

CONCORSI PUBBLICI: Bando di concorso – Annullabilità del provvedimento – Principio di proporzionalità – Emergenza Covid 19.

Tar Friuli Venezia Giulia - Trieste, Sez. I, 1 dicembre 2020, n. 415

- in *Studium iuris*, 4, 2021, pag. 524, con commento di Stefano Augusto, *Illegittima l'esclusione da un concorso pubblico di un candidato con temperatura corporea superiore a 37,5 gradi*

“[...] ritiene il Collegio che sia stata surrettiziamente introdotta e applicata una causa di esclusione dalla selezione pubblica, che, oltre a non trovare legittimazione in alcuna disposizione di legge o altra norma di carattere sovraordinato cd. “emergenziali” (ovvero dettate per contenere il diffondersi del virus da Covid 19), non è in alcun modo prevista dalla lex specialis che disciplina la selezione stessa [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trieste;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, che dispone che *“le disposizioni dei periodi quarto e seguenti del comma 1 dell'articolo 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge 25 giugno 2020, n. 70, si applicano altresì alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e dei tribunali amministrativi regionali che si svolgono dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021...”*;

Relatore nella camera di consiglio telematica del giorno 11 novembre 2020 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che la ricorrente, ammessa con riserva alle prove della selezione pubblica per soli esami per la copertura di 12 posti a tempo pieno e indeterminato di Istruttore Educativo (Scuole dell'Infanzia) cat. C, bandita dal Comune di Trieste, giunta quanto disposto all'art. 6, comma 1, dell'Avviso approvato con determinazione del Dirigente del Servizio Risorse Umane n. 2689 in data 4 ottobre 2019 (*“Tutti i candidati sono ammessi con riserva alle prove. L'accertamento dei requisiti, sulla base delle sole dichiarazioni rese, verrà effettuato, di norma, per tutti i candidati inseriti nella graduatoria finale”*), contesta la legittimità, invocandone l'annullamento, previa sospensione cautelare, anche in via interinale e provvisoria *inaudita altera parte*, dell'atto in data 26

agosto 2020 a firma del presidente della Commissione di selezione, consegnatole a mani nella stessa data, con cui è stata “*allontanata dal PalaTrieste, dove ha luogo la prova scritta, ed esclusa dalla selezione pubblica... in quanto è stata rilevata una temperatura superiore ai 37,5 gradi...*”;

Considerato che affida la domanda azionata ai seguenti motivi di diritto:

1. “*Violazione art. 3, comma 3, D.P.R. 9.5.1994 n. 487. Violazione dell’art. 28 Regolamento Comunale sulle assunzioni. Incompetenza. Eccesso di potere*”, con cui deduce che l’esclusione dalla selezione è stata disposta da soggetto privo della competenza a farlo e, in ogni caso, comunicata con modalità difformi da quelle previste dall’avviso di selezione;

2. “*Violazione artt. 5, 6 ed 8 legge n. 300 del 1970. Violazione art. 10 Regolamento comunale sul reclutamento del personale*”, con cui deduce sostanzialmente che la misurazione della temperatura, effettuata verosimilmente da dipendenti del Comune di Trieste (se non addirittura dal personale incaricato da un’impresa esterna) e non da personale medico di enti pubblici o di enti di diritto pubblico, né, tanto meno, dal medico competente nominato ai sensi degli artt. 38 e seguenti d. lgs. n. 81 del 2008, è stata effettuata in violazione dei presidi di garanzia stabiliti dalle norme in rubrica;

3. “*Violazione degli artt. 4, 5 e 6 dell’avviso di selezione. Violazione art. 2, comma 2, d.P.R. 9.5.1994 n. 487. Violazione artt. 248 e 249 d.l.19.5.2020 n. 34. Violazione art. 22 l. 17.2.1992 n. 39. Eccesso di potere*”, con cui deduce, in estrema sintesi, che la *lex specialis* non subordinava in alcun modo la partecipazione alla selezione al riscontro di una temperatura corporea inferiore a 37,5°, né tanto meno legittimava l’esclusione *tout court* dei candidati che, in occasione delle prove, fossero risultati non in linea con tale parametro, senza trascurare, in ogni caso, di rilevare l’incommensurabile sproporzione fra la valenza diagnostica indiretta ed ipotetica della temperatura corporea e la limitatezza temporale del rischio, da un lato e la definitiva lesione del diritto individuale al lavoro derivante dall’esclusione dalla selezione, dall’altro lato, sproporzione inammissibile anche in ragione del principio del *favor participationis* alle selezioni pubbliche;

