



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n.4269 del 2009 proposto da Dorotea Alessandra De Marco e Michele Domenichello rappresentati e difesi dall'avv. Adriano Tortora presso il cui studio in Roma, Via Cicerone n.49, sono elettivamente domiciliati;

***contro***

Autorita' per la Vigilanza Sui Lavori Pubblici, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

e nei confronti di:

- Bonetti Vincenzo rappresentato e difeso dal prof. avv. Gennaro Terracciano presso il cui studio in Roma, Via Largo Arenula n.34, è elettivamente domiciliato;
- Fiorenza Lucio, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***

1) in parte qua del bando del concorso pubblico per titoli ed esami indetto dall'intimata Autorità per l'assunzione a tempo indeterminato di tre dirigenti di seconda fascia, area VII per la professionalità di dirigente esperto in gestione di servizi informatici e delle telecomunicazioni;

2) delle note del 21 novembre 2008 con cui è stata disposta l'esclusione dal concorso de quo degli attuali istanti;

3) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'intimata amministrazione e del controinteressato Bonetti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2009 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Gli odierni ricorrenti hanno presentato domanda di partecipazione al concorso per titoli ed esami indetto dall'intimata Autorità per l'assunzione a tempo indeterminato di tre dirigenti di seconda fascia, area VII per la professionalità di dirigente esperto in gestione di servizi informatici e delle telecomunicazioni, ma non essendo stati ammessi a parteciparvi, hanno impugnato con ricorso straordinario sia il relativo bando sia i provvedimenti di esclusione, prospettando i seguenti motivi di doglianza:

1) Eccesso di potere e violazione e falsa applicazione di legge e, in particolare, dell'art.28, comma 1, e dell'art. 35, comma 3, del D.Lgvo n.165/2001, dell'art.8, commi 1 e 2, del DPR n.487/1994, dell'art.3, comma 1, del DPR n.272/2004 e dell'art. 97 della Costituzione;

2) Violazione e falsa applicazione dei criteri di valutazione; errore nei presupposti di fatto; errore nell'approvazione dei criteri di valutazione; eccesso di potere;

illogicità manifesta; violazione e falsa applicazione del bando (lex specialis) ed in particolare dell'art.6.

Essendosi l'intimata Autorità opposta alla trattazione del ricorso in sede straordinaria, è stato proposto il presente gravame con il quale sono stata riprodotte le medesime censure prospettate in sede straordinaria ed è stata contestata la legittimità dell'atto di opposizione, nei confronti del quale sono state dedotte le seguenti doglianze;

3) Incompetenza e/o violazione di legge ( Violazione degli artt. 1 e ss. del D.D. n.1611/1933 e del R.D. n.1612/1933; dell'art.1 della L. n.241/1990; degli artt. 8-14 del DPR n.1199/1971);

4) Violazione di legge (Violazione e/o falsa applicazione dell'art.10 del DPR n.1199/1971). Eccesso di potere (Errata interpretazione estensiva e/o illegittima applicazione analogica della sentenza della Corte Costituzionale n.148/1982).

Successivamente gli attuali istanti hanno impugnato con motivi aggiunti la graduatoria della menzionata procedura concorsuale ed i verbali della Commissione esaminatrice, deducendo le seguenti doglianze:

5) Eccesso di potere per difetto di istruttoria;

6) Illegittimità derivata.

Si è costituita l'intimata Autorità la quale ha contestato, con dovizia di argomentazioni, la fondatezza delle doglianze dedotte in via principale, ed in particolare quelle che avevano prospettato l'illegittimità dell'atto di opposizione.

Si è pure costituito uno dei vincitori del concorso in parola, cui erano stati notificati i motivi aggiunti di doglianza, limitandosi a prospettare l'inammissibilità di questi ultimi sotto diversi profili.

Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2009 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame gli odierni ricorrenti hanno impugnato in parte qua il bando del concorso per titoli ed esami indetto dall'intimata Autorità per l'assunzione a tempo indeterminato di tre dirigenti di seconda fascia, area VII per la professionalità di dirigente esperto in gestione di servizi informatici e delle telecomunicazioni nonché il provvedimento di esclusione dallo stesso, ed hanno contestato, altresì, la legittimità dell'atto con cui la predetta Autorità aveva chiesto la trasposizione in questa sede del ricorso straordinario proposto avverso i citati atti impugnati in via principale.

In ordine logico devono essere prima esaminate le doglianze prospettate avverso l'atto di opposizione alla trattazione del ricorso in sede straordinaria.

Al riguardo, gli attuali istanti, partendo dal presupposto che l'atto di opposizione ha natura meramente amministrativa, asseriscono che il suddetto atto non poteva in alcun modo essere proposto dalla Difesa erariale, la quale ex art.1 del R.D. n.1611/1933, ha la rappresentanza il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, mentre nessuna funzione rappresentativa delle amministrazioni dello Stato le è attribuita per legge nelle procedure amministrative a carattere contenzioso, quale è il ricorso straordinario.

