffusa motivazione, soprattutto laddove si possa operare per *relationem un rinvio alla documentazione tecnica versata agli atti del procedimento da parte del soggetto direttamente interessato*>>¹⁸. Viceversa, tale impostazione non trova terreno fertile per gli atti con i quali l'Amministrazione esercita il potere di autotutela che necessita dell'estrinsecazione delle ragioni che ne giustificano l'adozione¹⁹

Resta da verificare se possa trovare applicazione l'art. 21-septies della Legge n. 241/90 che sancisce non solo la nullità del provvedimento amministrativo in mancanza degli <<elementi essenziali>>, per <<difetto assoluto di attribuzione>> o perché adottato <<in violazione o elusione del giudicato>> ma anche per le altre ipotesi <<espressamente>> previste <<dalla legge>>. In considerazione del tenore letterale della testè citata disposizione, pare potersi propendere per la nullità dell'atto anche in mancanza della forma essenziale, vizio questo che deve ritenersi talmente grave da rendere difficilmente individuabile la volontà espressa dell'Amministrazione. Tale difetto dovrebbe, dunque, concretizzarsi solo in presenza di una norma che preveda espressamente tale forma scritta come elemento essenziale: in tal caso, l'atto implicito sarebbe anch'esso considerato nullo²⁰.

Fatta questa premessa generale, si è posto il problema se l'Amministrazione possa adottare nell'ambito di procedure concorsuali selettive atti impliciti che vadano ad incidere nella sfera giuridica soggettiva dei candidati con tutte le conseguenze di carattere processuale che ne deriverebbero in danno dei medesimi soggetti concorrenti in caso di procedura affetta da vizi di legittimità.

Si precisa che il perimetro dell'indagine del presente scritto sarà limitato all'esame di una questione rappresentata in sede giudiziaria da un dipendente escluso da una procedura concorsuale pubblica per l'accesso ad un elevato profilo professionale che lo scrivente ha dovuto direttamente affrontare per la predisposizione di apposite memorie difensive.

Il caso

L'Amministrazione ha indetto un concorso pubblico per un elevato profilo professionale che prevedeva la selezione dei candidati previa valutazione da parte della Commissione giudicatrice delle esperienze professionali maturate e di altri titoli nonché la successiva ammissione alla prova orale all'esito del raggiungimento del punteggio minimo previsto dal bando²¹.

Conclusasi la fase di presentazione delle domande da parte dei candidati in possesso dei requisiti previsti dal bando, la Commissione si riuniva in varie occasioni per svolgere la valutazione dei titoli dei candidati. L'attività valutativa si concludeva con la pubblicazione dell'elenco dei candidati ammessi alla prova orale (*rectius* diario ammessi al colloquio). Dalla pubblicazione di tale atto decorrevano inutilmente i termini di legge per la proposizione di eventuali gravami. Successivamente all'espletamento della prova orale,

¹⁸ T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 25-11-2019, n. 13499

¹⁹ Cons. Stato Sez. IV, 09-07-2020, n. 4402.

²⁰ CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, 2007.

²¹ Si trattava di un concorso pubblico, per titoli ed esame, a 4 posti di dirigente tecnologo di primo livello professionale per due aree per le quali erano richiesti particolari ambiti di competenza da parte dei partecipanti ed esperienze professionali svolte per almeno dodici anni da documentare con atti formali.

L'Amministrazione pubblicava sul sito istituzionale la graduatoria di merito dei candidati con i relativi punteggi attribuiti dichiarando vincitori della selezione quelli collocatisi in posizione utile entro il numero dei posti previsti dalla *lex specialis*.

Uno dei candidati proponeva dinanzi al competente Giudice amministrativo l'impugnativa avverso la graduatoria di merito lamentando alcuni vizi di legittimità della procedura selettiva in merito alla non corretta attribuzione del punteggio ad alcuni titoli professionali. Il ricorrente, tra l'altro, aveva formulato la richiesta di accesso agli atti che era stato differito dall'Amministrazione fino alla pubblicazione della graduatoria così come previsto dal bando concorsuale.