4. “*Violazione art. 35, commi 1 e 3 D.Lgs. n. 165/2001. Violazione art. 1 D.P.R. 9.5.1994 n. 487. Mancata adozione di un sistema affidabile di misurazione della temperatura corporea*”, con cui deduce che, nel caso di specie, la procedura di rilevazione della temperatura adottata dalla commissione non ha rispettato, sotto plurimi profili, i requisiti di trasparenza, oggettività ed imparzialità, sì da minare gravemente l’affidabilità del relativo esito;

5. “*Violazione art. 55 nonies d. lgs. n. 165 del 2001. Mancata esibizione cartellini identificativi*”, con cui deduce che la violazione della norma in rubrica in quanto la persona che ha misurato la temperatura alla ricorrente non mostrava alcun cartellino;

Considerato che il Comune di Trieste si è costituito per resistere al ricorso, eccependone, in via preliminare, l'inammissibilità per omessa impugnazione del Protocollo operativo concorsi approvato dal Servizio Prevenzione (det. 2563/2020) e/o del protocollo, approvato con D.G. 198 dd. 4/6/2020, per la progressiva ripresa delle attività lavorative in presenza al Comune di Trieste (n.d.r. sul punto la difesa del Comune non è molto chiara. Anzi, il senso letterale delle parole usate parrebbe lasciare intendere che ad essere impugnato avrebbe dovuto essere quest'ultimo);

Considerato che ne ha, poi, comunque contestato la fondatezza e concluso per il suo rigetto e per quello della preliminare istanza incidentale di sospensione cautelare avanzata dalla ricorrente;

Considerato che il Presidente di questo Tribunale, con decreto n. 86 in data 26 ottobre 2020, ha denegato alla ricorrente le misure cautelari monocratiche invocate;

Considerato che, con successiva ulteriore memoria, il Comune ha svolto ulteriori argomentazioni a difesa dell'attività amministrativa posta in essere;

Considerato che l'affare è stato chiamato all'odierna udienza camerale, celebrata in via telematica come assentito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, mediante utilizzo della piattaforma *Microsoft Teams*, e discusso da remoto, come richiesto dalle parti ex art. 4, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, applicabile alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio che si svolgono dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021, in forza di quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Considerato che è stato, quindi, introitato per essere deciso;

Ritenuto, in primo luogo, che sussistono i presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del c.p.a.;

Ritenuto, inoltre, che la causa è matura per la decisione in base agli atti di difesa sin qui dimessi e che le questioni che vengono in rilievo richiedono una pronta soluzione, di da poter essere sussumibili nelle ipotesi di cui all'art. 74, comma 1, c.p.a., cui il citato art. 60 inevitabilmente rinvia;

Ritenuto, altresì, che, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020 nel periodo dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021 “... *gli affari in trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso*”, fermo restando che, nel caso specifico, le parti, presenti da remoto, sono state comunque rese edotte dell'intenzione del Tribunale di definire il giudizio con sentenza resa in forma semplificata;

Ritenuto che va, innanzitutto, disattesa l'eccezione preliminare di rito sollevata dalla difesa del Comune;

Ritenuto, infatti, pacifico che il *"Protocollo operativo per prevenire il contagio da Covid-19 per i concorsi pubblici"* a firma del Dirigente del Servizio Prevenzione e Protezione sui luoghi di lavoro in data 21/8/2020, pubblicato sul sito internet del Comune di Trieste nella sezione *"Bandi e Concorsi, Concorsi non conclusi"* a partire dal 24/8/2020 (all. 10 e 11 fascicolo doc. Comune di Trieste in data 26/10/2020), di cui la difesa dell'ente civico lamenta la mancata impugnazione:

