

CONCORSI PUBBLICI (soccorso istruttorio - tempi del procedimento - par condicio)

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, SEZ. III, sentenza 13 gennaio 2016, n. 58.

La sentenza che si segnala ha ad oggetto l'impugnazione della graduatoria finale del concorso straordinario bandito dalla Regione Lombardia per l'assegnazione di 341 sedi farmaceutiche. Tra le varie questioni esaminate, e positivamente apprezzate, dal T.A.R. di Milano, risulta in questa sede particolarmente interessante l'analisi dell'*iter* logico giuridico che ha portato all'accoglimento del secondo motivo di ricorso. In relazione a tale censura il Collegio ha infatti valorizzato l'indicazione, da parte delle ricorrenti, dell'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC), il che ci permette di svolgere qualche breve considerazione in ordine al ruolo che gli strumenti tecnologici possono assumere nell'ambito del procedimento amministrativo.

Con il secondo motivo di ricorso, relativo alla mancata valutazione di un master di secondo livello, era stata in particolare denunciata la violazione dell'articolo 6, comma 1, lett. b), della L. n. 241 del 1990, che — come noto — impone al responsabile del procedimento di « *accerta[re] di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta[re] ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria* », prevedendo in tale prospettiva il potere di « *chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete ... esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali* ».

Il bando di gara prevedeva sul punto la possibilità di indicare nelle domande di partecipazione i titoli posseduti dai candidati, ma precisava che sarebbero stati riconosciuti solo quelli « *indicati specificatamente come "specializzazioni", "dottorati di ricerca" e "master" e che indichino esplicitamente la materia di cui trattano, e i cui dati siano completi ai fini dei controlli delle autocertificazioni* ».

Senonché uno dei candidati — che avevano partecipato al concorso in forma associata —, pur avendo indicato l'argomento del titolo di studio conseguito, non aveva specificato l'esatta denominazione dello stesso. Per tale ragione la Commissione, in rigida applicazione della citata previsione della *lex specialis*, aveva ritenuto di non poter riconoscere alcun punteggio per detta voce.

Nell'esaminare il motivo di ricorso, il Collegio considera anzitutto che le istruzioni per la compilazione della domanda di partecipazione al concorso non erano del tutto chiare, non avendo precisato, con terminologia univoca, quali informazioni dovessero essere fornite e se, in particolare, « *fosse indispensabile*

indicare sia la tipologia che l'oggetto del corso », ovvero se fosse sufficiente inserire solo l'oggetto del corso.

Sul punto il T.A.R. Lombardia richiama una recente pronuncia ove si è affermato che non può ricadere sui partecipanti al concorso una « *insufficienza nella predisposizione del modulo di domanda* » qualora « *il modulo predisposto dall'amministrazione costituisca l'unica forma possibile di presentazione della domanda* » [T.A.R. Toscana, Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 1414].

Ciò premesso, il Collegio passa dunque all'esame della lamentata violazione dell'articolo 6, comma 1, lett. b), della L. n. 241 del 1990, e quindi del c.d. dovere di "soccorso istruttorio", brevemente ripercorrendo la giurisprudenza che ne ha da ultimo ricordato i presupposti.

In primo luogo il T.A.R. ricorda dunque la necessità che vi siano elementi e dati comunque forniti, anche parzialmente, su cui intervenire [Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2014, n. 4543], positivamente rilevando che nella fattispecie la candidata alla data di presentazione della domanda aveva già conseguito il master, del quale aveva fornito indicazione sia in ordine alla data di perfezionamento, sia dell'Università rilasciante, sia dell'oggetto e della durata dello stesso.

In secondo luogo il Collegio ricorda che, affinché si possa parlare di soccorso istruttorio, è necessario che « *il responsabile del procedimento sia in grado di accorgersi della erroneità o incompletezza della dichiarazione o istanza presentata* », cosa che, nella specie, naturalmente si era realizzata, essendo stata la Commissione stessa ad aver rilevato l'incompletezza dell'indicazione.