Sul punto, sorge la questione se sia ammissibile la sola proposizione dell'impugnativa avverso la graduatoria finale o se, invece, sia necessario proporre preventivamente anche il gravame avverso l'elenco di non ammissione/esclusione alla prova orale sempreché quest'ultimo atto possa assimilarsi ad un atto amministrativo implicito che abbia i requisiti previsti per un suo riconoscimento in quanto tale oppure debba ricondursi ad un'ipotesi di silenzio-inerzia dell'Amministrazione.

Natura dell'elenco di non ammissione: profili sostanziali ...

L'atto in questione trattasi di un semplice diario contenente l'elencazione dei soli candidati ammessi alla prova orale e della data per sostenere il colloquio senza indicazione alcuna dei punteggi conseguiti dai medesimi e senza previsione dei soggetti esclusi. Esso è stato pubblicato sul sito dell'Amministrazione e, quindi, il suo contenuto è stato reso conoscibile a tutti dal momento della sua pubblicazione.

Pare opportuno concentrare l'attenzione sulla possibilità di rinvenire o meno nell'atto di non ammissione in esame gli aspetti dell'atto implicito o del silenzio (inerzia) dell'Amministrazione.

Come sopra illustrato appare pacifico che l'atto implicito debba avere i seguenti requisiti: 1) esistenza a monte di una manifestazione espressa di volontà, comportamento concludente o altro atto amministrativo; 2) atto proveniente da un organo amministrativo competente e nell'esercizio delle sue attribuzioni; 3) non necessità di una forma determinata a pena di nullità; 4) esistenza di collegamento tra atto implicito a valle ed atto presupposto a monte (manifestazione di volontà espressa).

Posti in questi termini le condizioni di validità per poter individuare l'atto implicito, passiamo ad esaminare più da vicino la natura dell'elenco in esame. Tale tipologia di atto non ha le caratteristiche fondamentali proprie del provvedimento amministrativo. Sul punto giova rilevare che oramai da tempo in giurisprudenza è invalsa la tendenza a riconoscere agli atti adottati dalle Amministrazioni sotto forma di elenchi, rivolti ad una pluralità di destinatari, la natura di provvedimenti purchè approvati dalla stessa Amministrazione con un atto apposito (nota, delibera, determina dirigenziale, ecc.)²² ed impugnabili dinanzi al Giudice amministrativo in presenza di vizi di legittimità allorquando sia esercitato un potere di natura pubblicistica che non afferisca ad aspetti di carattere organizzativo dell'Amministrazione²³. L'inconsistenza dei connotati di riconoscibilità di un vero provvedimento non esclude che l'atto sia produttivo di una *voluntas* dell'Amministrazione che dispiega i suoi effetti nei confronti dei soggetti

²² T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 12-04-2021, n. 2353; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 24-09-2018, n. 1320; T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 11-06-2018, n. 562; T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 13-02-2018, n. 1710.

²³ T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, 22-03-2021, n. 1890

(partecipanti) interessati alla procedura concorsuale. Anzi, tali effetti sembrano ricadere contestualmente sia sui candidati elencati e, quindi, ammessi a sostenere il colloquio (effetto diretto) sia sui candidati partecipanti alla procedura che non figurano nello stesso elenco e, quindi, ritenuti implicitamente esclusi senza che questi ultimi abbiano ricevuto altra comunicazione dall'Amministrazione (effetto indiretto). D'altro canto, tale elenco è stato redatto senza la prescrizione di una particolare forma richiesta a pena di nullità.

