

Ferdinando Pinto

CN = Ferdinando Pinto
C = IT

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

APPELLO

con contestuale istanza di notifica per pubblici proclami

Per **Valentina Montaperto**, (C.F. MNTVNT85C58F839U) nata il 16 marzo 1985 a Napoli (NA) e residente a Napoli (NA), alla Via Michele Cammarano n. 25, rappresentata e difesa dal Prof. Avv. Ferdinando Pinto (C.F. PNTFDN52L16H703R), del foro di Torre Annunziata (NA), giusta procura in calce al presente atto, con il quale è elettivamente domiciliato presso l'indirizzo di posta elettronica certificata ferdinando.pinto@ordineavvocatita.it (estratto da ReGIndE); per comunicazioni e/o avvisi di rito FAX 0818073030 e PEC ferdinando.pinto@ordineavvocatita.it

contro

Azienda Ospedaliera dei Colli, (C.F. 06798201213) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in primo grado dagli Avv.ti Raffaele Cuccurullo, Anna Rega e Rita Castaldo.

Nonché nei confronti di

- **Nunzia Cecere**, nata a Giugliano in Campania (NA) l'11 giugno 1998, C.F. CCRNNZ98H51E054N e PEC nunzia.cecere@pec.opinapoli.it, non costituita in giudizio.
- Tutti i **soggetti idonei** presenti all'interno della graduatoria definitiva del 07/03/2024, pubblicata sul sito dell'Azienda Ospedaliera dei Colli.

Per la riforma e/o l'annullamento,

previa sospensiva e/o adozione delle più idonee misure cautelari

della Sentenza n. 1295 del 17 febbraio 2025, resa dal T.A.R. per la Campania – Napoli, Sez. V, con cui è stato respinto il ricorso e i motivi aggiunti assegnati al n. R.G. 5928/2023, presentati dall'appellante per l'annullamento:

- *“del provvedimento di esclusione dal Concorso Pubblico, per titoli ed esami, per il*

reclutamento, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, di personale non dirigenziale, con profilo di Collaborato Professionale Sanitario – Infermiere, ctg. D, pubblicato sul BURC n. 66 del 04/11/2019 i cui termini sono stati riaperti con avviso pubblicato sul BURC n. 47 del 10/05/2021, esclusione conosciuta solo in data 20/09/2023, come da ultimo aggiornamento, per effetto di pubblicazione della graduatoria prova scritta anonima sul sito dell'"Azienda Ospedaliera dei Colli consultabile presso il link: <https://www.ospedaldeicolli.it/wp-content/uploads/graduatoria-prova-scrutt-anonima1.pdf>, con valenza di notifica agli interessati a tutti gli effetti di legge;

- della graduatoria definitiva Concorso Pubblico, per titoli ed esami, per il reclutamento, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, di personale non dirigenziale, con profilo di Collaborato Professionale Sanitario – Infermiere, ctg. D, pubblicato sul BURC n. 66 del 04/11/2019 i cui termini sono stati riaperti con avviso pubblicato sul BURC n. 47 del 10/05/2021, pubblicata in data 16.11.2023;

- dell'avviso prova orale asseritamente pubblicato il 21/09/2023 sul sito dell'"AORN "Ospedale dei Colli" da cui risultavano esclusi i ricorrenti;

- del questionario estratto per l'espletamento della prova scritta contenente in se n° 4 domande ambigue e fuorvianti;

- di tutti i verbali attestanti l'espletamento della prova concorsuale di cui si ignorano estremi e contenuto;

- dell'eventuale esito negativo della prova pratica per non esserne stata rispettata la modalità di svolgimento cristallizzata nel bando;

- del bando di concorso pubblico per il reclutamento, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, di personale non dirigenziale, con profilo di Collaborato Professionale Sanitario – Infermiere, ctg. D, pubblicato sul BURC n. 66 del 04/11/2019 i cui termini sono stati riaperti con avviso pubblicato sul BURC n. 47 del 10/05/2021, in quanto lesivo;

- di tutti gli atti connessi e consequenziali;

- della Deliberazione del Direttore Generale n° 213 del 26/03/2024 avente ad oggetto la conclusione del concorso pubblico per titoli ed esami per la copertura con rapporto di lavoro a

tempo indeterminato di n° 155 posti di Infermiere, la approvazione della graduatoria e la conseguente nomina dei vincitori;

- della nomina formale dei vincitori prot. n° 11827 del 03.04.2024”.

FATTO

1. L'appellante ha partecipato al concorso bandito dall'Azienda Ospedaliera dei Colli di Napoli con deliberazione n. 106 del 08/10/2019 e pubblicato sul BURC n. 66 del 04/11/2019 e, per estratto, sulla GURI n. 100 del 20/12/2019, volto al reclutamento, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, di n. 155 unità di personale di comparto con profilo professionale di C.P.S. Infermiere, Ctd. D.

All'appellante venivano assegnati ai fini della verifica anonima delle prove di concorso il codice protocollo/ID n. 1169813 e Barcode n. 69235.

