

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

Ricorso

nell'interesse della Dott.ssa Giovanna Fusco, C.F. FSCGNN82L64F839H, nata a Napoli il 24/07/1982, residente in Bologna, via Andrea Costa 112, ma elettivamente domiciliata in Roma alla Via Crescenzo n. 25 presso lo studio degli Avvocati Giuseppe Pinelli (PNLGPP77S05G273O) e Nunzio Pinelli (PNLNNZ46R12G273C) che la rappresentano e difendono giusto mandato in calce al presente atto, e che dichiarano di voler ricevere le comunicazioni di rito ai numeri di fax 06/97999266 - o agli indirizzi di posta elettronica certificata pinellischifani@pec.pinellischifani.com -

CONTRO

il **MINISTERO DELLA SALUTE**, in persona del Ministro *pro tempore*,

la **REGIONE MARCHE**, in persona del Presidente *pro tempore*,

E

L'AGENZIA NAZIONALE PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI (AGENAS), in persona del legale rappresentante p.t.,

E NEI CONFRONTI DI

-Dott.ssa Carbajal Aliaga Raquel Elizabeth, nata a Arequipa (Perù) il 25/09/1977, residente in Via I° Maggio n.33, Montecassiano (MC);

- Dott.ssa Revencu Veronica, nata a Chisinau (Moldavia) il 06/08/1975.

PER L'ANNULLAMENTO, IN PARTE QUA, PREVIA MISURA CAUTELARE,

- a) del provvedimento di cui a verbale del 21.09.2015 e allegati, con cui è stata deliberata l'esclusione della ricorrente dal Corso triennale di formazione specifica in medicina generale per il triennio 2015/2018;

- b) del Regolamento AGENAS, nella parte in cui dispone il divieto di porre sul questionario qualunque contrassegno che renda possibile il riconoscimento del candidato, a pena dell'annullamento della prova;
- c) della graduatoria unica del concorso per l'ammissione al Corso triennale di formazione specifica in medicina generale per il triennio 2015/2018, nella quale parte ricorrente risulta collocata oltre l'ultimo posto utile e, quindi, non ammessa al corso;
- d) in parte qua, del Decreto del Dirigente del Servizio Sanità n. 67/SAN del 29/09/2015 di approvazione della graduatoria e delle prove di concorso;
- e) dei verbali 16 settembre e 21 settembre della 1° Commissione del concorso ove parte ricorrente ha svolto la prova di ammissione;
- f) del D.M. del Ministero della Salute del 7 marzo 2006, come modificato dal D.M. 26 agosto 2014 "*principi fondamentali per la disciplina unitaria in materia di formazione specialistica in Medicina Generale*" nella parte in cui omette di stabilire l'attivazione di un'unica graduatoria nazionale;
- g) dell'avviso del Ministero della Salute pubblicato in G.U. concorsi, il 21 aprile 2015, 4° serie speciale n. 31 nonché del bando di concorso Regionale approvato dalla Giunta Regione Marche con delibera 208 del 20/03/2015 e indetto con decreto n.23/SAN del 26/03/2015, in B.U.R. 02.04.2015- n.27, nella parte in cui dispongono circa la pubblicazione di una graduatoria regionale dei partecipanti anziché nazionale.
- h) di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o consequenziale.

Premesse in fatto

Il concorso di Medicina generale.

Il 16 settembre 2015 si è svolto il concorso regionale per l'ammissione al corso triennale di formazione specifica in Medicina generale per il triennio

2015/2018. Tale procedura selettiva si è tenuta su base regionale ma con test uguale per tutte le sedi e svolto in contemporanea in tutte le Regioni. Una prova *one shot* da poter sostenersi in una sola Regione.

I posti messi a concorso per la Regione Marche erano 25 (Doc.8).

La prova è consistita nella somministrazione di un questionario di 100 domande a risposta multipla, su argomenti di medicina clinica, con unica risposta esatta per singolo quesito, da apporsi sul modulo risposte, e da espletarsi in due ore.

La prova si intendeva superata con il conseguimento del punteggio complessivo non inferiore a 60 punti, ottenuto attribuendo un punto per ogni risposta esatta.

Nessun punto veniva attribuito e/o detratto (contrariamente a quanto avviene per le procedure selettive per l'ingresso alle facoltà a numero chiuso) alle risposte errate o multiple.

Parte ricorrente ha conseguito il punteggio di 76/100, che risulta essere prossimo a quello divenuto utile per l'inserimento nella graduatoria degli ammessi al corso nella Regione Marche (**78/100**) ma superiore al punteggio minimo che ha consentito in altre Regioni l'ammissione al corso (**71/100**).

Tuttavia, la prova dell'odierna ricorrente veniva annullata dalla 1° Commissione d'esame, come da verbale del 21 settembre 2015 (Doc.1), con la motivazione che la stessa avesse apposto contrassegni sulla scheda del questionario: comportamento sanzionato con l'annullamento della prova in base alla nota dell'AGENAS, Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (Doc.2).

Nel corso dello svolgimento della prova, i componenti della Commissione notavano la presenza di segni sul questionario di alcuni candidati.