Resta il problema di capire quale possa essere l'atto presupposto a monte che legittimi per implicito la volontà dell'Amministrazione a non ammettere i candidati che non abbiano raggiunto il punteggio minimo. Occorre innanzitutto rammentare che la procedura selettiva in discorso è caratterizzata da una preventiva valutazione dei titoli e dal conseguente passaggio alla prova orale per i candidati che abbiano raggiunto il punteggio minimo previsto dal bando. La fase valutativa dei titoli consta di attività istruttoria a cura della Commissione giudicatrice, appositamente incaricata dall'Amministrazione, attività che vede esplicitare i propri atti attraverso la redazione di appositi verbali che attestano più situazioni: riunioni preliminari, redazione dei criteri di valutazione dei titoli (che sono pubblicati sul sito dell'Amministrazione), esame delle domande e della documentazione prodotta dai candidati, valutazione dei titoli degli stessi ed attribuzione dei relativi punteggi, predisposizione di griglie valutative per ciascun candidato. Si può dire, dunque, che la Commissione con la verbalizzazione delle operazioni eseguite ha già espresso una propria volontà attraverso l'assegnazione dei punteggi che è sistematicamente fatta propria dall'Amministrazione attraverso l'acquisizione dei verbali. E' bene ricordare che i verbali della Commissione costituiscono atti nei quali si rende percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio le cui ragioni sono sinteticamente espresse con l'indicazione numerica²⁴. D'altronde, in considerazione del consolidato indirizzo giurisprudenziale, si ritiene che <<*il voto numerico esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della commissione di concorso, contenendo in sé stesso la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni*>>²⁵. Tali verbali sono atti non autonomamente impugnabili ma atti endoprocedimentali che per loro natura sono impugnabili solo unitamente al provvedimento conclusivo del procedimento²⁶. Dal meccanismo appena delineato appare intuitivo immaginare che l'atto (ovvero gli atti) a monte del provvedimento di non ammissione sia costituito dal verbale della Commissione di valutazione dei titoli e di assegnazione dei punteggi; per implicito, poi, l'Amministrazione compie un atto di esclusione nei confronti dei soggetti che non abbiano raggiunto il punteggio minimo e contestualmente adotta l'atto di ammissione dei candidati meritevoli del punteggio minimo previsto per il superamento della soglia della valutazione preliminare stabilendo le date per il relativo colloquio. Tale assetto induce a ritenere che i verbali di gara possono assurgere a giustificazione dell'operato della Commissione nel senso che in fase valutativa dei titoli si era già determinata la volontà della Commissione di escludere i candidati che non avevano raggiunto il punteggio minimo di ammissione; volontà che si è tradotta nel provvedimento dell'Amministrazione (elenco ammessi) portato a conoscenza di tutti i partecipanti attraverso la pubblicazione

²⁴ *Ex multis*, Cons. Stato Sez. II, 02-08-2021, n. 5658

²⁵ Cons. Stato Sez. III, 07-06-2021, n. 4367.

²⁶ Cons. Stato Sez. V, 28-12-2006, n. 8075

sul sito istituzionale²⁷.

... profili di carattere processuale: impugnazione immediata o differita?

Un'altra questione da considerare è quella relativa alla possibilità di concretarsi di una lesione immediata della posizione giuridica soggettiva del candidato non ammesso alla prova orale; tale situazione si collega ad un'altra problematica: è sufficiente impugnare direttamente la graduatoria definitiva deducendo l'illegittimità degli atti presupposti (tra cui l'elenco degli ammessi) o è necessario impugnare preventivamente anche l'atto di non ammissione alla prova e poi proporre gravame anche avverso la graduatoria?