I codici in parola, come si vedrà in diritto, sono determinanti per la decisione del presente giudizio, essi sono univoci, **identificando un determinato candidato e le sue prove.**

I codici identificativi attribuiti in fase concorsuale all'appellante possono essere verificati dall'Ecc.mo Giudice adito consultando – tra l'altro – il documento “*All. 8 AO Colli - Graduatoria Anagrafica Generale*”, depositato dall'Ente in primo grado (qui all. 4):

1.212	Punti : 19,200	MONTAPERTO	VALENTINA	1169813	11812	69235
1.213	Punti : 19,200	OLIVA	FRANCESCA	1200027	11911	64681
1.214	Punti : 19,200	OLIVIERI	TERESA	1158984	11916	69778
1.215	Punti : 19,200	OLIVIERO	CAMILLA	1186610	11917	65121

giovedì 27 luglio 2023

Pagina 27 di 45

2. Il concorso in parola prevedeva il superamento di 3 prove ai fini dell'inserimento del candidato nella graduatoria finale di merito. Nel dettaglio, di una preselettiva con quiz a risposta multipla, di una successiva prova suddivisa in “**prova scritta**” e “**prova pratica**” nonché di una **prova orale**. Va precisato che la correzione delle prove sarebbe avvenuta in sequenza nel senso che una volta e se superata la prova scritta si sarebbe poi proceduto alla

valutazione di quella pratica (eseguita con la prima) e solo se superate le prime due si sarebbe poi giunti alla prova orale per la valutazione complessiva del candidato.

Il punteggio complessivo attribuibile a ciascun candidato è pari a 100 punti, di cui 30 per la valutazione dei titoli e 70 per le prove d'esame (30 per la prova scritta, 20 per quella pratica e 20 per quella orale).

Per la prova scritta si prevedeva il superamento di una **soglia di sbarramento**, fissata dal Bando in **21/30** di punteggio. Pertanto, solo il conseguimento di tale punteggio minimo per la "prova scritta", pari a 21, avrebbe consentito ai candidati di accedere alla correzione dei loro elaborati redatti per "prova pratica".

Va aggiunto, sempre in riferimento alla prova scritta, che per ciascuna risposta esatta sarebbe stato attribuito il punteggio di +0,50 punti, 0 punti per mancata risposta e nel caso di inserimento di più risposte nonché per ogni risposta errata -0,10 punti.

La ricorrente superava la prova preselettiva e veniva ammessa alla successiva prova scritta.

Pertanto, veniva convocata alla seconda prova di concorso, fissata al 13 marzo 2023.

In tale data, eseguiva la "prova scritta" (che prevede la suddetta soglia di sbarramento) e la "prova pratica" (la cui correzione presuppone il superamento della prima).

Il 21 settembre 2023 venivano pubblicati in via anonima i risultati delle prove in parola (all. 5).

2614922	19,20	Non ammesso
1169813	19,20	Non ammesso
1200027	19,20	Non ammesso

Dalla loro consultazione emergeva il mancato superamento dell'appellante di tale fase concorsuale **per 1,80 punti**, in quanto le venivano **assegnati 19,20/30** per la prova scritta e, pertanto, la sua successiva prova pratica non veniva corretta, con conseguente non ammissione alla prova orale.

3. L'appellante, dunque, in considerazione della manifesta illegittimità di taluni quesiti della prova scritta, proponeva ricorso collettivo contro i provvedimenti dell'Amministrazione che

avevano definito le predette fasi concorsuali e che avevano condotto alla mancata ammissione della Sig.ra Montaperto alle successive fasi della selezione pubblica.

Il ricorso veniva incardinato innanzi al T.A.R. per la Campania – Napoli, Sez. V, al n. R.G. 5928/2023, che con Ordinanza n. 19 del 10 gennaio 2024 definiva la fase cautelare favorevolmente per i ricorrenti.

L'appellante, pertanto, veniva ammessa alla prova orale mentre si sarebbe proceduto alla valutazione di quella pratica già sostenuta e non valutata. Entrambe le prove venivano superate e nel dettaglio, quanto alla prova pratica con il voto di 20/20, quanto alla prova orale con il voto di 16/20.

Successivamente, l'Ente provvedeva alla formazione della graduatoria finale di merito, pubblicata sul suo sito il 07.03.24 (all. 3), dalla quale la Montaperto, riconoscibile mediante l'inserimento del suo protocollo/ID n. 1169813, risulta "ammesso con riserva" ma senza l'aggiornamento del suo punteggio relativo alla prova scritta, censurato innanzi al T.A.R. (**i.e. 19,20 in luogo di 21,00**):

45	1169813	MONTAPERTO	VALENTINA	16/03/1985	13,150	19,20	20,00	16,00	68,350	*ammesso con riserva
----	---------	------------	-----------	------------	--------	-------	-------	-------	--------	----------------------

Va subito evidenziato, per quanto si dirà innanzi, che all'esito della formazione della predetta graduatoria la Sig.ra Montaperto si è collocata in posizione non di mero idoneo non vincitore ma di vincitore di concorso, avendo conseguito la 45° posizione della graduatoria del concorso (che non tiene conto del predetto punteggio integrativo), bandito per l'assunzione di 155 unità di personale presso l'Ente resistente.