Come riporta il verbale del 16 settembre 2015, mattina (Doc.5), tale comportamento veniva censurato sulla base del divieto di apporre scritti,

sottolineature, crocette o qualsiasi altro segno non solo sulla scheda delle risposte o sulle buste ma anche sul questionario: circostanza, quest'ultima, che da quanto immediatamente segnalato dalla ricorrente e da altri candidati, veniva in realtà rappresentata solo durante l'espletamento della prova. Inoltre, il plico fornito in sede d'esame non vietava di contrassegnare il questionario, ma solo di non apporre segni di alcuna sorta sulla griglia delle risposte.

In ogni caso, la Commissione consentiva la prosecuzione della prova, riservandosi di comminare solo successivamente la sanzione dell'annullamento della prova stessa, così come previsto nella nota AGENAS, inviata all'attenzione del presidente.

Tale situazione, con la paventata esclusione dal concorso, hanno peraltro generato nell'odierna ricorrente un notevole stato di ansia, inficiando la sua serenità, con indubbe ripercussioni negative sullo stesso esito della prova. Si tenga a mente, inoltre, che per le modalità con le quali sono strutturati concorsi di tal genere, **anche un solo punto fa la differenza** ed anche una sola posizione in graduatoria è foriera di ripercussioni più che rilevanti, tali da incidere sul destino dei partecipanti.

Si rappresenta, inoltre, la circostanza che la ricorrente ed altri candidati, coinvolti nella medesima situazione, richiedevano con insistenza alla Commissione la sostituzione dei moduli di questionario al fine di ovviare alla paventata violazione di norme del Bando, ma tali richieste venivano respinte dalla Commissione senza alcuna motivazione a sostegno del rifiuto.

Terminata la prova, la Commissione provvedeva a ritirare a ciascun candidato:

- la busta piccola, contenente il questionario e la scheda anagrafica, opportunamente sigillata, timbrata e siglata;

- la busta grande, contenente il modulo delle risposte e la busta piccola come sopra descritta, anch'essa sigillata, timbrata e siglata.

Alla consegna degli elaborati, la Commissione verificava l'esatta predisposizione del materiale nonché il corretto inserimento nelle relative buste. Contestualmente, atteso quanto rilevato nel corso della prova, la Commissione controllava l'eventuale apposizione di segni sui questionari per avere un primo riscontro sul numero dei candidati la cui prova sarebbe stata messa in discussione.

In ogni caso, tutte le buste degli elaborati venivano ritirate in modo uniforme ed anonimo e raccolte secondo l'ordine di consegna in apposite scatole.

La Commissione si riservava di assumere la decisione in merito ai questionari che presentavano dei segni alla riunione programmata per il 21 settembre 2015, nella cui seduta avrebbe proceduto a sciogliere l'anonimato degli elaborati con l'apertura delle buste contenenti le schede anagrafiche, associando così i nomi dei candidati ai numeri identificativi degli elaborati, ed a redigere la graduatoria di merito.

La correzione degli elaborati avveniva con l'ausilio di strumenti di lettura ottica della scheda risposte da parte di una apposita Ditta esterna, incaricata dalla Regione con decreto n.55/SAN del 29/07/2015.

Nella riunione tenutasi il 21 settembre 2015 (pomeriggio) la Commissione, verificata la regolarità della correzione automatizzata mediante un "controllo a campione", procedeva ad abbinare ogni modulo risposta con il corrispondente autore.

Successivamente, il verbale della riunione riporta l'operazione di verifica dei questionari di tutti i candidati e con riferimento a quelli che portano segni stabilisce che *< poiché ai sensi della comunicazione AGENAS "all'attenzione del Presidente", LETTERA c " E' vietato porre sul questionario o sulle buste qualunque contrassegno che renda possibile il riconoscimento del candidato, pena*

l'annullamento della prova”

Tale indicazione inviata dall'AGENAS a tutti i Presidenti delle Commissioni di concorso in relazione agli adempimenti dei singoli candidati.

Alla luce dell'art. 8 del DM 07/03/2006 e del ruolo di garanzia ivi conferito, la Commissione considera che il mancato puntuale adempimento da parte di alcuni candidati di astenersi dal contrassegnare il questionario, abbia nella sostanza differenziato le modalità di svolgimento della prova.

I seguenti candidati [tra cui l'odierna ricorrente, Fusco Giovanna] hanno apposto dei contrassegni sul questionario e in conseguenza di quanto sopra esposto la loro prova viene annullata e nell'elenco A (Doc.1) a fianco del nominativo, viene apposta la dicitura 'annullato”.

Con Decreto del Dirigente del Servizio Sanità n. 67/SAN del 29/09/2015 (Doc.4), preso atto dell'elenco dei candidati con prova annullata come formulati dalle due Commissioni, veniva approvata la graduatoria unica regionale dei n.106 candidati di cui all'allegato C (Doc.3)

Tutto ciò premesso, i provvedimenti impugnati risultano illegittimi e meritano, pertanto, di essere annullati per i seguenti motivi di

DIRITTO

PRELIMINARMENTE SULL'INTERESSE AD AGIRE

Appare evidente la sussistenza nel caso di specie dell'interesse ad agire di parte ricorrente, la quale ha subito un pregiudizio a causa dell'arbitraria scelta della Commissione di comminare la pena dell'annullamento della prova concorsuale sulla base del Regolamento AGENAS, in spregio delle norme contenute nel Bando di concorso. Dall'annullamento del provvedimento di esclusione, l'odierna ricorrente gioverebbe dell'inserimento in graduatoria, collocandosi in una posizione utile per l'ammissione al corso stesso. Si ribadisce, infatti, che il punteggio ottenuto

di 76/100 colloca parte ricorrente in una posizione prossima ai vincitori del concorso, con concreta e attuale possibilità di accedere al corso di formazione in medicina generale a seguito di scorrimenti. Deve considerarsi, infatti, che seppur minore è il punteggio ottenuto dalla ricorrente rispetto all'ultimo ammesso nella Regione Marche, *resta comunque intatto l'interesse all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di utilizzare la precedente graduatoria, tenendo conto della possibilità, non irragionevole, di rinunce da parte dei concorrenti idonei collocati in migliore posizione nella classifica*", Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14).

