



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10434 del 2019, proposto da Raffaele Elia, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Loiodice, Michelangelo Pinto, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

contro

Michele Soldano non costituito in giudizio;
Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Università degli Studi Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Università degli Studi di Bari non costituito in giudizio;
Mario Angelini, rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Romano, Filippo Arturo Satta, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Satta in Roma, Foro Traiano 1a;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 01465/2019, resa tra le parti e concernente: nomina componenti nucleo di valutazione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2020 il Cons. Vincenzo Lopilato.

L'udienza pubblica si è svolta attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams", nel rispetto della normativa emergenziale vigente.

FATTO e DIRITTO

1.- Con decreto del Rettore dell'Università degli Studi di Bari 7 agosto 2018, n. 2957 sono stati nominati i cinque componenti del nucleo di valutazione della suddetta Università per il periodo 2018/2023.

Al quinto posto si è collocato il dott. Elia Raffaele.

Al sesto posto, con il medesimo punteggio, si sono collocati i dottori Soldano Michele e Angelini Mario.

Il dott. Soldano ha impugnato gli esiti della procedura innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, rilevando l'illegittimità della nomina del dott. Elia per violazione dell'art. 2, comma 1, punti III e IV dell'avviso pubblico per avere svolto attività professionale in favore dell'Università quale portavoce del Rettore.

1.1.- Si è costituito in giudizio il dott. Elia, proponendo ricorso incidentale e deducendo la mancanza dei requisiti di partecipazione in capo al ricorrente per violazione dell'art. 2, comma 1, punto IV dell'avviso pubblico in ragione di incarichi professionali svolti in favore dell'Università quale componente di

organi consultivi, quali il “Comitato per la legalità e la trasparenza” e il “Comitato per l’unicità e l’innovazione delle procedure, trasparenza e buone prassi”.

2.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 7 novembre 2019, n. 1465, in applicazione delle regole sancite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea con riguardo alle procedure di gara nel settore dei contratti pubblici, ha esaminato entrambi i ricorsi, ritenendoli fondati.

3.- Il dott. Elia ha proposto appello.

3.1.- Il ricorrente di primo grado non si è costituito in giudizio.

3.2.- Si è costituito in giudizio il dott. Angelini Mario, rilevando di avere interesse al rigetto dell’appello, in quanto a seguito della sentenza di primo grado ha tratto utilità concrete derivanti dalla sua iniziale posizione in graduatoria.

3.2.- La Sezione, con ordinanza 24 febbraio 2020, n. 875, ha sospeso l’efficacia della sentenza impugnata *«per consentire la continuità dell’esercizio dei compiti da parte dei componenti del nucleo di valutazione»*.

4.- La causa è stata decisa all’esito dell’udienza pubblica del 18 giugno 2020.

5.- Con un primo motivo si è dedotta l’erroneità della sentenza nella parte in cui ha applicato le regole europee relative al rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale anche al di fuori del settore dei contratti pubblici. Secondo l’appellante, il primo giudice, una volta ritenuto fondato il ricorso incidentale, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso principale per difetto di interesse.

Il motivo è fondato.

L’art. 42 cod. proc. amm. prevede che le parti resistenti e i controinteressati *«possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale»*.

Le azioni nel processo amministrativo e, nella specie, l'azione di annullamento possono essere proposte soltanto dal soggetto che, tra l'altro, sia legittimato ad agire e, dunque, titolare di una posizione soggettiva differenziata e qualificata e che abbia interesse ad agire e, dunque, subisca dall'attività amministrativa una lesione concreta, immediata ed attuale.

Nel caso in cui venga proposto sia un ricorso principale sia un ricorso incidentale con valenza escludente occorre stabilire quale dei due ricorsi si debba esaminare per primo ovvero se occorre esaminarli entrambi.

La trattazione di entrambi i ricorsi è stata ritenuta necessaria dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel solo settore dei contratti pubblici per assicurare il principio del pari trattamento tra gli operatori economici con tutela effettiva delle norme in materia di concorrenza per il mercato. Tale regola è stata affermata chiaramente in presenza di due soli operatori economici (Corte giust. un. eur., 4 luglio 2013, C-100/12) ma successivamente è stata sostanzialmente estesa anche ai casi in cui siano presenti più operatori economici (Corte giust. un. eur., 5 settembre 2019, causa C 333/18).

Il principio generale è che la definizione delle regole processuali è demandata all'autonomia degli Stati membri. La Corte, con le suddette sentenze, ha derogato a tale principio, stabilendo come devono essere esaminati i ricorsi proposti, perché essi afferiscono ad una materia di competenza europea, quale è la concorrenza, che, per la sua peculiare natura e per la sua particolare rilevanza per la garanzia delle libertà europee di circolazione, deve essere assicurata non solo mediante l'imposizione di regole sostanziali e procedurali ma anche mediante la conformazione degli istituti processuali che siano tali da garantire, con effettività, il rispetto di tali regole.

La trattazione prioritaria del ricorso incidentale opera al di fuori del settore dei contratti pubblici, in quanto tornano ad applicarsi i soli principi processuali interni.

In particolare, nelle procedure concorsuali la legittimazione ad agire risulta dalla partecipazione alla procedura stessa. Se la parte che ha proposto ricorso non ha i requisiti di partecipazione è priva anche della legittimazione ad agire. Deve, infatti, ritenersi che *«la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso»*, in quanto *«la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo (...) deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva»* (Cons. Stato, ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4, i cui principi, pur essendo stati formulati nell'ambito dei contratti pubblici prima del loro superamento ad opera della successiva giurisprudenza europea, sopra citata, risultano applicabili in presenza di controversie differenti).

Ne consegue che deve essere esaminato con priorità il ricorso incidentale, in quanto il suo accoglimento priva il ricorrente principale della legittimazione ad agire, con conseguente inammissibilità del ricorso principale.

Alla luce di quanto esposto, la sentenza impugnata, da un lato, deve essere confermata nella parte in cui ha ritenuto fondato il ricorso incidentale, con statuizione non oggetto di contestazione in questa sede, dall'altro, deve essere riformata nella parte in cui ha esaminato anche il ricorso principale dichiarandolo fondato, in quanto il primo giudice avrebbe dovuto dichiararlo inammissibile per difetto di legittimazione ad agire del ricorrente principale.

6.- L'esito del giudizio esime il Collegio dall'esaminare gli altri motivi di appello.

7.- La particolarità del giudizio giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Bernhard Lageder, Presidente FF

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere

L'ESTENSORE

Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE

Bernhard Lageder

IL SEGRETARIO