Cominciamo col dire che in linea puramente teorica ed in considerazione dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 104/2010 (Codice del Processo amministrativo), si è rafforzato il concetto di interesse legittimo <<divenut[o] [...] una posizione [...] piena, che insegue ed incalza il potere pubblico ovunque esso sia, da chiunque sia esercitato ed in relazione a tutta la sua possibilità di esercizio, dietro il quale è divenuto apprezzabile e visibile il bene della vita che con la costruzione della situazione soggettiva l'ordinamento ha inteso tutelare>>²⁸. Tale tipo di impostazione ha <<consentito di ipotizzare la sussistenza di una pretesa di provvedimento²⁹ tutelabile in sede giurisdizionale³⁰>>. Non sembra potersi escludere, dunque, che la posizione soggettiva del candidato -non ammesso a seguito del provvedimento di esclusione nell'ambito di procedure concorsuali pubbliche- possa configurarsi quale interesse legittimo pretensivo posto che si realizza la coesistenza di interessi di più candidati intenti ad ottenere un bene della vita limitatamente disponibile³¹. In funzione di tale impostazione, sul piano meramente processuale è possibile esperire l'azione di annullamento in presenza di tre condizioni: <<a) la titolarità di una posizione giuridica, in astratto configurabile come interesse legittimo, inteso come posizione qualificata - di tipo oppositivo o pretensivo - che distingue il soggetto dal "quisque de populo" in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa; b) l'interesse ad agire, ovvero la concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 c.p.c.; c) la legittimazione attiva o passiva di chi agisce o resiste in giudizio, in quanto titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo>>³². Se andiamo a considerare la procedura selettiva caratterizzata dalla selezione dei candidati attraverso una valutazione preventiva dei titoli professionali proposti dai candidati, si può desumere che il primo atto che consente uno <<sbarramento>> alla prosecuzione della competizione (per l'accesso alla prova orale) sia costituito dal provvedimento di non

²⁷ Sul punto giova rilevare come la giurisprudenza abbia in più occasioni ribadito il principio secondo cui <<in assenza di una esplicita previsione nel bando di concorso ... , non sussiste a carico dell'amministrazione, che lo ha indetto, alcun obbligo legale e specifico di comunicazione dell'esito del concorso nei confronti dei soggetti non vincitori, essendo per essi sufficiente la pubblicità notizia che si realizza mediante la pubblicazione della graduatoria definitiva sull'albo pretorio dell'ente>> (ex multis, Cons. Stato, V, 28 maggio 2010 n. 3417).

²⁸ PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 130 ss., par. 7

²⁹ VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, pp. 246-247

³⁰ La Valle, *Azione d'impugnazione e azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, p. 170-171

³¹ T.A.R. Lazio Roma Sez. III bis, 29-03-2021, n. 3811

³² T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 03-08-2018, n. 1196

ammissione/esclusione. Di talché la lesione dell'interesse del candidato non può che essere ricondotta alla fase in cui lo stesso candidato abbia avuto conoscenza del provvedimento di non ammissione alla prova ricevendo in tal modo un *vulnus* dalla valutazione (volontà amministrativa) della Commissione concretizzata dalla mancata attribuzione del punteggio minimo per superare la soglia del punteggio minimo e sottointesa nell'elenco degli ammessi alla prova orale. Sul punto non va trascurato il principio di carattere generale applicato nelle controversie relative all'impugnazione di bandi di gara e di concorso secondo il quale le illegittime preclusioni immediatamente escludenti onerano il candidato, che si ritenga escluso, ad una immediata impugnazione entro il termine di decadenza previsto dal codice di rito³³. In funzione di tale meccanismo processuale, quindi, il candidato non ammesso, ovvero escluso implicitamente, avrebbe l'onere di contestare l'elenco in questione entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'atto sul sito istituzionale dell'Amministrazione onde poter evitare che possa incorrere in conseguenze preclusive in ordine all'impugnazione dei conseguenti atti della procedura. Una siffatta situazione trova conforto nella consolidata giurisprudenza amministrativa. Infatti, il concorrente che ha impugnato l'esclusione ha l'onere di impugnare anche la graduatoria finale poiché un eventuale pronuncia caducante del provvedimento di esclusione non può determinare automaticamente l'annullamento della graduatoria stessa³⁴; sulla scorta di tale situazione processuale si può verificare che dalla graduatoria definitiva possano sorgere ulteriori e nuovi interessi rispetto alla precedente esclusione come ad esempio l'erronea o omessa valutazione di qualche titolo professionale che il candidato può far valere rispetto ad altri concorrenti ottenendo così, in caso di accoglimento della richiesta da parte del Giudice, la possibilità di raggiungere una posizione ulteriore in graduatoria con un punteggio superiore.