Inoltre si sottolinea che la nota dell'AGENAS, in particolare, laddove prevede l'annullamento della prova in caso di segni sul questionario, non risulta essere stata applicata dalle Commissioni in altre Regioni; ne consegue, inevitabilmente, una disparità di trattamento rispetto agli altri partecipanti al concorso in tutto il territorio nazionale.

Invero, la prova concorsuale dell'odierna ricorrente non solo non sarebbe stata annullata se valutata in una differente Regione, ma ne avrebbe consentito l'immediata ammissione al corso. In altre Regioni, infatti, il punteggio minimo che ha consentito il superamento del concorso è stato più basso di quello conseguito dall'odierna ricorrente. A titolo esemplificativo, in Molise e in Puglia, il punteggio minimo è stato di 71/100, in Sardegna di 72/100 od ancora in Sicilia di 73/100.

Pregiudizio, quest'ultimo, ulteriormente subito, a causa della mancata previsione di una graduatoria unica nazionale per tale corso triennale di specializzazione. Considerato, infatti, il più elevato punteggio di parte ricorrente rispetto all'ultimo ammesso a livello nazionale, evidente è l'interesse e il diritto all'ammissione.

**VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 5 DEL BANDO APPROVATO
DALLA GIUNTA REGIONALE MARCHE CON DELIBERA N. 208 DEL 20.03.2015 (E**

INDETTO CON DECRETO N. 23/SAN DEL 26.03.2015.)

ECESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, ARBITRARIETÀ, ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO.

Costituisce principio del tutto consolidato e assolutamente prevalente in giurisprudenza quello per cui il bando di concorso pubblico è *lex specialis* della procedura che va pienamente rispettata, in primis, dalla commissione esaminatrice (che riveste la qualità di organo straordinario tecnico dell'amministrazione che ha indetto il concorso), con la conseguenza che alla stessa non è consentito di procedere alla disapplicazione delle norme del bando.

Le regole cristallizzate nella *lex specialis* vincolano rigidamente non solo i partecipanti al concorso medesimo, ma lo stesso operato dell'amministrazione nel senso che, comportando una autolimitazione, la medesima è tenuta alla relativa applicazione senza alcun margine di discrezionalità nella interpretazione ed attuazione.

Invero, le disposizioni di un bando, ancorché – in ipotesi - illegittime o comunque ritenute inopportune, devono essere pedissequamente applicate dall'Amministrazione, salvi gli eventuali provvedimenti adottati in sede di autotutela che incidono a monte sulla stessa *lex specialis* della procedura (cfr. *Consiglio di Stato, V, 17.3.2014 n1322*).

Infatti il bando riveste, nell'interesse pubblico alla trasparenza ed alla imparzialità, un fondamentale riferimento dell'azione amministrativa, generando affidamento nei partecipanti alla procedura.

Sul punto, i giudici di Palazzo Spada ribadiscono il principio ed effettuano alcune precisazioni.

In primis, riaffermano che la c.d. "*lex specialis*" vada interpretata in termini

“*strettamente letterali*”, con la conseguenza che le regole in essa contenute vincolano rigidamente l'operato della P.A., obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità in base i) al principio dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, nonché ii) al più generale principio che vieta la disapplicazione del bando “*quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva*”.

(*Cons. Stato, V, 10 aprile 2013 n. 1969*).

Chiariscono che le clausole del bando di concorso per l'accesso al pubblico impiego non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi (in tal senso, cfr. *Cons. Stato, Sez. V, sentenza 19 novembre 2012 n. 5825*) ma vadano interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale della parola e dalla loro connessione, ai sensi dell'art. 12, primo comma, disp. prel. c.c.

Nel caso di specie, ad ogni modo, l'art. 5.11 del bando concorsuale stabiliva inderogabilmente quanto segue:

“*E' vietato porre sul modulo delle risposte o sulle buste qualunque contrassegno che renda possibile il riconoscimento del candidato pena l'annullamento della prova*”

Pertanto il bando, nel sancire l'inderogabile divieto di porre segni sul **modulo risposte** o sulle **buste**, introduce nella *lex specialis* una disposizione assolutamente inequivoca nel suo significato letterale e, perciò, di stretta interpretazione sia per la commissione esaminatrice, sia per l'autorità giudiziaria adita (*Cons. Stato, V, Sentenza n. 2709 del 27.05.2014*).

È chiaro ed evidente come il divieto posto riguarda esclusivamente la griglia delle

risposte e le buste, **non anche** la scheda del questionario, e ne è anche evidente la ragione consistente nella separazione tra i vari atti, riuniti solo dopo la correzione delle risposte con lettura ottica da parte di un terzo, con la connessa impossibilità di interferenza alcuna in ordine all'anonimato dell'elaborato.