- non costituisce integrazione della *lex specialis* (anche perché non lo avrebbe potuto fare provenendo da soggetto non investito dei poteri necessari ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 107, 109 e 110 d.lgs. 18/08/2000, n. 267, 24 e ss. CCRL area della dirigenza del personale del comparto unico in data 29 febbraio 2008 e 40 e ss. CCRL comparto unico - non dirigenti in data 7 dicembre 2006 ovvero da soggetto che, in alcun modo, aveva competenza ad incidere, modificandola, sulla disciplina della procedura selettiva di che trattasi);

- non prevede, in ogni caso, che il superamento del limite di temperatura corporea stabilito costituisca causa di definitiva esclusione dalla procedura selettiva, ma unicamente che vale a precludere l'accesso alla struttura individuata quale sede d'esame (n.d.r. la piana lettura del Protocollo in questione rende *ictu oculi* evidente che le disposizioni dettate riguardano, per l'appunto, le cautele da adottare per la gestione della *"problematica COVID"* presso la struttura deputata ad ospitare le prove al momento dell'accesso e di effettuazione delle preliminari operazioni di identificazione dei candidati, durante lo svolgimento delle prove e a conclusione delle stesse e deflusso dei candidati);

- non è, comunque, richiamato nell'atto impugnato a suo supporto motivazionale, né è fatto altrimenti constare che quest'ultimo sia stato adottato in sua attuazione;

Ritenuto che analogamente è a dirsi anche riguardo al *"Protocollo per la progressiva ripresa delle attività lavorative in presenza – Fase 2 Covid"*, adottato con deliberazione della Giunta comunale n. 198 del 4 giugno 2020 (all. 16 e 17 fascicolo doc. Comune di Trieste in data 26/10/2020), dato che ad escluderne la diretta incidenza lesiva sulla posizione soggettiva dei singoli candidati partecipanti alla selezione di che trattasi (e, conseguentemente, l'obbligo di impugnazione, pena l'inammissibilità del ricorso) basta di per sé la considerazione che tale protocollo ha tutt'altro ambito di applicazione, dato che, per suo espresso disposto, si *"propone di definire le misure organizzative per la graduale ripresa dell'attività lavorativa in presenza, anche per i servizi non indifferibili o non complementari alla gestione dell'emergenza, così come disciplinati dalla citata deliberazione giuntale n° 122/2020 e s.m.i."* ovvero *"... trova applicazione in tutti i Dipartimenti e*

per le lavorazioni <tipo ufficio>...”, coerentemente, dunque, con il “Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid – 19” in data 14 marzo 2020, come modificato e integrato in data 24 aprile 2020, costituente all. 12 al d.P.C.M. 17 maggio 2020, pubblicato sulla G.U. della Repubblica Italiana in data 17/5/2020, serie generale n 126. In nessun modo, riguarda, infatti, la speciale disciplina selettiva che qui viene in rilievo;

Ritenuto che, nel merito, il ricorso merita di essere accolto per le ragioni e considerazioni di seguito esplicitate;

Ritenuto, invero, che - in disparte il difetto di competenza (denunciato con il primo motivo di gravame), che affligge pacificamente l’atto impugnato, dato che l’avviso di selezione e il Regolamento sulla disciplina delle selezioni e delle altre procedure di assunzione del Comune di Trieste, cui il primo si è conformato (vedi art. 13 dell’avviso di selezione) riservano la prerogativa di disporre la motivata esclusione dei candidati dalla selezione al (solo) Responsabile di Posizione organizzativa Gestione del Fabbisogno del Personale, precisando, peraltro, che la comunicazione del provvedimento con cui la stessa viene disposta viene effettuata *“all’indirizzo indicato nella domanda d’ammissione tramite lettera raccomandata AR ovvero all’indirizzo di posta elettronica certificata, qualora indicato”* (vedi art. 6 Avviso selezione) - paiono dirimenti le censure sviluppate dalla ricorrente nel terzo e nel quarto motivo di impugnazione;