4. Avverso la predetta graduatoria che - come anticipato - ammetteva solo con riserva i ricorrenti al concorso, senza l'aggiornamento del relativo punteggio derivante dall'impugnazione delle prove concorsuali, veniva proposto ricorso per motivi aggiunti.

Il giudizio in parola veniva definito con la Sentenza n. 1295 del 17 febbraio 2025, che accoglieva il ricorso collettivo e i relativi motivi aggiunti ma respingeva la posizione dell'odierna appellante, in quanto secondo il T.A.R. Napoli "*inammissibile*" per la seguente motivazione:

“per la signora Montaperto non è stata depositata alcuna documentazione sulla prova sostenuta”.

L'inammissibilità veniva dichiarata pur a fronte della assoluta assenza nel corso del giudizio di contestazioni dell'Ente nei confronti della Montaperto e in relazione alla mancata esibizione dei documenti ritenuti indispensabili nella sentenza. Come si vedrà si tratta di un vuoto difensivo a cui non è stato attribuito alcun significato dal giudicante.

Inoltre, la pronuncia in parola è retta su un'istruttoria non completa, che non ha considerato il vuoto documentale degli atti del procedimento - indispensabili quindi per la loro natura - riguardanti la Montaperto, che hanno contribuito alla formazione del provvedimento impugnato, che l'Amministrazione non ha depositato nel giudizio.

Eppure, giova ripeterlo, nel corso del giudizio il TAR e l'Amministrazione non hanno sollevato riserve istruttorie nei confronti dell'appellante.

La suesposta motivazione del Tribunale di primo grado è pertanto erronea e illogica, in quanto risultato di una istruttoria non completa nonché di una lettura non del tutto attenta degli atti del giudizio. La Montaperto, infatti, supera agevolmente la soglia di sbarramento. La decisione impugnata, pertanto, andrà riformata per le seguenti ragioni in

DIRITTO

1. PREMESSA - SUL SUPERAMENTO DELLA PROVA DI RESISTENZA E SUL GIUDICATO FORMATOSI SUI QUESITI CENSURATI INNANZI AL T.A.R.

Va subito detto che l'appellante non censura le conclusioni a cui è giunto il giudicante di primo grado in ordine ai quesiti concorsuali impugnati.

La loro illegittimità, infatti, è confermata dalla sentenza impugnata e dal giudicato formatosi in forza delle sentenze del T.A.R. Napoli n. 6268 del 15 novembre 2023, oltretutto confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 5053 del 5 giugno 2024, Consiglio di Stato, Sez. III, 20 febbraio 2024, n. 1694 nonché dalla sentenza del T.A.R. Napoli n. 5183 del 2 ottobre 2024.

È consolidato in diritto, dunque, per quanto qui interessa, che i quesiti nn. 5, 19, 26 e 48 somministrati all'appellante sono stati mal formulati rendendo illegittima la relativa valutazione, in quanto è stato accertato e dichiarato che sia la risposta fornita dall'appellante (errata per l'amministrazione) sia quella ritenuta corretta dall'Ente **sono corrette**.

In sostanza i predetti quesiti presuppongono due o più risposte egualmente corrette.

Nel dettaglio, il quesito **n. 5** (n. 9 nella numerazione generale) prevedeva la seguente domanda e risposte (all. 1):

“5] La porpora si riscontra più frequentemente in caso di:

A) vasculopatia.

B) trombocitosi.

C) piastrinopenia)”

L'appellante ha selezionato come corretta la **risposta B (“trombocitosi”)**, ciò a fronte della **soluzione C (“piastrinopenia”)** individuata come la sola esatta in sede concorsuale.

Il **n. 19** (n. 33 nella numerazione generale), prevedeva la seguente domanda e risposte (all. 1):

“19] Quale dei seguenti fattori svolge un ruolo determinante nella formazione delle piaghe da decubito?

A) Ipossia locale per fenomeni vasospastici.

B) Stato settico.

C) Perdita della sensibilità dolorifica”.

L'appellante ha selezionato come corretta la **risposta B (“stato settico”)**, ciò a fronte della **soluzione C (“perdita della sensibilità dolorifica”)** individuata come la sola esatta in sede concorsuale.

Il **n. 26** (n. 1 nella numerazione generale), prevedeva la seguente domanda e risposte (all. 1):

“26] Quale delle seguenti malattie si può trasmettere per via aerea?

A) Parotite.

B) Mononucleosi.

C) Meningite cerebrospinale epidemica”.

L'appellante ha selezionato come corretta la **risposta B (“mononucleosi”)**, ciò a fronte della **soluzione A (“parotite”)** individuata come la sola esatta in sede concorsuale.

Il **n. 48** (n. 22 nella numerazione generale), prevedeva la seguente domanda e risposte (all. 1):

“48] Parlando di monitoraggio giornaliero, un paziente si definisce oligurico quando?

A) la diuresi giornaliera è inferiore a 500 ml.

B) la diuresi giornaliera è inferiore a 800 ml.

C) la diuresi oraria è inferiore a 0,5 ml/kg”.

L'appellante ha selezionato come corretta la **risposta C (“la diuresi oraria è inferiore a 0,5 ml/kg”)**, ciò a fronte della **soluzione A (“la diuresi giornaliera è inferiore a 500 ml”)** individuata come la sola esatta in sede concorsuale.