Gli atti impugnabili successivi all'esclusione, come anche la graduatoria, possono essere censurati attraverso la proposizione di motivi aggiunti nell'ambito dello stesso processo³⁵ pena la declaratoria di improcedibilità del ricorso rivolto avverso il provvedimento di esclusione dallo stesso concorso. D'altro canto, ripercorrendo il solco di tale meccanismo processuale, il ricorrente si vedrebbe subire una pronuncia di improcedibilità del ricorso se l'Amministrazione resistente avesse sollevato l'eccezione di mancata impugnazione della preventiva non ammissione in quanto appare evidente il consolidarsi degli effetti del provvedimento implicito di esclusione ritenuti pregiudizievoli per il candidato (c.d. invalidità derivata) scaturente dalla mancata proposizione del rimedio impugnatorio avverso tale atto prodromico alla graduatoria definitiva³⁶. Tale principio pare sia proprio posto a garanzia di un'immediata ed anticipata tutela giurisdizionale per i candidati risultati esclusi dalla procedura concorsuale purchè nell'uno e nell'altro caso siano proposti tempestivamente i rimedi impugnatori del processo amministrativo.

Il problema del rapporto tra istanza di accesso agli atti della procedura e provvedimento di non ammissione

Sotto altro diverso profilo, si pone il problema se il candidato sia legittimato ad esercitare il diritto di accesso agli atti della procedura già fin dal momento della sua non ammissione

³³ Cons. Stato Sez. V, 05-07-2021, n. 5107; Cons. Stato Sez. III, 18-01-2021, n. 517

³⁴ Cons. Stato Sez. VI, 30-06-2021, n. 4936.

³⁵ Cons. Stato Sez. II, 18-09-2020, n. 5469

³⁶ Cons. Stato Sez. V, 09-03-2020, n. 1661

alla prova orale o se sia tenuto ad attendere l'esito della medesima procedura³⁷ con la pubblicazione della graduatoria ove la *lex specialis* preveda espressamente tale ultima clausola. In funzione di tale previsione, ci si chiede se l'Amministrazione possa differire l'accesso in un momento successivo all'esito della pubblicazione della graduatoria e se l'istanza proposta tardivamente dal candidato possa ritenersi inammissibile.

Fermo restando il principio secondo il quale deve sussistere in capo al richiedente l'accesso un interesse differenziato in prospettiva della tutela di una sua posizione giuridicamente rilevante (ritenuta lesa dall'atto amministrativo), si può affermare che il differimento dell'accesso è espressamente ammesso dalla legge <<nei limiti stabiliti dall'articolo 24>> (art. 25, comma 6, Legge n. 241/90) e deve essere motivato dall'Amministrazione. In particolare, la giurisprudenza riconosce tale possibilità per l'accesso agli atti della procedura concorsuale (verbali della Commissione, titoli esibiti dagli altri candidati, elaborati delle prove, provvedimento di nomina della Commissione) fino a che questa non risulti conclusa; in tal modo l'eventuale differimento dell'accesso medesimo si può ritenere legittimo³⁸ purchè esso sia sorretto da idonea motivazione da cui si evinca che la conoscenza degli atti della procedura, prima dell'approvazione degli atti stessi, possa pregiudicare o ostacolare gravemente l'attività amministrativa³⁹. Sotto il profilo meramente processuale, il privato è legittimato a proporre il ricorso solo dal momento in cui viene a conoscenza della lesione inferta dall'atto da impugnare e degli elementi essenziali del medesimo⁴⁰.

Fatte queste premesse, occorre considerare anche il riferimento del tenore letterale della clausola contenuta nel bando di concorso che preveda la possibilità di differimento dell'accesso.