Ritenuto, infatti, che - al di là dell’apoditticità delle controdeduzioni difensive svolte dal Comune, che, peraltro, non affrontano nemmeno tutte le censure svolte dalla ricorrente, sì da rendere applicabile, occorrendo, il disposto di cui all’art. 64, comma 2, c.p.a. (*“... il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”*), e a dispetto di quanto dal medesimo reiteratamente affermato in questa sede - ritiene il Collegio che sia stata surrettiziamente introdotta e applicata una causa di esclusione dalla selezione pubblica, che, oltre a non trovare legittimazione in alcuna disposizione di legge o altra norma di carattere sovraordinato cd. *“emergenziali”* (ovvero dettate per contenere il diffondersi del virus da Covid 19), non è in alcun modo prevista dalla *lex specialis* che disciplina la selezione stessa;

Ritenuto che in giurisprudenza è stato, però, condivisibilmente e ripetutamente affermato che:

- *“il bando costituisce la lex specialis del pubblico concorso, da interpretare in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l’operato dell’amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità: e ciò in forza sia dei principi dell’affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, la quale sarebbe per certo pregiudicata ove si consentisse la modifica delle*

regole di gara cristallizzate nella lex specialis medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente auto vincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva. Di conseguenza, le clausole del bando di concorso per l'accesso al pubblico impiego non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in funzione integrativa” (ex multis Consiglio di Stato, Sez. VI, 19.2.2019 n. 1148, Cons. Stato 6.3.2018 n. 1447; Consiglio di Stato, sez. V, n. 2709/2014 e n. 1969/2013 e sez. VI n. 2489/2011; TRGA Trento, sez. unica, n. 174/2018);

- “nei concorsi pubblici la lex specialis vincola non solo i concorrenti, ma in primis la stessa P.A., che non dispone di alcuna discrezionalità nella sua concreta attuazione. Le regole stabilite nel bando vincolano quindi rigidamente l’operato dell’Amministrazione, nel senso che essa deve limitarsi alla loro applicazione senza che residui in capo all’organo competente alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione ed attuazione e ciò in forza sia del principio di tutela della par condicio dei concorrenti, che sarebbe pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di selezione delle offerte cristallizzate nella lex specialis, sia del principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui l’Amministrazione si è originariamente autovincolata nell’esercizio di potestà connesse alla conduzione della procedura di selezione (sul punto, ex multis, Cons. St., sez. IV, 29 novembre 2002, n. 6530)” (C.d.S., sez. III, 27 giugno 2018, n. 3952);

- “è principio generale, a più riprese predicato...”, quello secondo il quale “il bando integra la lex specialis della selezione evidenziale ed esso resta insensibile persino alle sopravvenienze normative”, con la conseguenza che “l’Amministrazione procedente, ove ritenga che lo stesso sia affetto da errori, lacune, ovvero necessiti di essere integrato, non può procedere a modificarlo, ma deve semmai ritirarlo in autotutela e procedere all’emissione di un nuovo bando, emendato dalle <lacune> riscontrate” e “ciò anche in ossequio alla tutela dell’affidamento – principio di diretta derivazione anche europea - sulle prescrizioni del medesimo riposto da coloro che allo stesso hanno partecipato”. “I corollari di tale principio sono stati a più riprese affermati dalla giurisprudenza, sia con riferimento alla materia dei pubblici concorsi per il reclutamento del personale (ex multis Consiglio di Stato sez. VI 29 luglio 2008 n. 3779 <è onere dell'amministrazione che intenda restringere la cerchia dei candidati che possono partecipare ad un concorso a posti di pubblico impiego indicare già nel bando di concorso in maniera univoca e tassativa i requisiti di ammissione, mentre le è inibito procedere all'integrazione <ex post> dei predetti requisiti>), sia con riferimento alle gare (Consiglio di Stato sez. III 13 gennaio 2014 n. 98: <devono ritenersi illegittime le note con cui la stazione appaltante, rispondendo a quesiti, introduce, ad integrazione del bando di gara, ulteriori requisiti per la partecipazione ad una gara

di appalto, atteso che le stesse travalicano la lex specialis di gara, che deve essere osservata integralmente dalla stessa Stazione appaltante e non può essere da quest'ultima disapplicata, se non previa modificazione nelle forme con le quali è stata adottata>)" (C.d.S., sez. IV, 6 aprile 2017, n. 1607);