È incontestabile, quindi, il superamento della prova di resistenza da parte dell'appellante, la Montaperto (identificabile negli atti anonimi dal suo ID 1169813 – v. all. 3), così come risultante dagli atti di causa depositati nel giudizio di primo grado (v. all. 1 e 2 ricorso), ha ottenuto 19,20 punti per la prova scritta, a cui vanno aggiunti 2,40 punti per effetto della dichiarata illegittimità dei predetti quesiti, derivanti dalla somma di 0,50x4 (valore attribuito per ciascuna risposta esatta moltiplicato per i quattro quesiti di interesse) e 0,10x4 (eliminazione della penalità per risposta errata assegnata all'appellante per i quattro quesiti).

Pertanto, il punteggio di 19,20 è incrementato a **21,60**, con conseguente superamento della soglia di sbarramento di 21/30 prevista per la prova scritta.

Inoltre, il punteggio di 21,60 va aggiunto a quelli ulteriori assegnati all'appellante (all. 3):

45	1169813	MONTAPERTO	VALENTINA	16/03/1985	13,150	19,20	20,00	16,00	68,350	*ammesso con riserva
----	---------	------------	-----------	------------	--------	-------	-------	-------	--------	----------------------

Il punteggio finale dell'appellante è dunque pari a **70,750**.

L'appellante supera agevolmente la soglia di sbarramento concorsuale, collocandosi grazie al suo punteggio complessivo tra le posizioni migliori della graduatoria finale di merito.

L'Ente resistente non ha mai contestato la posizione della Montaperto e anzi, come subito si vedrà, ha sempre confermato quanto appena evidenziato, la decisione impugnata è il frutto di una lettura parziale degli atti di causa quanto alla posizione dell'appellante.

2. ERROR IN IUDICANDO E/O IN PROCEDENDO IN RELAZIONE ALLA DICHIARAZIONE DI INAMMISSIBILITA' DELLA DOMANDA DELLA SIG.RA MONTAPERTO - OMESSA PRONUNCIA E ISTRUTTORIA - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 46, 63 e 64 C.P.A. – CONTESTUALE ISTANZA DI AMMISSIONE DI DOCUMENTAZIONE INDISPENSABILE AI FINI DELLA DECISIONE EX ART. 104, c. 2, C.P.A. IN RAGIONE DELL'ERRONEITÀ E INGIUSTIZIA DELLA PRONUNCIA APPELLATA.

2.1 La decisione impugnata, quanto alla posizione della Montaperto, è figlia di una errata valutazione dei fatti di causa e della violazione delle regole istruttorie del giudizio.

L'errata percezione dei fatti di causa è dovuta innanzitutto alla violazione dell'art. 46, c. 2, c.p.a. per non avere l'Amministrazione resistente ottemperato a un suo dovere processuale, derivazione del più generale principio di lealtà processuale.

L'amministrazione, infatti, *"nel termine di cui al comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio"*.

L'Ente avrebbe dovuto produrre gli atti della prova d'esame dell'appellante e cioè il foglio risposte con le sue correzioni. Tanto sarebbe bastato per valutazioni opposte a quella di

inammissibilità della posizione della Montaperto. Tanto era dovuto ove l'Ente avesse voluto censurare la posizione dell'appellante (di fatto mai avvenuto).

L'istruttoria, pertanto, è viziata, in quanto fondata su un vuoto documentale dell'Amministrazione resistente (e sulla mancanza di contestazioni dell'Ente contro Montaperto) a cui non è stato attribuito alcun peso.

Il giudizio e la decisione impugnata avrebbero dovuto considerare l'omissione dell'Ente, dapprima ordinando l'integrazione degli atti riguardanti l'appellante e poi nella decisione, in mancanza di tale adempimento, dando atto del vuoto difensivo dell'Ente in relazione alla Montaperto, con le conseguenze processuali ex art. 115 c.p.c. (v. motivo sub § 3).

Come immediatamente si vedrà il deposito dei predetti documenti - **indispensabili per la decisione** - avrebbe condotto all'accoglimento della domanda di giudizio della Montaperto.

Si tratta di atti dell'Amministrazione e del procedimento che ha condotto al provvedimento impugnato, pertanto ineludibilmente indispensabili alla decisione, che l'Ente ha il dovere processuale di depositare in forza della succitata regola processuale. La decisione non può prescindere dalla loro verifica.

2.2 L'istruttoria è altresì viziata dalla mancanza totale dell'esercizio dei poteri istruttori affidati al TAR.

In forza degli artt. 63 e 64 c.p.a. la dichiarazione di inammissibilità della Montaperto non avrebbe potuto prescindere da una preventiva valutazione della completezza degli elementi necessari alla decisione, ricordando, peraltro, che *"il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite"*.

L'esercizio pieno dei poteri istruttori affidati al TAR avrebbe consentito di sopperire la violazione del dovere processuale dell'Ente ex art. 46, c. 2, c.p.a.