In merito il Collegio, nel condividere la tesi ricorsuale in ordine alla natura amministrativa dell'atto di opposizione ed all'assenza di alcun potere rappresentativo ex lege dell'Avvocatura Erariale nell'ambito del ricorso straordinario, tuttavia sottolinea che nella fattispecie de qua la Difesa Erariale era stata previamente autorizzata con nota dell'11 marzo 2009 dalla resistente Autorità a proporre atto di opposizione al ricorso straordinario ai sensi dell'art. 10 del DPR n.1199/1970.

Con il successivo motivo di doglianza i ricorrenti sostengono che la trasposizione del ricorso straordinario non poteva in alcun modo essere richiesta dalla Autorità controinteressata, non essendo quest'ultima in alcun modo equiparabile ad un ente

pubblico che in forza della sentenza della Corte Costituzionale n.148/1982 poteva chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale.

La censura in esame deve essere rigettata.

Al riguardo il Collegio intende uniformarsi alla recente sentenza di questa Sezione n.896/2009, la quale, con disarmante chiarezza e stringente logicità, ha affermato che “ È noto che l'art. 10 D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, in considerazione delle maggiori garanzie offerte dal ricorso giurisdizionale rispetto a quello straordinario, assegna espressamente ai controinteressati la legittimazione attiva a chiedere, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale. A tale categoria di soggetti la Corte costituzionale, con sentenza 29 luglio 1982 n. 148, ha equiparato l'ente pubblico (diverso dallo Stato) che ha emanato l'atto impugnato. Ha osservato il giudice delle leggi che le amministrazioni non statali, al pari dei privati controinteressati, non sono in condizione di svolgere, nel procedimento amministrativo finalizzato alla decisione sul ricorso straordinario, il medesimo ruolo determinante di cui, agli effetti decisori, fruiscono le amministrazioni statali emananti, in quanto componenti dello stesso sistema organizzatorio di cui fanno parte il Ministro e il Presidente del Consiglio dei Ministri chiamati a decidere sul gravame, con conseguente 'ingiustificata disparità di trattamento, stante le maggiori garanzie che il ricorso giurisdizionale offre anche alle amministrazioni non statali. Ad avviso del giudice delle leggi non si può non convenire sulla diversità della posizione dell'autorità resistente, a seconda che l'atto, contro il quale è rivolto il ricorso, provenga da un organo dello Stato o di altro Ente pubblico. Nel primo caso, infatti, è pur sempre la stessa Amministrazione, in un ambito organizzativo unitario, che decide sull'impugnativa avverso l'atto che da essa emana, collocandosi perciò nel procedimento su un piano di sostanziale preminenza di fronte al

ricorrente ed ai controinteressati. Radicalmente diversa, nello stesso procedimento, è invece la posizione dell'Autorità non statale, la quale assume la veste di mera controparte rispetto al ricorrente, senza alcun potere di decidere, e neppure di influire, più di quanto non sia dato alle altre parti, sulla decisione.

Tale essendo la ratio, sottesa alla decisione della Corte costituzionale, di estendere la garanzia dell'istituto della trasposizione alle amministrazioni diverse da quelle statali perché prive delle garanzie implicitamente riconosciute a queste ultime in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, ritiene il Collegio che si possa prescindere dal verificare la natura che nel nostro ordinamento assumono le Autorità indipendenti, atteso che le stesse non hanno, comunque, in sede straordinaria alcuna possibilità di influire sulla decisione e possono essere, sotto questo profilo, equiparate agli enti pubblici diversi dallo Stato. Le Autorità indipendenti, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni Amministrazione, rispondono all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo (Cons.Stato, Sez. I, 29 maggio 1998 n. 988; Sez. VI, 29 maggio 2008 n. 2548, secondo cui le Autorità indipendenti si pongono in posizione peculiare rispetto all'apparato esecutivo, in quanto caratterizzate da autonomia nei confronti del Governo). In questo senso la Corte costituzionale, con una pronuncia (sentenza 7 novembre 1995 n. 482) che riveste portata generale anche se occasionata dalla istituzione, ad opera dell'art. 4 L. 11 febbraio 1994 n. 109, dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici, ha osservato che "le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di Amministrazione attiva o di controllo".