Ebbene, se si vuole aderire alla tesi della lesività immediata e concreta della posizione soggettiva del candidato all'atto della sua esclusione (*rectius* non ammissione implicita) dalla prova orale, allora appare evidente far ricadere l'onere in capo al candidato interessato di proporre immediatamente l'istanza di accesso ai verbali concernenti la fase valutativa dei titoli professionali. Tale opzione consentirebbe al medesimo candidato di conoscere immediatamente la sua posizione in ordine alla corretta valutazione o meno dei titoli professionali ed alla conseguente assegnazione dei punteggi. Di talchè, l'Amministrazione, una volta ricevuta l'istanza, avrebbe a disposizione il termine di trenta giorni per fornire e/o mettere in visione gli atti richiesti; in mancanza di una risposta nel termine di legge si forma il silenzio rigetto sulla richiesta. Al verificarsi di tali situazioni, il candidato potrebbe proporre entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione sul sito istituzionale dell'Amministrazione, il provvedimento di non ammissione censurando, unitamente al provvedimento impugnato, gli atti endoprocedimentali ove mai li avesse tempestivamente ricevuti dall'Amministrazione; viceversa, il candidato avrebbe a disposizione anche un'altra opzione processuale: potrebbe proporre ricorso avverso il silenzio rigetto dell'istanza di accesso agli atti facendo rilevare nel giudizio impugnatorio avverso l'esclusione l'omessa risposta all'accesso già censurata con apposito ricorso al Giudice amministrativo. Tale prospettiva va collegata all'onere di impugnativa successiva

³⁷ Si ribadisce che tale questione possa rinvenirsi in quelle procedure, come nel caso oggetto di analisi, in cui è prevista la sola prova di valutazione dei titoli professionali, per la selezione dei candidati, alla quale si accompagna quella successiva del colloquio.

³⁸ T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 05-03-2018, n. 2466

³⁹ TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 04.02.2005, n. 178.

⁴⁰ Cons. Stato Sez. VI, 18-02-2019, n. 1108

della graduatoria definitiva onde evitare che il candidato possa ricadere nelle preclusioni processuali della mancata contestazione dell'esclusione (ritenuta necessaria dalla giurisprudenza sopra devisata).

Se vogliamo considerare che il bando preveda il differimento dell'accesso alla documentazione fino alla pubblicazione della graduatoria⁴¹, allora occorre esaminare un'altra opzione a tutela della posizione soggettiva del candidato. Se quest'ultimo ha proposto soltanto l'impugnazione avverso la graduatoria finale in mancanza di ricorso avverso la non ammissione si profilerebbero per il ricorrente varie possibilità. In tale circostanza, il candidato potrebbe azionare l'accesso agli atti dopo la conclusione della procedura per poi far rilevare, attraverso il ricorso avverso la graduatoria, di non aver avuto conoscenza di eventuali atti endoprocedimentali da censurare stante il differimento dell'accesso disposto dal bando e, quindi, di essere incorso in una decadenza non per colpa sua ma per il comportamento dell'Amministrazione. Una soluzione argomentativa per il candidato si potrebbe rinvenire nell'interpretazione sistematica e letterale della clausola prevista dal bando. Ebbene, se si immagina un impianto dispositivo della clausola ispirato nel senso di voler differire l'accesso <<fino alla pubblicazione della graduatoria>> ciò vorrebbe dire che l'Amministrazione potrebbe consentire l'ostensione degli atti prima che venga conclusa la procedura (pubblicazione) ovvero in un momento antecedente alla pubblicazione della stessa sul sito istituzionale purchè il candidato abbia tempestivamente prodotto la richiesta dopo la sua esclusione. In funzione di tale assetto, il potere di differimento demandato all'Amministrazione sarebbe legittimamente esercitato in quel limite temporale che va dall'esclusione/ammissione dei candidati fino al momento della pubblicazione della graduatoria; in questa fase temporale si dispiegherebbe tutta l'attività amministrativa di rilascio della documentazione richiesta e non successivamente all'atto di approvazione della graduatoria finale. D'altronde, l'istanza proposta oltre il termine di pubblicazione della lista dei vincitori sarebbe da considerarsi inammissibile per intempestività della stessa e, quindi, non sarebbe accoglibile da parte dell'Amministrazione. Sul versante processuale, il ricorrente non potrebbe dedurre l'legittimità dell'operato dell'Amministrazione per non aver quest'ultima consentito l'accesso atteso che la *lex specialis* attribuirebbe legittimamente l'esercizio del potere di differimento dell'accesso agli atti in un lasso temporale ben preciso che si conclude prima dell'esito della procedura concorsuale. Contrariamente ragionando, il bando non escluderebbe la possibilità per il candidato di proporre l'istanza in discorso fin dal momento che lo stesso abbia ritenuto di aver subito la lesione della sua posizione giuridica soggettiva e cioè dalla sua esclusione dalla prova orale.