Ritenuto, in ogni caso, pacifico che l'esclusione dalla procedura selettiva disposta a danno della ricorrente non trova, in alcun modo, copertura legittimante nella *lex specialis*, essendo evidente che a tale scopo non possono assolutamente assolvere né i Protocolli dianzi indicati, né, tanto meno, l'atto recante *"Comunicazioni importanti per i candidati per l'effettuazione della prova selettiva scritta del 26 agosto 2020 – ore 9 presso il Palatrieste (Palarubini Allianz Dome) - via Flavia n. 3 – Trieste"* in data 12 agosto 2020 (all. 7 fascicolo doc. Comune in data 26/10/2020);

Ritenuto, con specifico riguardo a tale ultimo atto che, in disparte il fatto che il Comune non offre evidenza della forma di pubblicità che ne ha assicurato, lo stesso avrebbe dovuto, comunque, soggiacere alla pubblicità prevista dall'art. 22 del Regolamento sulla disciplina delle selezioni già più volte citato ovvero essere affisso all'Albo Pretorio del Comune *"per la durata di trenta giorni"* e venire, contemporaneamente, pubblicizzato sul sito internet istituzionale, e ciò anche a voler trascurare l'esigenza di darne sintetico avviso sulla Gazzetta Ufficiale - IV Serie Speciale - Concorsi ed Esami e/o nel B.U.R. (Cd.S. n. 227/2016), come – pare evidente - sarebbe stato necessario per una modifica così rilevante della disciplina concorsuale (ovvero per incidere sostanzialmente sui requisiti di ammissione). Pare, invero, mutuabile anche nel caso di che trattasi il principio affermato da epoca risalente in giurisprudenza ovvero che *"la pubblicazione nell'albo di un comune di delibere con le quali si modifica la precedente disciplina prevista in un bando di concorso interno, costituisce la forma ufficiale e legale per portare a conoscenza degli interessati le modifiche intervenute"* (Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2008, n. 638; id, 15 gennaio 1990, n. 32). Analogamente a quanto affermato con riguardo alle procedure di gara ove *"è costante insegnamento giurisprudenziale quello per il quale non è consentito introdurre surrettiziamente, attraverso i chiarimenti, modifiche della lex specialis di gara (cfr. T.A.R. Marche, Sez. I, 26 ottobre 2012, n. 684)"*, essendo chiara regola quella *"che impone di modificare o integrare la lex specialis unicamente attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916; T.A.R. Veneto, Sez. III, 26 luglio 2016, n. 898; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 248; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 8 marzo 2006, n. 528)"* (Tar Veneto, Sez. I, 12 ottobre 2018, n. 940);

Ritenuto che, per plurime ragioni, risultano, conseguentemente, condivisibili le deduzioni della ricorrente, ove - dopo avere evidenziato che il principio che impone all'Amministrazione di dare

rigorosa attuazione alle disposizioni contenute nella *lex specialis*, senza alcun margine di discrezionalità, “trova diretto riconoscimento normativo all’art. 3, commi 2 e 3, del d.P.R. 9.5.1994, n. 487 laddove si dispone che nel bando sono indicati <i requisiti soggettivi generali e particolari richiesti per l’ammissione all’impiego> e che l’amministrazione interessata dispone, con provvedimento motivato, l’esclusione dal concorso <per difetto dei requisiti prescritti>” - richiama l’attenzione sul fatto che “... il bando di concorso non prevede alcun altro requisito fisico oltre alla vista, né richiede che il candidato presenti alle prove una temperatura corporea uguale od inferiore a 37,5°” e conclude affermando che “è quindi assolutamente precluso all’amministrazione resistente escludere un candidato per l’assenza di tale requisito, in quanto non richiesto dal bando”;