Si evidenzia inoltre che in virtù dell'art. 5.6 del bando “ *la prova deve essere svolta secondo le istruzioni consegnate unitamente al questionario*”.

E così è avvenuto.

Il plico fornito in sede di concorso nulla vieta con riferimento alla scheda dei quesiti (che esaurisce la sua funzione, del resto, una volta compilato il modulo risposte).

La presenza di eventuali segni sul questionario non rientra pertanto (né avrebbe ragione alcuna di rientrarvi) tra le condotte censurate nel bando e sanzionate con l'annullamento della prova.

Ne consegue che la sanzione comminata in danno dell'odierna ricorrente in ossequio a quanto previsto dalla nota AGENAS costituisce una palese violazione ed una applicazione ultronea delle prescrizioni contenute nel bando stesso.

L'AGENAS è un Ente pubblico non economico di rilievo nazionale che svolge funzioni di supporto al Ministero della Salute e alle Regioni per le strategie di sviluppo e innovazione del Servizio sanitario nazionale.

Nella fattispecie per cui è causa, tale funzione è stata svolta mediante l'elaborazione di linee guida aventi ad oggetto la prova di esame per il concorso al corso di formazione specifica di medicina generale 2015. Linee guida contenute in una nota, quivi oggetto di impugnativa per quanto occorra, inviata all'attenzione del Presidente della Commissione, e che assolve ad una funzione meramente indicativa circa le modalità di svolgimento del concorso.

Si tratta, dunque, di atto interno contenente semplici raccomandazioni e

suggerimenti sulla gestione della prova, rivolti alla Commissione nominata per lo svolgimento del concorso.

Ciò stante, la nota dell' AGENAS non ha valore vincolante né, tampoco, efficacia superiore alle norme del bando di concorso che, si ripete, devono essere applicate senza alcun margine di discrezionalità, non potendo la Commissione disapplicarle né estenderne la portata.

II. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL DECRETO DEL MINISTRO DELLA SALUTE DEL 7 MARZO 2006. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO DI CONCORSO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 3, 4, 34 E 97 DELLA COSTITUZIONE - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI PRESUPPOSTI, ARBITRARIETÀ, IRRAZIONALITÀ, ILLOGICITÀ MANIFESTA, TRAVISAMENTO E SVIAMENTO DALLA CAUSA TIPICA.

Nelle prove scritte di una selezione pubblica vige il principio di anonimato degli elaborati. Detto principio è garanzia ineludibile di serietà della selezione e dello stesso funzionamento del meccanismo meritocratico, insito nella scelta del concorso quale modalità ordinaria d'accesso agli impieghi nelle amministrazioni (art. 97 Cost.).

A tal fine, anche la procedura concorsuale in discorso veniva disciplinata dalla *lex specialis* con modalità tali da garantire l'anonimato degli elaborati.

In particolare, i candidati, previo riconoscimento all'ingresso presso la sede d'esame, dopo l'apertura del plico da parte della commissione, ricevevano a) un modulo anagrafico, b) un modulo risposte e c) il questionario.

A presidio del principio dell'anonimato, il Ministero della Salute dotava i candidati di un modulo anagrafico da sigillare in una busta più piccola. In tale modulo erano indicate le generalità del candidato che dovevano rimanere segrete sino al termine della correzione generale.

A tenore dell'art. 6 comma 10 del Bando “*al termine della prova i candidati devono: inserire il **modulo anagrafico** debitamente compilato ed il **questionario** nella busta piccola, chiuderla ed incollarla; inserire la suddetta busta chiusa unitamente al modulo delle risposte nella busta più grande, chiuderla ed incollarla. I membri della commissione provvedono al ritiro della busta”.*

La correzione delle prove risultava affidata ad una Ditta esterna e compiuta in modo meccanizzato ed oggettivo, non implicando, dunque, valutazione alcuna.

Solo al termine di tali operazioni la Commissione procedeva all'apertura della busta piccola contenente il questionario ed il modulo anagrafico, al fine di poter associare ogni elaborato al suo autore.

Come noto, il principio di anonimato trova la sua *ratio* nel garantire l'imparzialità di giudizio, impedendo il verificarsi di forme di collusione, a danno di una valutazione neutrale.

Da tale considerazione discende che l'eventuale rilievo di segni sul questionario personale, a correzione avvenuta, a nulla comunque rilevava, qualunque fosse la natura del segno, non essendo suscettibile di arrecare qualsivoglia *vulnus* al principio di anonimato.

In una fase, infatti, in cui gli esiti della prova erano già definiti e cristallizzati, presunti segni di riconoscimento non avrebbero potuto inficiare in alcuno modo l'imparzialità della correzione (peraltro, automatizzata a mezzo lettore ottico rilevante le sole risposte esatte).

Solo la possibilità astratta di attribuire la paternità degli elaborati, prima dell'apertura della busta contenente le generalità dei candidati, avrebbe potuto, ed in teoria soltanto, attese le modalità di correzione, compromettere la regolarità della procedura concorsuale, concretando una violazione del principio di segretezza della prova e di anonimato.

Nella specie, peraltro, il riconoscimento dell'autore avveniva di per sé, grazie alla scheda anagrafica, di cui la Commissione prendeva visione contestualmente al questionario.