Nel caso che occupa nel corso del giudizio e con la decisione impugnata il TAR non ha eseguito alcuna indagine, né attivato i poteri istruttori concessi dal codice di rito (*"i quali hanno,*

almeno nel giudizio amministrativo di legittimità a carattere impugnatorio, carattere di tendenziale doverosità”), né valutato il vuoto difensivo - non casuale come detto - dell’Ente in relazione alla posizione dell’appellante.

Ciononostante è stata dichiarata l’inammissibilità della domanda della Montaperto.

La decisione impugnata è, dunque, viziata per una evidente lacuna istruttoria, che ha contribuito in uno alla violazione dei doveri processuali dell’Amministrazione resistente a una decisione ingiusta.

Non si comprende in sostanza perché a fronte di un dubbio istruttorio (non manifestato) il TAR abbia optato per liquidare frettolosamente in rito la Montaperto in luogo della dovuta ricerca, anche mediante richiesta, degli atti che avrebbero confermato quanto già evidenziato nel ricorso.

Né il TAR né l’Amministrazione hanno, infatti, sollevato riserve nel corso del giudizio nei confronti dell’appellante.

2.3 Le censure di cui sopra sorreggono ai sensi dell’art. 104, c. 2, c.p.a. la richiesta di ammissione dei documenti allegati nn. 1 e 2, dal cui esame risulta con assoluta evidenza l’ingiustizia della decisione impugnata.

Si tratta di atti indispensabili che il TAR, nell’ambito dei suoi poteri istruttori, avrebbe dovuto vagliare prima di dichiarare l’inammissibilità e che l’Amministrazione avrebbe dovuto depositare ove avesse voluto contestare la posizione della Montaperto, fatto questo non avvenuto – non a caso – in quanto, come detto, dal loro esame emerge il diritto della Montaperto al maggior punteggio per come già richiesto nel ricorso.

Va quindi ricordato che *“la produzione di nuovi documenti nel processo amministrativo è ammissibile in due ipotesi alternative: i) la loro indispensabilità ai fini della decisione della causa; ii) la impossibilità di produzione nel giudizio di primo grado per causa non imputabile. D’altra parte, “ovvero” è una forma rinforzata della congiunzione disgiuntiva semplice “o”, con lo stesso valore di “oppure”, sicché anche da un punto lessicale, nessun dubbio può sorgere*

sulla corretta esegesi della norma (Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2024, n. 1321). In sostanza, diversamente da quanto previsto dal codice di procedura civile, il codice del processo amministrativo permette l'ingresso nel grado di appello anche di documenti che non siano nuovi in senso stretto, in quanto materialmente sopravvenuti, e anche al di là del caso in cui la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile, purché si tratti di documenti indispensabili ai fini della decisione della causa (Cons. Stato, Sez. VI, n. 9999/2024)” Consiglio di Stato, sez. VI, 28 marzo 2025 n. 2595.

“Osserva il Collegio che i documenti depositati nel presente grado di giudizio dal Ministero non sono tardivi, **trattandosi di atti del procedimento amministrativo che l'amministrazione ha l'obbligo di depositare insieme all'atto impugnato, ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a.** a mente del quale: “L'amministrazione, nel termine di cui al comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio.”. Anche se la difesa erariale nel corso del giudizio di primo grado non si è opposta, alla udienza fissata per la trattazione della domanda cautelare, alla definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, al fine di depositare tutti gli atti del procedimento, **il T.a.r. avrebbe dovuto preliminarmente accertare che tali atti fossero stati tutti depositati, stante la loro rilevanza anche ai fini della ricostruzione per relationem della motivazione del provvedimento finale.** In disparte la mancata verifica in prime cure della completa acquisizione degli atti del procedimento, il deposito deve essere comunque autorizzato nella presente fase di appello trattandosi di atti - e non di documenti – che concorrono a definire l'oggetto e quindi il perimetro del giudizio impugnatorio, in quanto atti presupposti o comunque relativi al provvedimento finale impugnato, che devono pertanto necessariamente essere acquisiti per verificare la legittimità dell'azione amministrativa. In questi termini il primo motivo di appello deve essere accolto” (enfasi aggiunta) Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2024 n. 9672.

“L'art. 104, co. 2, c.p.a. ammette la produzione in appello di documenti nuovi che il collegio ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa **e, per consolidato quanto**

condivisibile indirizzo di questo Consiglio, non solo il provvedimento impugnato, ma anche gli atti del relativo procedimento, quale non può dubitarsi sia quello in questione, per definizione sono da ritenersi indispensabili al giudizio alla luce degli artt. 46, co. 2, e 65, co. 3, c.p.a.” (enfasi aggiunta) Consiglio di Stato, Sez. II, 13 giugno 2024 n. 5306.

2.4 Per il principio del dispositivo e della vicinanza della prova è fondamentale ricordare che la Montaperto ha impugnato specificamente la graduatoria concorsuale che la vedeva esclusa dalla selezione, depositando il provvedimento impugnato e censurando dettagliatamente i quesiti poi effettivamente dichiarati come mal formulati.

I succitati atti di cui è richiesta l'autorizzazione non fanno altro che confermare il diritto della Montaperto al punteggio aggiuntivo, ingiustamente negato dalla decisione impugnata, essi pertanto sono indispensabili per la decisione, trattandosi di atti del procedimento che ha condotto alla formazione della graduatoria e del provvedimento di esclusione impugnati.