Ritenuto, peraltro, che, contrariamente a quanto opinato dal Comune, la situazione occorsa non è in alcun modo paragonabile né a quella che si verifica quando il candidato si presenta alle prove sprovisto di idoneo documento identificativo (ipotesi, peraltro, espressamente normata dalla *lex specialis* che, all’art. 8, stabilisce, per l’appunto, che “i candidati invitati a partecipare alle prove sono tenuti a presentarsi, nel luogo, giorno e ora di convocazione, muniti di valido documento di riconoscimento”, lasciando intuire possibili conseguenze pregiudizievoli per lo meno per coloro che non possono essere altrimenti identificati), né, tanto meno, a quella del candidato che non si presenta affatto alle prove (del pari normata dalla *lex specialis* al successivo art. 9, con la previsione di una comminatoria espressa di esclusione: “La prova, alla quale... è obbligatorio partecipare a pena di esclusione, ...”) e ciò a prescindere dal motivo per cui si è determinato in tal senso, assumendo, in tali ipotesi, dirimente rilievo la condotta del candidato, diversamente da quanto accade nel caso di specie ove la partecipazione alle prove d’esame e l’esclusione dalla procedura selettiva è ascrivibile unicamente a una decisione dell’Amministrazione, che, come già evidenziato e come ancora si evidenzierà, è illegittima sotto plurimi profili (T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 24 marzo 2011, n. 128);

Ritenuto, infatti, che la decisione assunta non può ritenersi in alcun modo giustificata nemmeno dalle cautele imposte dalla straordinarietà dell’emergenza pandemica in atto, atteso che il diritto a partecipare alla selezione di che trattasi da parte dell’interessata, in quanto funzionale alla soddisfazione del diritto al lavoro, non può essere svilito al punto da essere trattato alla stregua della momentanea interdizione ad accedere a una struttura commerciale o balneare, decretato sulla scorta dell’esito dell’estemporanea misurazione della temperatura corporea effettuata da personale non sanitario, privo di specifica formazione, posto per l’appunto a presidiarne l’ingresso;

Ritenuto che l'allontanamento dal luogo di esame e la contestuale (definitiva) esclusione dalla selezione non può, in alcun modo, essere paragonata nemmeno al diniego di accesso ai luoghi di lavoro per analoghe ragioni (ovvero laddove la temperatura corporea superiore ai 37,5° è ritenuta possibile sintomo di COVID 19 in atto), essendo intuibile che passa una abissale differenza tra il (mero) non poter svolgere la propria attività lavorativa nel luogo a ciò normalmente deputato e l'essere definitivamente privato della *chance* di ottenere un lavoro confacente alla propria formazione e preparazione;

Ritenuto che quanto qui da ultimo evidenziato vale, peraltro, di per sé ad appalesare la grave sproporzione che affligge la decisione assunta, in quanto l'irreparabile pregiudizio arrecato alla sua destinataria (ovvero il sacrificio del suo diritto al lavoro), tra l'altro sulla scorta del solo esito della misurazione della temperatura corporea, non assistito, come già evidenziato, da idonee garanzie di certezza, correttezza e definitività, non trova giustificazione nel fine di massima precauzione perseguito per esigenze di tutela della salute collettiva (art. 32 Cost.) e sui luoghi di lavoro (art. 2087 cod. civ.);

Ritenuto che è, tuttavia, noto che *“il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi. Date tali premesse, la proporzionalità non deve essere considerata come un canone rigido ed immodificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa ed, in ultima analisi, la rispondenza della stessa alla razionalità ed alla legalità. In definitiva, il principio di proporzionalità va inteso <nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale> (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2015 n. 284)”* (Cons. Stato, sez. IV, sentenza 26 febbraio 2015, n. 964);

Ritenuto, in ogni caso, che - oltre a non esservi alcuna evidenza sulle caratteristiche della strumentazione a tal fine utilizzata, quali, ad esempio, campo di misura, risoluzione, precisione di base, distanza di misura, tempo di risposta, temperatura di funzionamento, temperatura di stoccaggio, umidità, sistema di alimentazione, etc., atteso che anche in questa sede la difesa del Comune si è limitata solo a rappresentare di avere utilizzato un termometro a raggi infrarossi, il