Ancora sotto il profilo meramente processuale appare dubbia la possibilità per il ricorrente di richiedere nell'ambito del medesimo procedimento impugnatorio avverso la graduatoria la rimessione in termini per il maturarsi della decadenza avverso l'impugnativa di ogni atto presupposto alla graduatoria per mancato esercizio del diritto di accesso (differito) a causa di comportamento colposo dell'Amministrazione. In funzione di tale prospettiva, occorrerebbe valutare caso per caso la sussistenza di eventuali profili di illegittimità delle clausole del bando o di comportamenti colposi della medesima Amministrazione (o per meglio dire della Commissione incaricata) nell'ambito della

⁴¹ Più in particolare, sul punto occorrerebbe verificare, caso per caso, come viene testualmente formulata la clausola nella *lex specialis*: spesso le Amministrazioni, per tale tipologia di concorsi, stabiliscono per prassi che l'accesso sia differito fino alla pubblicazione della graduatoria finale; solo raramente si prevede che l'istanza sia proponibile solo all'esito della graduatoria.

gestione della procedura concorsuale.

Nulla questio invece se il bando concorsuale non contenga alcuna previsione sul differimento dell'accesso visto che il candidato non incorrerebbe in equivoci interpretativi sulle clausole del bando stesso ben potendo egli attenersi alle regole della disciplina generali sul diritto di accesso.

Spunti di riflessione e considerazioni conclusive

Punto cruciale dell'analisi in esame è l'individuazione da parte dell'interprete del momento in cui si verifichi la lesione degli interessi in gioco emergenti dal provvedimento implicito di non ammissione dei candidati che si vedono sbarrati la strada per sostenere la prova orale in una procedura concorsuale indetta per profili professionali altamente qualificati laddove la posta in gioco della concorrenza tra soggetti partecipanti è altamente complessa e la rilevanza dei titoli professionali proposti risulta notevolmente elevata anche in ragione degli aspetti economici in termini retributivi che andrebbero a ricadere nella sfera di interesse degli aspiranti vincitori della gara.