In tal senso, il foglio risposte esatte (*infra* – di cui è richiesta l'ammissione in giudizio ai fini della decisione), contrassegnato dal codice 69235, quello dell'appellante (v. all. 1, 2 e 10), conferma che la Montaperto ha diritto per i quesiti nn. 5, 19, 26 e 48 al punteggio aggiuntivo, così come dettagliatamente riferito sub § 1.

Azienda Ospedaliera dei Colli - N. 155 posti di CPS - Infermieri Ctg. D												
Legend:		Incorrect: ■	Partial Credit: ■									
BarCode: 69235						Version: 2						
Punteggio totale												
Overall		19,20 / 30,00										
Responses												
Question	Response	Correct Answer	Points	Question	Response	Correct Answer	Points	Question	Response	Correct Answer	Points	
Test1	C		0,5	Test21	B		0,5	Test41	B		0,5	
Test2	C	A	-0,1	Test22	A		0,5	Test42	A	C	-0,1	
Test3	C		0,5	Test23	C		0,5	Test43	B	C	-0,1	
Test4	B		0,5	Test24	A	B	-0,1	Test44	B		0,5	
Test5	B	C	-0,1	Test25	C		0,5	Test45	B		0,5	
Test6	B		0,5	Test26	B	A	-0,1	Test46	B		0,5	
Test7	C	A	-0,1	Test27	C		0,5	Test47	A		0,5	
Test8	A		0,5	Test28	A	C	-0,1	Test48	C	A	-0,1	
Test9	A	B	-0,1	Test29	B	C	-0,1	Test49	B		0,5	
Test10	A	C	-0,1	Test30	C		0,5	Test50	C		0,5	
Test11	C		0,5	Test31	C		0,5	Test51	C		0,5	
Test12	B	C	-0,1	Test32	C	A	-0,1	Test52	B	C	-0,1	
Test13	B		0,5	Test33	C		0,5	Test53	A		0,5	
Test14	C		0,5	Test34	B		0,5	Test54	B		0,5	
Test15	A	C	-0,1	Test35	B		0,5	Test55	C		0,5	
Test16	B		0,5	Test36	C		0,5	Test56	B		0,5	
Test17	B		0,5	Test37	C	A	-0,1	Test57	A		0,5	
Test18	B		0,5	Test38	A		0,5	Test58	B		0,5	
Test19	B	C	-0,1	Test39	A		0,5	Test59	B		0,5	
Test20	B		0,5	Test40	B		0,5	Test60	B		0,5	

Il dato è dirimente.

Il mancato deposito del foglio risposte dell'appellante è un chiaro segno della volontà dell'Amministrazione di non contestare la posizione della Montaperto, a cui, dunque, deve essere conferito il significato proprio stabilito dagli artt. 115 c.p.c. e 64, c. 2, c.p.a. o, in alternativa, della volontà dell'Ente di violare apertamente la regola processuale stabilita dall'art. 46, c. 2, c.p.a., creando una lacuna nella valutazione propria del giudizio.

In entrambi i casi il TAR non ha interpretato correttamente la posizione di Montaperto e pur non avendo manifestato dubbi istruttori ha sancito ingiustamente l'inammissibilità della domanda dell'appellante.

3. ERROR IN IUDICANDO IN RELAZIONE ALLA DICHIARAZIONE DI INAMMISSIBILITA' DELLA DOMANDA DELLA SIG.RA MONTAPERTO - OMESSA PRONUNCIA E MOTIVAZIONE APPARENTE - ERRONEA PERCEZIONE DEI FATTI - VIOLAZIONE DELL'ART. 115 C.P.C. E ART. 64 C.P.A.

3.1 Secondo la sentenza impugnata *"inammissibile è anche la domanda dei signori Caterina Concilio, Mario Di Vaia, Roberta Russo e Valentina Montaperto; la documentazione depositata a essi relativa non consente infatti di eseguire la "prova di resistenza"; (...); per la signora Montaperto non è stata depositata alcuna documentazione sulla prova sostenuta"* (enfasi aggiunta).

Tanto è bastato al TAR per liquidare frettolosamente la domanda di giudizio dell'appellante, dichiarandone l'inammissibilità.

Il TAR non è entrato nello specifico, omettendo di considerare elementi essenziali in atti, che – come si vedrà – avrebbero condotto a valutazioni diametralmente opposte.

Va evidenziato, infatti, che nel corso del giudizio l'Amministrazione non ha mai contestato sulla base dei documenti in suo possesso l'interesse e la legittimazione a ricorrere dell'appellante.

A tal proposito, è noto il principio stabilito dall'art. 115 c.p.c. secondo cui devono considerarsi come non contestati – e quindi provati – i fatti esplicitamente o implicitamente ammessi e i fatti sui quali il convenuto ha mantenuto il silenzio.

L'Ente nel caso che occupa non ha contestato la posizione dell'appellante, mantenendo un significativo silenzio.

3.2 Ebbene, sin dalle primissime fasi del giudizio innanzi al TAR, l'Ente avrebbe potuto e dovuto specificamente censurare l'interesse e la legittimazione a ricorrere dell'appellante, controdeducendo i quesiti impugnati **anche** per la Montaperto.