cui *“meccanismo di funzionamento si basa sulle proprietà dei corpi di emettere raggi infrarossi (che vengono rilevati dallo strumento). Grazie a ciò, il principale vantaggio è la rapidità di esecuzione della misurazione (secondi) e soprattutto la possibilità di utilizzare tale strumento senza contatto fisico con il paziente (evitando così la necessità di disinfettare il termometro per utilizzarlo su un successivo soggetto”* (vedi memoria in data 7 novembre 2020, pagg. 4 e 5) – quanto alla formazione del personale deputato alla rilevazione è la stessa difesa dell’ente civico a renderne evidente, con disarmante ingenuità, l’assoluta inadeguatezza, laddove porta a conoscenza che il personale in questione *“è stato preventivamente formato giorni prima del concorso, ed in particolare il 19 agosto 2020 si è tenuto un incontro, nel quale sono state ricordate le caratteristiche e le modalità di utilizzo del termoscanner, ovvero la corretta calibrazione e l’esecuzione della misura secondo le indicazioni del produttore, riportate sul libretto di istruzioni. L’incontro ha, inoltre, previsto numerose prove pratiche di utilizzo da parte delle persone designate alla misura, fintanto che tali persone erano in grado di utilizzare il termoscanner in completa autonomia. La mattina stessa della giornata del concorso il Responsabile della Sicurezza ha ulteriormente incontrato le dipendenti designate alla misura per verificare che tutto quanto detto e provato qualche giorno prima fosse ancora chiaro. Il personale addetto ha eseguito alcune misurazioni di prova ed il Responsabile della Sicurezza ha verificato che la modalità di utilizzo siano corrette. Le dipendenti hanno dato dimostrazione di saper utilizzare gli strumenti”* (vedi memoria citata pag. 5);

Ritenuto, infatti, evidente che l’esclusione disposta poggia unicamente su una misurazione effettuata da personale privo di specifica formazione sanitaria e meramente istruito all’utilizzo dello strumento di rilevazione (peraltro solo qualche giorno prima dello svolgimento della prova concorsuale e appena per poche ore), senza contare che l’esito della stessa per altre due candidate non ha trovato alcun riscontro in quella successiva eseguita da personale medico/sanitario presso il locale Pronto soccorso, ove le medesime si sono prontamente recate per avere contezza del proprio effettivo stato di salute (vedi R.G. n. 286 e 288/2020 chiamati, del pari, all’odierna udienza);

Ritenuto che, contrariamente a quanto opinato dal Comune (ovvero che la certificazione del Pronto soccorso *“...non può formare però prova idonea ad accertare un’errata misurazione di qualche ora prima: essa prova, solamente, che la temperatura successiva era più bassa”*), la circostanza che la temperatura misurata in sede di esame alle predette due candidate non abbia trovato conferma e sia stata, anzi, ampiamente smentita dagli accertamenti effettuati a distanza di breve tempo presso la competente struttura sanitaria ove le medesime si sono recate, prova, ad avviso del Collegio, sin troppo, in quanto induce fortemente a dubitare anche della correttezza della misurazione della

temperatura effettuata dal personale comunale all'odierna ricorrente e rende, anzi, plausibile che la medesima, al pari delle altre concorrenti, trovasi, loro malgrado, nella medesima situazione, sia risultata involontaria vittima di un'errata misurazione da parte di personale non sanitario e con strumentazione di cui è stato solo apoditticamente affermato il corretto funzionamento;

Ritenuto che la compromissione del diritto al lavoro, in sostanza decretata dal Comune con l'esclusione disposta, stride, peraltro, con le misure di favore che il legislatore dell'emergenza ha cercato di trovare a salvaguardia dei diritti dei lavoratori e del lavoro stesso in genere (si segnalano, ad esempio, la cassa integrazione in deroga, la sospensione dei licenziamenti, il rinnovo dei contratti a tempo determinato e, tra le più recenti, il congedo Covid-19 per quarantena scolastica dei figli);