Non può revocarsi in dubbio che la situazione lesiva dell'interesse legittimo dei soggetti partecipanti possa emergere all'atto in cui uno di essi sia stato immediatamente escluso dall'ammissione alla prova orale (ricordiamolo trattasi di esclusione implicita corrispondente ad un elenco) e che da quella esclusione abbia dimostrato di aver ricevuto un *vulnus* derivante dall'«*agere*» illegittimo della Commissione giudicatrice incaricata dall'Amministrazione. Da qui sorgerebbe la c.d. legittimazione del soggetto escluso a proporre il consueto gravame impugnatorio avverso tale atto implicito purchè ne siano rappresentati i vizi di legittimità a fondamento della domanda processuale. Questa fase iniziale andrebbe raccordata con i successivi atti conclusi della competizione concorsuale che sfociano nella graduatoria di merito. Al candidato che ha subito il «*danno*» viene accordata, quindi, non solo una tutela anticipatoria esperibile in una fase pre-conclusiva del concorso (elenco ammessi al colloquio con implicita esclusione di candidati che non hanno conseguito il punteggio minimo) ma anche una tutela *ex post* riconducibile all'atto conclusivo (graduatoria) purchè siano azionati tempestivamente i rimedi processuali a disposizione del candidato interessato. D'altro canto pare tranquillamente riconducibile l'elenco in discorso nell'alveo dell'atto implicito che rispecchierebbe tutti i requisiti sopra meglio devisati alla luce del quadro dottrinario e giurisprudenziale. Proprio in funzione di ciò, tale atto implicito sarebbe supportato dai verbali della Commissione che già esprimono una sorta di volontà amministrativa sostanziata da valutazioni di carattere discrezionale (discrezionalità tecnica) caratterizzate dall'esame dei titoli e dall'attribuzione dei punteggi. Spetterebbe all'interprete in sede giudiziaria ed in presenza di contestazioni stabilire (valutazione da farsi caso per caso) se l'operato del candidato escluso sia corretto e legittimo nell'ambito del meccanismo della sola impugnazione della graduatoria finale non accompagnata dal preventivo gravame avverso l'atto implicito di non ammissione. In ogni caso, sembrerebbe condivisibile l'opzione del doppio regime impugnatorio (esclusione+graduatoria) per evitare che il candidato-ricorrente possa trovarsi a subire un'eventuale pronuncia di inammissibilità/improcedibilità della domanda giudiziaria ove mai fosse intervenuto il solo gravame all'atto conclusivo della procedura.

Emergono ulteriori criticità sul versante del differimento dell'accesso agli atti e sul rapporto che si pone quest'ultimo rispetto all'elenco di non ammissione visto che per prassi per tale tipologia concorsuale viene inserita nel bando la previsione di differimento proprio fino alla conclusione della competizione; circostanza questa che avrebbe implicazioni soprattutto in ambito processuale. Si potrebbero configurare ben tre

situazioni che troverebbero la loro logica risoluzione in sede contenziosa poiché difficilmente l'Amministrazione riesce a compiere i suoi passi verso la strada di correggere eventuali errori del bando. Per meglio dire, se il bando non prevede alcun riferimento al differimento dell'accesso, la relativa richiesta sarebbe attivabile già nel momento del primo atto di esclusione nei termini di legge applicandosi le regole ordinarie dell'accesso. Tale impostazione escluderebbe ogni dubbio interpretativo su problematiche di tempestività o meno dell'istanza di accesso. Viceversa, se è previsto il differimento <<fino alla pubblicazione della graduatoria>>, il candidato si potrebbe trovare spiazzato nel ritrovare la corretta via per indirizzare la sua richiesta: ovvero potrebbe ritenersi non tempestiva se proposta dopo la graduatoria intendendo il potere amministrativo di differimento efficace prima della pubblicazione della graduatoria e, quindi, il problema di una domanda tardiva resterebbe a carico dell'interessato e non sarebbe riconducibile ad un comportamento della P.A. In tale ultima situazione, il rischio maggiore per il ricorrente è quello di subire una pronuncia tardiva sulla domanda di accesso. Si ritiene che apparirebbe privo di fondamento ogni eventuale deduzione del ricorrente in ordine a richieste di rimesse in termini per evitare decadenze e preclusioni processuali. Apparirebbe più consona e limpida la terza situazione ovvero il candidato, per mera cautela processuale, potrebbe esperire il rimedio processuale avverso la non esclusione preceduto dalla richiesta di accesso ai verbali della Commissione anche se nel bando sia contenuta la clausola del differimento formulata come sopra illustrato. Ciò nondimeno il ricorrente si porrebbe al riparo da ogni eventuale contestazione da parte dell'Amministrazione (in sede processuale) anche nell'ipotesi in cui la formulazione della clausola di differimento possa essere <<fumosa>> e di non facile interpretazione. Lasciare in piedi solo un <<pezzo>> dell'impianto impugnatorio senza aver rispettato le consuete procedure procedurali e processuali con i relativi termini a disposizione degli interessati indurrebbe ad esporre maggiormente la posizione dei candidati (esclusi) piuttosto che quella dell'Amministrazione.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