Va ricordato che i quesiti in parola ammettevano più risposte esatte, fatto questo coperto da giudicato e non contestato (T.A.R. Napoli n. 6268 del 15 novembre 2023, oltretutto confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 5053 del 5 giugno 2024, Consiglio di Stato, Sez. III, 20 febbraio 2024, n. 1694 nonché dalla sentenza del T.A.R. Napoli n. 5183 del 2 ottobre 2024).

È dunque un dato accertato nel giudizio, perché su di esso è maturato uno specifico silenzio dell'Ente, che la ricorrente aveva nei quesiti proposti e impugnati dato proprio le risposte esatte, per come accertato nelle richiamate decisioni.

Per effetto del noto principio procedurale sopra richiamato, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., è esplicitamente provato che la Montaperto ha superato la prova di resistenza, in quanto al suo punteggio di base per la prova pratica (**19,20**) va sommato quello integrativo (**di 2,40**) derivante dall'illegittimità dichiarata dei quesiti nn. 5, 19, 26 e 48.

In tal senso, l'Ente nemmeno ha tentato di impedire alla Montaperto di accedere alla tutela cautelare.

3.3 È noto a questa difesa che al principio di non contestazione corrisponde l'onere di chi allega un fatto di dimostrarlo. Nel caso che occupa tale onere è stato integralmente assolto dall'appellante, in quanto le censure spiegate in ricorso si estendono anche alla Montaperto, la cui posizione è speculare a quella degli altri ricorrenti.

3.4 La sentenza appellata ha omesso del tutto di considerare le suesposte evidenze, incorrendo in una violazione dell'art. 115 c.p.c., che ha determinato una decisione ingiusta nei confronti dell'appellante.

In altri termini, le valutazioni di cui sopra e, dunque, le conclusioni raggiunte dal TAR nel provvedimento impugnato, sono incompatibili con il silenzio difensivo dell'Amministrazione resistente, il TAR non ha svolto alcuna indagine su tali profili.

4. ERROR IN PROCEDENDO IN RELAZIONE ALLA DICHIARAZIONE DI INAMMISSIBILITA' DELLA DOMANDA DELLA SIG.RA MONTAPERTO – VIZIO DI EXTRAPETIZIONE, VIOLAZIONE DELL'ART. 112 C.P.C.

La decisione impugnata va censurata anche per vizio di extrapetizione.

La infondata statuizione di inammissibilità del ricorso di prime cure nei confronti dell'appellante è stata resa in mancanza di una richiesta dell'Amministrazione resistente, che, anzi, lo ha ritenuto perfettamente ammissibile.

Il TAR infatti ha dichiarato l'inammissibilità della domanda dell'appellante, senza alcuna anticipazione di tale pronuncia in rito e pur avendo l'AO dei Colli ammesso alla prova di resistenza la Montaperto.

L'Ente non ha mai censurato l'impossibilità di eseguire la prova di resistenza per Montaperto né la sua inammissibilità.

È evidente, dunque, che la pronuncia impugnata è andata oltre la domanda dell'Amministrazione, che, anzi, si è attestata su profili ben diversi e cioè di mancata contestazione nel merito delle risposte specificatamente fornite dall'appellante.

L'Amministrazione non ha mai censurato la posizione della Montaperto, proprio perché consapevole del diritto dell'appellante al maggior punteggio.

Sulla sospensiva

1. La sussistenza del *fumus boni iuris* emerge dai motivi di diritto e la sua evidenza legittimerebbe già di per sé la sospensione del provvedimento impugnato.

Quanto al *periculum in mora* va immediatamente ricordato che l'appellante non è mero idoneo di concorso ma vincitore di uno dei 155 posti riservati dall'Amministrazione resistente per l'assunzione presso di essa.

La Montaperto si è, infatti, collocata al 45° posto della graduatoria finale di merito, posizione questa che non tiene conto del punteggio relativo alla prova scritta, illegittimamente sottrattogli per effetto delle domande impugnate (nn. 5, 19, 26 e 48), da cui deriva l'attribuzione al suo punteggio di 2,40 punti aggiuntivi, con conseguente miglioramento della sua posizione in graduatoria.

È evidente, dunque, che dalla mancata sospensione del provvedimento impugnato deriverà lo scorrimento della graduatoria, la cristallizzazione delle assunzioni dei n. 155 soggetti idonei vincitori e, quindi, l'impossibilità dell'appellante di ambire all'assunzione diretta presso l'AO dei Colli.

In tal senso, va ricordato che il bando concorsuale stabilisce che “*Saranno dichiarati vincitori, nei limiti dei posti complessivamente messi a concorso, i candidati utilmente collocati nella graduatoria di merito*” (pag. 7). Pertanto, dall'erosione dei 155 posti a concorso deriverà il concreto rischio per l'appellante di non essere assunta presso l'AO dei Colli nelle more della decisione della causa.

2. Nel caso che occupa non tutti i 155 posti di concorso riservati all'AO dei Colli sono stati assorbiti dall'Ente resistente (all. 7). Pertanto, dalla sospensione della decisione impugnata, limitatamente ai profili di interesse, e dal **congelamento di un solo posto** riservato all'appellante, vincitore di concorso, non deriverebbe alcun effetto negativo per l'Amministrazione né per gli altri eventuali controinteressati.