Ritenuto, dunque, di lapalissiana evidenza, che, al di là dell'imprescindibile esigenza di assicurare, comunque, un immediato riscontro da parte di personale medico – sanitario del dato relativo alla temperatura corporea risultata, a una prima misurazione, di valore “critico” (n.d.r. in tal senso sarebbe stata quanto mai opportuna la previsione di un presidio continuativo da parte del personale sanitario e personale medico per tutta la durata delle prova concorsuale, come opportunamente stabilito, ad esempio, dalla Regione Autonoma FVG, per quanto riguarda le procedure di sua competenza, nelle “Istruzioni anti contagio Covid 19 per la gestione di concorso pubblico” in data 17/9/2020), il Comune, in considerazione dell'assoluta prevedibilità di una situazione come quella di fatto verificatasi e per elementari esigenze di *favor participationis*, avrebbe potuto e dovuto prevedere, sin da subito, la data di una prova suppletiva, apprestando tutte le cautele e misure idonee per garantire lo svolgimento dell'intera procedura selettiva in rigoroso rispetto delle esigenze di imparzialità, trasparenza e *par condicio*, atteso che la modalità di svolgimento della prova scritta prevista dall'avviso di selezione (quiz a risposta multipla) è tale di per sé da assicurare la salvaguardia delle dette esigenze, a condizione, ovviamente, che i test somministrati e le schede con le risposte corrette non vengano diffusi e/o altrimenti resi noti a terzi dall'Amministrazione nelle more dello svolgimento della procedura di selezione e sino alla sua avvenuta conclusione; Ritenuto, in definitiva, che una situazione straordinaria, quale è l'emergenza pandemica in atto, avrebbe richiesto una risposta altrettanto straordinariamente illuminata da parte dell'Amministrazione (n.d.r. il legislatore ha offerto, del resto, spunto in tal senso con la previsione delle disposizioni contenute negli art. 247 e ss. del d.L. 19/05/2020, n. 34 e 25 del d.L. 14/08/2020, n. 104) e non la mera, banale e irreversibile penalizzazione dei candidati, sospettati, loro malgrado, di essere ipoteticamente affetti da Covid 19 e per tale solo motivo esclusi definitivamente dalla procedura, atteso che “...*da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e*

di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal quisque de populo” (Cons.st. A.P., n.5/2018);

Ritenuto che, assorbite tutte le ulteriori censure dedotte, il ricorso va, pertanto, accolto e, per l'effetto, annullato l'atto impugnato, con cui la ricorrente è stata allontanata dalla sede deputata ad ospitare la prova scritta e, contestualmente, definitivamente esclusa dalla selezione pubblica per soli esami per la copertura di 12 posti a tempo pieno e indeterminato di Istruttore Educativo (Scuole dell'Infanzia) cat. C, bandita dal Comune intimato;

Ritenuto, per quanto concerne gli effetti conformativi della presente decisione, che - sebbene la prova d'esame consisteva in 80 quesiti a risposta multipla su ben 11 materie (vedi art. 9 avviso di selezione), circostanza che parrebbe di per sé idonea ad escludere una qualche possibile integrale memorizzazione del tenore delle domande da parte di chi le ha (o può avere) in qualche modo e/o a vario titolo visionate, e sebbene nessuna prova è stata realmente fornita circa la già intervenuta anticipata conoscenza del loro effettivo contenuto da parte dei candidati esclusi, tra cui l'odierna ricorrente (n.d.r. non consta o comunque non è stato rappresentato che il Comune abbia già assentito all'ostensione a terzi dei test somministrati ai candidati che hanno svolto regolarmente la loro prova in data 26 agosto 2020, sicché, allo stato, è meramente ipotetica la conoscenza degli stessi da parte dell'odierna ricorrente) – valuterà, in ogni caso, il Comune se disporre lo svolgimento di una prova suppletiva, ammettendovi la ricorrente, laddove ritenuta soluzione in concreto inidonea a violare il principio della *par condicio*, il cui rispetto va necessariamente assicurato, o, occorrendo, l'integrale riedizione della prova per tutti i candidati partecipanti alla selezione, previa adozione degli atti eventualmente necessari;

Ritenuto che le spese di lite possono essere, in ogni caso, compensate per intero tra le parti, avuto riguardo alla particolarità e assoluta novità della questione sottoposta allo scrutinio di questo Collegio;

Ritenuto che il Comune intimato sarà, però, tenuto a rimborsare alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato per le ragioni di cui in motivazione.

Spese compensate.

Il Comune intimato sarà tenuto a rimborsare alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020, celebrata in via telematica mediante utilizzo della piattaforma *Microsoft Teams*, con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere, Estensore

Lorenzo Stevanato, Consigliere

L'ESTENSORE

Manuela Sinigoi

IL PRESIDENTE

Oria Settesoldi