In terzo, ed ultimo, luogo, il Collegio ricorda che, nelle procedure concorsuali "di massa", vale anche quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9, in ordine alla necessità di considerare l'eventuale aggravio sul procedimento derivante dall'attivazione del potere di soccorso.

Sul punto giova dunque richiamare il punto di tale pronuncia, tra quelli citati dal T.A.R. Lombardia, con il quale l'Adunanza Plenaria ha precisato che, in relazione alle procedure comparative e di massa, « *il divieto del formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano)* ».

Ed è proprio su tale punto che viene in gioco la PEC, che, ai sensi dell'articolo 5 del bando di concorso, doveva essere indicata in sede di domanda « *a pena di inammissibilità* ». Il Collegio sottolinea difatti che, proprio in applicazione della richiamata giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria, « *nel caso di specie, nessun ritardo apprezzabile, tale da incidere negativamente sugli interessi pubblici e privati coinvolti, avrebbe potuto derivare dal soccorso istruttorio* ». Secondo quanto si legge nella motivazione, infatti, si sarebbe potuta inviare a detto indirizzo PEC una « *richiesta di precisazione, eventualmente concedendo un termine perentorio — anche breve — per la risposta* ».

Prosegue il Collegio ulteriormente chiarendo che, onde valutare la necessità di esperire, o meno, il c.d. soccorso istruttorio, non rileva « *la minore diligenza del*

concorrente rispetto ad altro concorrente, ma il pregiudizio derivante dalla prestazione del soccorso istruttorio all'esigenza di speditezza dell'azione amministrativa, in correlazione con la necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano)».

Tale passaggio è particolarmente significativo in quanto mette in luce un interessante prospettiva sul principio della *par condicio*. La necessità di garantire un trattamento imparziale rispetto a tutti i concorrenti non va inteso quale necessità di non porre rimedio a negligenze del singolo candidato — nei limiti già fissati dalla giurisprudenza di cui si è detto —. Viceversa tale principio impone di astenersi da un'iniziativa istruttorie atta ad eliminare una negligenza di un candidato — la cui correzione non sarebbe di per sé lesiva della *par condicio* —, laddove tale attività rallenterebbe il procedimento, a discapito dell'interesse pubblico e degli interessi degli altri candidati. In tal senso precisa difatti ulteriormente il T.A.R. Lombardia proprio che « *la possibilità per l'amministrazione di non prestare il soccorso istruttorio non può quindi fondarsi sulla negligenza nella compilazione della domanda, ma sulle conseguenze che avrebbe, sugli altri interessi coinvolti nella procedura, il prestare il soccorso istruttorio* ».

A fronte della prospettiva offerta dal T.A.R. Lombardia sul potere di soccorso, non resta dunque che interrogarsi sulla possibilità di applicare una simile logica anche nell'ambito degli appalti. Ciò, soprattutto, a seguito delle ultime modifiche legislative introdotte dall'articolo 39 del decreto legge del 24 giugno 2014, n. 90, che ha inteso semplificare gli « *oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici* » attraverso una più permissiva modulazione del potere di soccorso in caso di mancanza, incompletezza o altra irregolarità delle dichiarazioni rese dai concorrenti, e delle relative cause di esclusione, di cui, rispettivamente, agli articoli 38, comma 2-*bis*, e 46, comma 1-*ter*, del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163.

In disparte di tali considerazioni, analizzando invece la rilevanza assunta nella specie dalla possibilità per l'Amministrazione di interfacciarsi con i candidati tramite PEC, si può ricavare un implicito riconoscimento da parte del Giudice amministrativo dell'importanza che l'introduzione di mezzi tecnologici nel procedimento amministrativo può assumere. La diffusione di strumenti digitali può infatti non solo semplificare le operazioni dell'Amministrazione, così permettendo — tra gli altri — una maggior efficienza e rapidità della fase istruttorie, ma può anche ampliare le occasioni partecipative da parte degli interessati.

GHERARDO CARULLO