“*Considerato che, sotto il profilo del periculum, la valutazione comparativa degli interessi coinvolti conduca a ritenere prevalente, nelle more, quello dei candidati esclusi rispetto a quelli delle Amministrazioni appellate e dei controinteressati, tenuto conto che, secondo quanto dichiarato dagli appellanti, “rimangono circa 374 posti vacanti e disponibili per ispettori tecnici”.*”

non essendo stata completata la procedura di assunzione di tutti i vincitori" (enfasi aggiunta – Consiglio di Stato, Sez. III, Ordinanza n. 4857 del 20.12.24).

3. Inoltre, senza alcuna rinuncia, pur non considerando per *fictio iuris* l'aspirazione dell'appellante all'assunzione diretta presso l'AO dei Colli, va segnalato che altri Enti hanno attinto dalla graduatoria dell'Amministrazione resistente e che la capacità assunzionale di questi è pressoché erosa, ne deriva l'ulteriore e grave rischio di perdita definitiva dell'appellante della possibilità di essere assunta pur essendo risultata idonea vincitrice (all. 8 e 9).

Peraltro, l'assunzione presso altri Enti è del tutto eventuale, in quanto limitata dalla volontà di questi ultimi.

4. Va, infine, evidenziato che le aspirazioni dell'appellante sono ulteriormente frustrate dalla durata temporale limitata della graduatoria finale di merito, la cui validità residua già parzialmente erosa sarà definitivamente consumata dalla durata del procedimento che occupa, con il rischio, dunque, dell'appellante di perdita di ogni residuale possibilità di assunzione. Anche in questo caso va ricordato che il Bando di concorso stabilisce che la graduatoria rimarrà efficace per trentasei mesi ed entro tale termine potrà essere utilizzata per la copertura di posti riservati al profilo professionale a concorso ai sensi della vigente normativa.

Quanto all'ultimo profilo evidenziato, l'Amministrazione resistente non ha chiarito se la validità della graduatoria è a far data dalla sua prima pubblicazione, avvenuta il 16 novembre 2023, o dalla sua seconda pubblicazione, avvenuta il 7 marzo 2024, nel primo caso la sua validità residuale non coprirebbe sicuramente la durata del presente procedimento o, comunque, la sua validità residua risulterebbe del tutto insufficiente a garantire gli interessi e i diritti dell'appellante.

5. È fondamentale, quindi, un provvedimento di sospensione della sentenza appellata, che garantisca nelle more del presente giudizio il congelamento del posto riservato all'appellante e la sua futura assunzione presso l'AO dei Colli.

ISTANZA DI NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI PROCLAMI

Si chiede di essere autorizzati alla notifica del presente appello secondo le modalità già fatte proprie dal Giudice di primo grado con Ordinanza n. 19 del 10 gennaio 2024.

Stante, infatti, l'elevato numero di controinteressati, in quanto la graduatoria concorsuale comprende n. 652 soggetti (tra idonei vincitori e non), e considerata l'instabilità di tale atto, *medio tempore* modificato per effetto dei soggetti rinunciatari e già assunti, che aumenta la difficoltà di individuazione degli effettivi e definitivi controinteressati, sarebbe particolarmente difficile e onerosa per l'appellante la notifica nelle forme ordinarie.

Va aggiunto che sussiste una oggettiva impossibilità di reperire le informazioni dei controinteressati necessarie alla notifica ordinaria del presente atto.

Ove si considerassero ai fini della notifica i soli idonei vincitori, pari a 155, le difficoltà sarebbero le stesse sopra evidenziate per la notifica dell'appello nei confronti di tutti gli idonei, in quanto anche nel caso degli idonei vincitori di concorso non si ha alcuna notizia del numero esatto di soggetti assorbiti dall'AO dei Colli, né di quelli rinunciatari e di quelli che nelle more hanno assunto altri ruoli. Pertanto, non è possibile individuare con certezza gli effettivi controinteressati.

Si chiede, dunque, di essere autorizzati, ove ritenuto necessario dall'Ecc.mo Giudice adito, al fine di assicurare i diritti di eventuali controinteressati, alla notificazione per pubblici proclami.

P.Q.M.

Si conclude affinché l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito voglia in accoglimento del presente appello, riformare integralmente, previa sospensione, la sentenza appellata e, per l'effetto, accogliere il ricorso e i motivi aggiunti proposti in primo grado, con conseguente annullamento degli atti impugnati e immissione nel servizio/posto di lavoro presso l'AO dei Colli dell'appellante in qualità di vincitore di concorso con il punteggio totale finale di **70,75**.

Con ogni ulteriore conseguenza di legge e con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa e con refusione del contributo unificato quale accessorio di legge.

Si dichiara che il presente ricorso è soggetto al versamento del contributo unificato nella misura di € 325,00.

Sorrento, 8 maggio 2025

Avv. Ferdinando Pinto

Firmato digitalmente da

Ferdinando Pinto

CN = Ferdinando Pinto

C = IT