In altri termini, anche aderendo alla tesi che fa rientrare dette Autorità nelle Amministrazioni dello Stato (Cons.Stato, Sez. I, 25 ottobre 2000 n. 260), è comunque certo che esse non hanno in sede di ricorso straordinario al Capo dello

Stato la possibilità di occupare una posizione di sostanziale preminenza di fronte al ricorrente ed ai controinteressati, possibilità che ha portato il Legislatore del 1971 ad escludere implicitamente che l'Autorità emanante, che sia "Amministrazione dello Stato", sia legittimata a chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale”

Per quanto concerne le altre doglianze dedotte in via principale, il Collegio osserva che l'esame di queste ultime deve essere preceduto dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità sollevate dal controinteressato nei confronti dei motivi aggiunti proposti avverso la graduatoria, atteso che l'eventuale fondatezza delle suddette eccezioni implicherebbe, per le ragioni di seguito esposte, l'improcedibilità del ricorso principale.

Al riguardo fondata è l'eccezione con cui è stata prospettata l'inammissibilità dei motivi aggiunti per mancata notifica insieme agli stessi del ricorso principale.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

I) non è contestato che al controinteressato sia stato mai notificato il ricorso principale;

II) i citati motivi aggiunti nel prospettare l'illegittimità derivata della contestata graduatoria si limitano ad un parziale richiamo delle censure dedotte in via principale.

In tale contesto, pertanto tali doglianze devono essere considerate inammissibili, atteso che costituisce infatti principio da tempo acquisito nella giurisprudenza del giudice amministrativo che è inammissibile il ricorso il cui contenuto si esaurisca nel mero rinvio per relationem ad altro gravame, senza neppure l'indicazione delle censure con esso asseritamente dedotte, al fine di far discendere da esse la riprova dei vizi di illegittimità derivata che inficerebbero il provvedimento da ultimo impugnato (Cons. Stato, V Sez., 1976 n. 41/1976 e IV Sez. 912/1978;; T.A.R.

Latina n. 318/1983; T.A.R. Catanzaro, n. 676/1996; Tar Puglia, Sez. I, n.269/2003).

In termini più generali il Collegio sottolinea, poi, che colui che acquisisce successivamente alla proposizione di un gravame ed in forza della proposizione di motivi aggiunti dedotti avverso successivi atti collegati a quelli impugnati in via principale, la qualifica di controinteressato, ha interesse a dimostrare l'infondatezza non solo delle censure dedotte con i motivi aggiunti, ma anche di quelle prospettate in via principale, il cui eventuale accoglimento comporterebbe l'invalidità dei successivi provvedimenti che gli avevano attribuito il bene della vita. L'inammissibilità dei motivi aggiunti dedotti avverso la graduatoria concorsuale, comporta, poi, l'improcedibilità delle doglianze prospettate in via principale avverso il bando e le determinazioni di esclusione.

Al riguardo il Tribunale come già osservato con le sentenze .11650/2003 e 3463/2006, sottolinea che nella materia oggetto della presente controversia non è dato individuare un indirizzo univoco della giurisprudenza amministrativa.

Secondo un primo orientamento (CS, sez.V, n.3064 del 3/6/2002; n.1270 del 12/11/1992; CGA n.80 del 19/12/1980) l'esclusione da una gara d'appalto (ma le conclusioni valgono anche per l'esclusione da una procedura concorsuale) si configura come atto endoprocedimentale soltanto se si ha riguardo alla sua collocazione nella sequela delle operazioni concorsuali, ma non può essere considerato tale se si considera il carattere costitutivo degli effetti che vi si ricollegano, ancorché il modulo procedimentale contempri ulteriori fasi per il completamento della procedura; pertanto, l'annullamento dell'estromissione (e quindi dei suoi effetti) si riverbera, in via consequenziale e caducante, su tutte le successive fasi della sequenza, perché svoltesi illegittimamente, per cui non occorre l'impugnazione di tutti i possibili susseguenti atti del procedimento.

A tale indirizzo se ne contrappone un altro il quale, fondato sulla finalità di restringere l'ambito applicativo dell'istituto di origine giurisprudenziale dell'invalidità caducante, ritiene necessaria, al fine di evitare la sopravvenuta carenza di interesse del ricorso proposto contro l'atto presupposto (quale è una determinazione di esclusione), anche l'impugnativa dell'atto finale, in quanto non sarebbe invocabile il principio della portata caducante della sentenza di annullamento dell'atto presupposto quando l'atto consequenziale abbia conferito un bene, un'utilità o uno status ad un soggetto non qualificabile come parte necessaria del giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto (CS, sez.V, n.447 del 7/5/1994; CGA n.396 del 14/10/1997; n.154 del 18/5/1996).

In tale contesto il Tribunale intende conformarsi al secondo degli indirizzi giurisprudenziali de quibus, il quale è stato avallato anche da altre decisioni del Consiglio di Stato (Sez.V, n.698 del 7/2/2002; n. 4400/2008; sez.VI, n.785 dell'11/2/2002;) esaustivamente motivate in merito.