Ebbene, il principio di anonimato sarebbe quindi potuto rimanere disatteso solo laddove il riconoscimento dell'autore dello scritto fosse avvenuto **anteriamente alla valutazione** dello stesso.

Emerge, dunque, in modo evidente anche la manifesta illogicità e ingiustizia della determinazione con la quale la commissione giudicatrice ha annullato la prova scritta della ricorrente per segni riscontrati nel questionario.

Pur ribadendo che il bando di concorso non disponeva alcun divieto di scrittura sulla scheda del questionario, alle suesposte considerazioni si aggiunge quanto segue.

La tutela dell'anonimato non può essere intesa in senso assoluto e tassativo da comportare l'invalidità della prova ogni qual volta la sua applicazione sia priva di utilità pratica (*Cons. Stato, V, 12 ottobre 2014, n. 6556*).

Si rammenta nuovamente, peraltro, come in applicazione del principio di conservazione di cui all'art.21octies, comma 2°, L. 241/1990, la violazione della regola di anonimato in un concorso sia stata considerata irrilevante per essere, la prova, consistita nella soluzione di quesiti a risposta multipla e non vi fossero pertanto margini di discrezionalità valutativa in capo all'amministrazione.

In tali circostanze, dunque, affinché vi possa essere l'annullamento del concorso è necessario fornire la prova concreta che l'osservanza del principio di anonimato avrebbe determinato un differente esito procedimentale.

La violazione del principio può, dunque, essere qualificato dal giudice come vizio procedimentale irrilevante, ridimensionando il ruolo dell'anonimato stesso (*Cons. Stato, VI, 19 aprile 2005, n. 1950*).

Per quanto, infine, irrilevante per le ragioni ampiamente esposte, ma per tuziorismo difensivo, si rileva che i segni apposti dall'odierna ricorrente sul questionario non costituiscono affatto segni di riconoscimento, contravvenienti il principio di anonimato.

Tali devono infatti intendersi quelli che risultano suscettibili di determinare il riconoscimento del candidato in modo astratto ed oggettivo; la regola dell'anonimato non può, infatti, determinare l'invalidità della prova ogni qual volta sussista la "mera possibilità di riconoscimento" (Cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. II, 10 giugno 2008, T.A.R. Basilicata Potenza, 11 luglio 2007, n. 489).

Ciò che rileva non è tanto l'identificabilità dell'autore dell'elaborato attraverso un segno a lui particolarmente riferibile, quanto piuttosto l'astratta idoneità del segno a fungere da elemento di identificazione; il che ricorre quando la particolarità riscontrata assuma un carattere oggettivamente ed incontestabilmente anomalo rispetto alle ordinarie modalità di estrinsecazione del pensiero e di elaborazione dello stesso in forma scritta, in tal caso a nulla rilevando che in concreto la commissione o singoli componenti di essa siano stati o meno in condizione di riconoscere effettivamente l'autore dell'elaborato scritto (Cons. di Stato, V, 29/9/1999, n.1208).

SULL'ILLEGITTIMO CRITERIO DI FORMAZIONE DELLA GRADUATORIA

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3, 33, ULTIMO COMMA, 34, COMMI 1 E 2 E 97 COST. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, L.N. 264/1999 E DELL'ART. 7, COMMA 2, DEL D.M. 5 FEBBRAIO 2014 N. 85. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI

DIRITTO, ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO.

A) **1. Lo stato dell'arte.** Di recente è stata attuata la graduatoria unica per l'accesso al C.D.L. di Medicina e Odontoiatria, Veterinaria ed Architettura. Stesso modello si segue per le specializzazioni *post lauream*.

Nonostante i proclami successivi ed antecedenti al D.M. 7 marzo 2006 "*principi fondamentali per la disciplina unitaria in materia di formazione specifica in medicina generale*", però, non si è optato per la graduatoria unica nazionale per tale corso triennale di specializzazione.

2. La storia delle modalità di formazione della graduatoria. Prima della graduatoria unica per Medicina, Veterinaria ed Architettura, anche per l'ammissione a tali corsi di laurea i candidati risultavano concorrere per una delle sole sedi disponibili giacché ogni Università provvedeva a stilare la propria graduatoria sulla base dei risultati conseguiti dai propri candidati. L'inconveniente di una scelta di tal guisa risiede nel discriminare tutti quei candidati che, in ragione del punteggio ottenuto, sarebbero risultati ammessi presso un diverso ateneo rispetto a quello ove hanno, al buio, deciso di presentarsi.

Una sperimentazione del modello della graduatoria unica nazionale fu applicata, per l'anno accademico 2005/2006, all'accesso al corso di laurea in odontoiatria e protesi dentaria, che, com'è noto, rappresenta quello in cui il numero delle domande di ingresso è nettamente il più sproporzionato rispetto all'offerta degli atenei così come determinata dal MIUR¹.

3. L'illegittimità di tale scelta secondo la giurisprudenza. Così come statuito dal Consiglio di Stato "*l'ammissione al corso di laurea non dipende in definitiva dal merito del candidato, ma da fattori casuali e affatto aleatori legati al numero di posti disponibili presso ciascun Ateneo e dal numero di concorrenti*

¹ Proprio per l'anno accademico citato la proporzione tra partecipanti e ammessi è stata di 1 su 13,24 candidati.

presso ciascun Ateneo, ossia fattori non ponderabili ex ante. Infatti, ove in ipotesi il concorrente scegliesse un dato Ateneo perché ci sono più posti disponibili e dunque maggiori speranze di vittoria, la stessa scelta potrebbero farla un numero indeterminato di candidati, e per converso in una sede con pochi posti potrebbero esservi pochissime domande” (Cons. Stato, VI, Ord. 18 giugno 2012, n. 3541).²

Né possono opporsi, alla soluzione della graduatoria unica, ragioni organizzative o di autonomia universitaria (nella specie Regionale), ostandovi il principio di ragionevole proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivo perseguito; esigenze organizzative non possono infatti ragionevolmente penalizzare il diritto allo studio (ed alla formazione professionale obbligatorio) sulla base di un criterio meritocratico. *“Non si tratta, poi, qui, di sindacare una tra le tante possibili opzioni lasciate alla discrezionalità del legislatore, perché una volta che il legislatore abbia optato, a monte, per il sistema meritocratico dei tests unici nazionali da svolgersi nello stesso giorno in tutti gli Atenei italiani, non può che residuare l’unica opzione della graduatoria unica [d’Ateneo], e non quella delle graduatorie plurime a cui si accede con diversi punteggi minimi”.*

Invero tali principi sembrano condivisi tanto da altro Dicastero - il MIUR (che l’ha attuata per i superiori corsi di laurea) - quanto dal legislatore (nel caso della graduatoria unica delle specializzazioni) e la scelta di persistere con la scelta di non formazione della graduatoria unica per medicina generale è in contrasto con ogni criterio di proporzionalità e ragionevolezza anche con riguardo all’art. 2, par. 1, del protocollo addizionale alla CEDU, e per l’effetto dell’art. 117, comma 1, Cost. (violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi internazionali).

² *“Va poi evidenziato che, svolgendosi la prova unica nazionale nello stesso giorno presso tutti gli Atenei, a ciascun candidato è data una unica possibilità di concorrere, in una sola università, per una sola graduatoria (one shot), con l’effetto pratico che coloro che conseguono in un dato Ateneo un punteggio più elevato di quello conseguito da altri in un altro Ateneo, rischiano di essere scartati, e dunque posposti, solo in virtù del dato casuale del numero di posti e di concorrenti in ciascun Ateneo. Questo è del tutto contrario alla logica del concorso unico nazionale.*

Dispone la citata previsione della CEDU che *“No person shall be denied the right to education”* (il diritto all’istruzione non può essere rifiutato a nessuno).

3.1. Il D.M. del Ministero della Salute del 7 marzo 2006, come modificato dal D.M. 26 agosto 2014 “principi fondamentali per la disciplina unitaria in materia di formazione specialistica in Medicina Generale”, l’avviso del Ministero della Salute nonché il bando di concorso Regionale, sono, quindi, illegittimi. In ragione del fatto che parte ricorrente, col punteggio di 76/100 avrebbe ottenuto l’ammissione al corso in altre Regioni, ha interesse ad ottenerne l’annullamento in *parte qua*.

Anche il MIUR, d’altra parte, ha dimostrato di condividere i superiori principi ben prima della graduatoria unica relativa ai CdL in Medicina, Veterinaria e Architettura.

Lo si può ricavare dal provvedimento di rettifica dell’Università di Napoli Federico II che, in sede di bando di ammissione, aveva interpretato il sistema delle opzioni in maniera contrastante rispetto ai principi della L.n. 240/10. Secondo quell’Ateneo il punteggio ottenuto all’esito del test unico avrebbe potuto essere speso solo per ottenere l’ammissione al primo corso di laurea prescelto (Medicina o Odontoiatria) mentre invece la seconda opzione avrebbe potuto essere spesa (con il punteggio ottenuto) **“solo per una successiva ed eventuale graduatoria che verrebbe redatta ‘qualora residuino dei posti’”**.

Si legge nel D.R. di rettifica del bando, adottato addirittura prima delle prove, che *“per le vie brevi il MIUR ha confermato l’intento di far prevalere il merito – e quindi il punteggio conseguito da ciascun candidato – sulle preferenze espresse circa i corsi di studio in discorso”* (Università di Napoli, Federico II, DR/2011/2177 del 31/08/2011).

4. Codesto On.le Tar del Lazio si è sempre espresso sino ad oggi

ammettendo con riserva i ricorrenti nelle more della pronuncia della Corte Costituzionale.

All'uopo riteniamo opportuno richiamarci all'orientamento cautelare ormai consolidatosi dal dicembre 20 dicembre 2012 sino ad oggi e secondo cui *“Ritenuto, in base alla domanda formulata dalla parte ricorrente e chiarita all'odierna camera di consiglio dai difensori di fiducia, di ribadire il contenuto dell'ordinanza della Sezione n. 4763/2012 che ha ritenuto, in fase cautelare, sufficientemente fondato il motivo relativo alla mancata graduazione dei candidati a livello nazionale presenti, anche alla luce della ordinanza n. 3541 del 18 giugno 2012 del Consiglio di Stato, che ha a sua volta ritenuto non manifestamente infondata la relativa questione di costituzionalità; (...)Ritenuto per quanto precede che possa accogliersi la domanda di tutela cautelare...Ammette con riserva e in soprannumero il ricorrente alla facoltà di medicina e chirurgia dell'Università dallo stesso individuata come prima scelta”* (Tar Lazio III, Ord. 310/2013 del 24 gennaio 2013).

Sul punto il Consiglio di Stato, nell'accogliere un appello cautelare, ha avuto modo di chiarire come *“Considerato che appare opportuno l'approfondimento da parte del Tribunale amministrativo del merito della causa, non apparendo prima facie infondati i rilievi svolti dall'appellante circa l'applicazione dei principi di cui alla decisione della Corte Costituzionale n. 302 del 2013 e la mancata utilizzazione del maggior punteggio conseguito dall'interessato, rispetto a candidati ammessi, nel corso di laurea oggetto della scelta subordinata...omissis...*

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'istanza cautelare avanzata con l'appello, rinviando la causa al Tribunale

amministrativo del Lazio ai sensi dell'art. 55 comma 10 cod. proc. amm., al fine dell'ammissione con riserva dell'appellante al corso di laurea in tecniche ortopediche, nelle more della decisione nel merito.” (Consiglio di Stato, VI sez., ord. n. 839/2014, 2086/2014, 2837/2014).

5. D'altra parte, è impossibile scorgere alcuna rilevante differenza tra le specializzazioni ed i corsi regionali di medicina generale.

In quelli come in questi, infatti:

- la fonte di legge è identica trattandosi comunque di formazione *post lauream*;

- la programmazione delle immatricolazioni è gestita di concerto con il Ministero della Salute;

- la data della prova è unica a livello nazionale non consentendo, quindi, agli studenti di potersi cimentare altre volte presso altre sedi;

- il test è identico;

- parte ricorrente, quindi, è stata pregiudicata esclusivamente per aver scelto la Regione resistente.

“Non si tratta, poi, qui, di sindacare una tra le tante possibili opzioni lasciate alla discrezionalità del legislatore, perché una volta che il legislatore abbia optato, a monte, per il sistema meritocratico dei tests unici nazionali da svolgersi nello stesso giorno in tutti gli Atenei italiani, non può che residuare l'unica opzione della graduatoria unica [d'Ateneo], e non quella delle graduatorie plurime a cui si accede con diversi punteggi minimi” (Cons. Stato, cit.).

Ministero della Salute e Regioni, quindi, optando per la possibilità di somministrare un test uguale in altre sedi nella stessa data hanno implicitamente consentito che si dovesse rispettare il sistema meritocratico puro.

Preso atto di tutti i vizi esposti, occorre comprendere se, con riguardo alla specifica competizione che ci occupa, quella dell'annullamento sia, davvero, l'unica soluzione che, "*a termini di stretto diritto*", debba essere pronunciata.

Nella specie, infatti, siamo innanzi ad un'ipotesi peculiare di procedura concorsuale, giacché trattasi di una selezione che non consente affatto agli aspiranti di ottenere un titolo, un sigillo notarile o un posto di lavoro, ma faculta gli stessi, esclusivamente, ad essere ammessi ad un corso di formazione specifica all'esito del quale potrà ottenersi tale specializzazione.

Autorizza tali aspiranti matricole, dunque, ad esercitare quel diritto allo studio e alla formazione professionale di spessore costituzionale sancito, senza alcuna limitazione di sorta, dall'art. 34 Cost.

Nulla di più.

Qui non vi sono altre caratteristiche e qualità dei partecipanti da verificare se non l'idoneità all'esito della selezione cui occorre sottoporsi (in tal senso si veda T.A.R. L'Aquila, Sez. I, 26 luglio 2012, n. 521).

Se, poi, si volesse imporre un numero massimo di ammissibili, innanzi alla pleora che dimostra di avere gli stessi requisiti di partecipazione, allora non si potrà prescindere dall'individuarli all'esito di una selezione legittima e conforme a legge.

Vero è, dunque, che il legislatore con le norme sulla formazione professionale medica ha introdotto talune limitazioni al numero degli ammessi a frequentare determinati corsi, ma non può dimenticarsi che tali limitazioni sono in grado di comprimere il diritto allo studio ed alla formazione professionale costituzionalmente tutelato e che le stesse sono state concepite nell'alveo di quel procedimento amministrativo complesso che inizia con il carteggio Regioni, Ministeri, Ateneo e tavolo tecnico sul numero degli ammissibili a livello

nazionale e si conclude con la pubblicazione della graduatoria nelle singole Regioni.

Il diritto alla formazione professionale, infatti, può essere compreso solo all'esito di una selezione conforme a legge in difetto della quale, questi si riespande consentendo ai partecipanti, comunque ritenuti idonei alla selezione, di riaffermare la propria scelta.

La prova più lampante della correttezza di tale assunto è rappresentato dalla circostanza che non vi è alcuna fonte di legge che autorizza il contingentamento delle iscrizioni sulla base di un determinato punteggio ottenuto (ma solo dello stesso in rapporto ai posti disponibili), anche ove la capienza dei posti non necessita di alcuna ulteriore misura di limitazione degli accessi.

Ciò di cui si chiede l'annullamento, dunque, non è affatto la selezione in sé, in astratto comunque valida, ma l'esclusione del concorso di parte ricorrente, il diniego di ammissione al corso di formazione, imposto all'esito di un arbitrario ed illegittimo potere di scelta dalla commissione esaminatrice.

ISTANZA DI RISARCIMENTO DANNI

Solo in via subordinata si spiega domanda risarcitoria in termini economici stante i danni da illegittima esclusione dal concorso, mancata promozione e da perdita di *chance* subiti.

In merito all'ultima voce di danno, *“sul presupposto della irrimediabile perdita di chance in ragione dell'irripetibilità della procedura con le stesse modalità e gli stessi partecipanti di quella ritenuta illegittima – deve riconoscersi il danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile”* (Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852).

SULL'AMMISSIONE IN SOVRANNUMERO

L'ammissione in soprannumero ai corsi triennale di formazione specifica in medicina generale, ai sensi della legge n. 401 del 29/12/2000, è consentita ai "vecchi laureati" in medicina sulla base della speciale disciplina ivi contenuta.

In particolare vengono ammessi in soprannumero e senza borsa coloro che sono in possesso:

- dell'iscrizione al corso universitario di laurea in medicina e chirurgia prima del 31/12/1991 presso Università di uno Stato già in tale data appartenente all'Unione Europea;

b) del diploma di laurea in medicina e chirurgia conseguito successivamente alla data del 31/12/1994 presso Università di uno Stato già in tale data appartenente all'Unione Europea.

Non vi è, quindi, un'imperativa previsione che nega il soprannumero che, anzi, è espressamente consentita *ex lege* per la particolare natura dell'attività da svolgere.

Sul punto, quindi, in via subordinata rispetto alla domanda principale di ammissione sovranumeraria con borsa, si spiega domanda di ammissione ex L.n. 401/2000 a conferma della volontà di parte ricorrente a poter continuare la propria formazione professionale.

ISTANZA CAUTELARE

Per quanto riguarda il *fumus boni iuris*, si rinvia alle considerazioni che precedono. Quanto al *periculum in mora* è evidente il pregiudizio che subirebbe parte ricorrente ove non venisse disposta in via cautelare la sospensione dell'efficacia del provvedimento di esclusione.

Medio tempore, si impone la sospensione dell'esecuzione del suddetto provvedimento per violazione e falsa applicazione della normativa di

riferimento, carenza dei presupposti, travisamento, illegittima espansione del potere discrezionale, ai fini dell'ammissione con riserva di parte ricorrente al corso di formazione in questione, al quale per le ragioni suesposte, non è stato, illegittimamente, consentito di iscriversi.

Trattasi di un provvedimento che, anche per le ragioni già spiegate sull'illegittimità dell'annullamento della prova, dell'adozione di una graduatoria regionale, nonché sul sovrannumero previsto ex lege, non procurerebbe alcun disagio organizzativo all'Amministrazione.

Si omette³, infine, ogni deduzione sulla strumentalità della misura cautelare richiesta stante il pacifico orientamento del giudice d'appello (la più recente *Cons. Stato, VI, ord. 6 giugno 2014, n. 2407* e, nelle forme della sentenza in forma semplificata, *T.A.R.S. Palermo, I, 14 gennaio 2014, n. 251* che dà atto della conferma di tale posizione da parte del C.G.A.R.S. “*visto lo specifico precedente della sezione di cui alla sentenza 28/2/2012, n. 457, confermata in appello con sentenza del C.G.A. 10 maggio 2013, n. 466, secondo cui l'effetto conformativo della pronuncia di annullamento della graduatoria di cui trattasi, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, deve consistere nell'ammissione dei ricorrenti in soprannumero al Corso di laurea prescelto, per l'a.a. 2013-2014 (il che integra anche il risarcimento in forma specifica del prospettato danno)*”).

E' di tutta evidenza, pertanto, che la mancata sospensione dell'efficacia dell'annullamento della prova, provocherebbe un danno sicuramente

³ Anche con riguardo all'orientamento cautelare più recente di codesta Sezione “*ritenuto, quanto al periculum in mora, che a questo si può ovviare secondo quanto da ultimo statuito dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2935 del 9 giugno 2014 nei termini per cui la domanda ex art. 30, comma 2, c.p.a., di condanna al risarcimento per l'ingiusto danno rappresentato, è formulata nella specie da soggetti «titolari di un interesse di natura pretensiva proiettato in via principale all'ammissione al corso, che ben può qualificarsi come risarcimento in forma specifica previsto dall'art. 2058, comma 1, c.c., come richiamato dal citato articolo 30, comma 2, c.p.a., essendo tale forma possibile nella specie dell'ammissione al corso*” (Sez. III bis, 4 luglio 2014, n. 3062).

irreparabile per la ricorrente e pregiudicherebbe gli effetti della decisione sul ricorso. Da ultimo, l'eventuale esecuzione, con effetti irreversibili, del provvedimento, comporterebbe, una volta che in sede di merito ne fosse pronunciata l'illegittimità, responsabilità per danni a carico dell'Amministrazione.

Per questi motivi, si chiede che

VOGLIA IL T.A.R.

in via cautelare:

- disporre l'adozione delle misure cautelari richieste;

nel merito,

in via principale,:

- annullare i provvedimenti impugnati e, per l'effetto inserire parte ricorrente in graduatoria ed ammettere la stessa al corso di formazione presso la Regione in epigrafe;

in via subordinata:

- condannare le amministrazioni resistenti al risarcimento dei danni da illegittima esclusione dal concorso, mancata promozione e da perdita di *chance*, nonché alle spese del giudizio.

Roma, 3 dicembre 2015

Avv. Nunzio Pinelli

Avv. Giuseppe Pinelli