In particolare la sentenza n.785/2002, sul presupposto che la giurisprudenza consolidata ha affermato la immediata impugnabilità dell'atto preparatorio immediatamente lesivo, ha evidenziato che: "Tale possibilità di immediata impugnazione dell'atto lesivo non si deve però tradurre, ad avviso del Collegio, almeno di regola, in un esonero dal dovere di impugnare anche l'atto finale.

Infatti, da un lato, l'anticipazione della tutela di impugnazione costituisce un ampliamento degli strumenti di tutela degli interessati, ma non costituisce una deroga alla regola generale secondo cui va impugnato l'atto finale e conclusivo del procedimento.

Dall'altro lato, la circostanza che l'atto finale sia affetto da invalidità derivata dai vizi dell'atto preparatorio, non esclude che tale invalidità derivata debba essere fatta valere con i rimedi tipici del processo impugnatorio.

In mancanza, l'atto viziato da invalidità derivata, si consolida e non è più impugnabile.

Ancora, militano a favore di tale soluzione le esigenze di tutela dei controinteressati, che di solito non sono individuabili in relazione all'atto preparatorio, ma solo in relazione a quello finale.

Sicché, l'impugnazione dell'atto preparatorio non è notificata ad alcun controinteressato. Sostenere che bastano la impugnazione dell'atto preparatorio e il suo annullamento giurisdizionale a far cadere il provvedimento finale, ancorché non impugnato, significa: 1) precludere la tempestiva tutela giurisdizionale del controinteressato; 2) consentire processi amministrativi in assenza dei veri controinteressati; 3) negare il principio che il provvedimento conclusivo del procedimento diventa inoppugnabile se non è tempestivamente impugnato.

Né la necessità di impugnare anche il provvedimento finale dopo l'impugnazione dell'atto preparatorio, grava eccessivamente la posizione del ricorrente, il quale può avvalersi dell'istituto dei motivi aggiunti in corso di causa, proponibili, ai sensi della L. n. 205 del 2000, anche avverso atti diversi da quello originariamente gravato.

Siffatta soluzione appare da preferire anche per ragioni di economia processuale.

La tesi opposta, che esonera il ricorrente avverso l'atto preparatorio dalla impugnazione anche del provvedimento finale, urta, infatti, contro le ragioni di economia processuale, perché comporta che:

- 1) il giudizio avverso l'atto preparatorio si svolge senza controinteressati;
- 2) l'amministrazione, in sede di ottemperanza al giudicato di annullamento dell'atto preparatorio, annulla di ufficio l'atto finale, ormai inoppugnabile;
- 3) il terzo beneficiario dell'atto finale, che ne subisce l'annullamento quale conseguenza di un giudizio cui non è stato posto in condizione di partecipare, dovrà avvalersi del rimedio dell'opposizione di terzo;

4) con il giudizio di opposizione di terzo, dopo la fase rescindente, si dovrà rinnovare nel merito l'originario giudizio.

E' evidente, così operando, la moltiplicazione dei processi, e dei conseguenti costi e tempi, in relazione ad un'unica vicenda procedimentale.

Si può consentire alla non necessità di impugnazione dell'atto finale, quando sia stato già impugnato quello preparatorio, solo quando tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione – consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti.

Diversamente, quando l'atto finale, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale in cui si colloca l'atto preparatorio, non ne costituisce conseguenza inevitabile, perché la sua adozione implica nuove e ulteriori valutazioni di interessi, anche di terzi soggetti, la immediata impugnazione dell'atto preparatorio non fa venire meno la necessità di impugnare l'atto finale, pena la improcedibilità del primo ricorso”.

Applicando tali principi e ritendendo quindi, che il principio della portata caducante della sentenza di annullamento di atto presupposto non è invocabile nel caso in cui all'impugnativa del bando di concorso segua la nomina del vincitore, in quanto il pregiudizio che subirebbe quest'ultimo, il quale ha la possibilità di essere parte del giudizio, quale controinteressato, solo in caso di impugnativa della graduatoria si porrebbe in contrasto con l'art. 24 cost. (CS, sez.V, n.212/1994) e che la circostanza che l'atto finale sia affetto da invalidità derivata dai vizi dell'atto preparatorio, non esclude che tale invalidità debba essere fatta valere con i rimedi tipici del processo impugnatorio, per cui, in mancanza, l'atto finale si consolida e non è più impugnabile (CS, sez.V. n.3687/2007), ne consegue che l'inammissibilità dei motivi aggiunti dedotti avverso al graduatoria, non può non implicare

l'improcedibilità per carenza di interesse delle censure dedotte in via principale avverso il bando e le determinazioni di esclusione.

Ciò premesso, il proposto gravame in parte deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ed in parte va dichiarato inammissibile

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 4269 del 2009, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile ed in parte lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO