



Sospensione necessaria e facoltativa del processo: ammessa l'appellabilità di entrambe le ordinanze

Consiglio di Stato - Sezione V - Ordinanza 11-12 giugno 2013 n. 3240
(Presidente Volpe; Relatore Poli; Comune di Prato contro E.S.T.R.A. Spa e altri)

LA MASSIMA

Procedimento amministrativo - Sospensione del giudizio - Disciplina applicabile

In tema di processo amministrativo, l'ampiezza del rinvio operato dall'articolo 79 del Cpa alla sospensione del processo come disciplinata dal Cpc comporta l'applicabilità dell'intera gamma delle disposizioni che governano la materia, non solo dell'articolo 295 del Cpc, in tema di sospensione necessaria, (espressamente richiamato dall'articolo 79, comma 3, del Cpa) ma anche dell'articolo 337 del Cpc, che disciplina la sospensione facoltativa.

Procedimento amministrativo - Sospensione del giudizio - Questioni pregiudiziali - Ordinanze che dispongono la sospensione necessaria o facoltativa - Appellabilità

Avendo il processo amministrativo importato l'intera disciplina della sospensione del processo civile, non costituisce sintomo di particolare limitazione applicativa l'articolo 79, comma 3, primo periodo del Cpa, nella parte in cui prevede l'impugnabilità dei soli provvedimenti che dispongono la sospensione del processo ai sensi dell'articolo 295 del Cpc; tale clausola, invero, non vieta l'impugnabilità dei provvedimenti resi ai sensi dell'articolo 337 del codice di procedura civile.

Procedimento amministrativo - Ordinanza di sospensione del giudizio - Rito applicabile in appello

In caso di appello avverso un'ordinanza di sospensione del giudizio, per quanto concerne il rito applicabile, mentre nel giudizio di primo grado esso segue quello disciplinato per la causa portante, al cui interno viene sollevata la questione della sospensione, in appello, viceversa, il rito applicabile è solo quello camerale la cui disciplina generale è recata dall'articolo 87 del Cpa, con dimidiazione dei termini, e non quello cautelare.

Procedimento amministrativo - Sospensione del giudizio - Questioni pregiudiziali - Giudizio pregiudicante definito con sentenza non passata in giudicato - Sospensione necessaria - Illegittimità - Sospensione facoltativa - Ammissibilità

Nel caso in cui sussista un rapporto di pregiudizialità fra una causa pendente in appello (la pregiudicante) e una pendente in primo grado (la pregiudicata) l'articolo 295 del Cpc, in tema di sospensione necessaria, è inapplicabile, a pena di illegittimità del provvedimento, perché tale norma non prevede in alcun modo l'ipotesi delle cause pendenti in gradi diversi. Al contrario, se il giudizio pregiudicante è stato definito con sentenza non passata in giudicato, è possibile la sospensione del giudizio pregiudicato solo ai sensi dell'articolo 337, comma 2, del Cpc, e non ai sensi dell'articolo 295 del codice di procedura civile.

Procedimento amministrativo - Sospensione del giudizio - Questioni pregiudiziali - Giudizio pregiudicante definito con sentenza non passata in giudicato - Sospensione facoltativa - Ammissibilità - Condizioni

La facoltatività della sospensione ai sensi dell'articolo 337 del Cpc non ha lo scopo di prevenire il contrasto di giudicati (come l'articolo 295 del Cpc), ma soltanto quello di evitare lo svolgimento di attività processuale che potrebbe poi perdere ogni utilità. Da qui la necessità che il giudice motivi congruamente se ritenga o meno di poggarsi sull'autorità della sentenza impugnata.

Ordinanza

1. Con sentenza del T.a.r. per la Toscana n. 1596 del 27 ottobre 2011:

a) sono stati riuniti tre autonomi ricorsi (sostenuti da motivi aggiunti) proposti rispettivamente da E.S.T.R.A. s.r.l. (proprietaria della rete unitaria delle infrastrutture necessarie per la distribuzione del gas naturale nel c.d. ambito pratese), dalle società Consiag s.p.a. e Consiag Reti s.r.l. (nella qualità di affidatario e gestore del servizio di distribuzione in questione), nonché dai comuni di Sesto Fiorentino,

Scandicci, Calenzano, Campi Bisenzio, Cantagallo, Carmignano, Lastra a Signa, Montemurlo, Montespertoli, Poggio a Caiano, Signa, Vaiano, Vernio, Agliana;

b) tutte le censure sono state in parte dichiarate inammissibili, in parte improcedibili e in parte infondate;

c) in estrema sintesi, è stata ritenuta la validità ed efficacia di una complessa sequenza di atti e procedure (risalenti alla delibera consiliare n. 35 del 2010) posti in essere dal comune di Prato a seguito

della decisione di fuoriuscire dall'ambito ottimale territoriale e gestire in proprio il servizio di distribuzione del gas naturale, tanto in applicazione della norma di sanatoria sancita dall'art. 24, co. 4, d.lgs. n. 93 del 2011, prevista per il regime transitorio, prima dell'inevitabile applicazione dell'obbligo, imposto agli enti locali dall'art. 46-bis, co. 2, d.l. n. 159 del 2007, di gestire il servizio in oggetto esclusivamente attraverso ambiti territoriali minimi.

2. Avverso la su indicata sentenza n. 1596 del 2011 hanno interposto appello al Consiglio di Stato:

a) E.S.T.R.A. s.p.a. con ricorso allibrato al n.r.g. 9591 del 2011;

b) Consiag s.p.a. e Estra Reti Gas s.r.l. con ricorso allibrato al n.r.g. 8361 del 2011; all'interno di questo giudizio hanno proposto appello incidentale i comuni facenti parte dell'ambito territoriale ottimale.

3. Con due ordinanze di questa sezione (nn. 198 e 200 del 18 gennaio 2012) si è preso atto della rinuncia alle istanze cautelari proposte dalle società appellanti per ottenere la sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza n. 1596 del 2011.

4. Il comune di Prato ha quindi proceduto all'espletamento della gara per la scelta del gestore del servizio di distribuzione del gas naturale per il solo ambito comunale che ha aggiudicato alla società Toscana Energia s.p.a. (cfr. determinazione dirigenziale 2085 del 20 agosto 2012).

5. I comuni d'ambito (con ricorso allibrato al n.r.g. 1433 del 2012) e la società Estra Reti Gas s.r.l. (successivamente confluita nella società E.S.T.R.A. s.p.a., con ricorso allibrato al n.r.g. 1403 del 2012), hanno impugnato gli atti di gara e l'aggiudicazione; con il primo motivo, comune ad entrambi i ricorsi, è stata prospettata l'invalidità derivata dalla gara discendente dalla illegittimità della originaria scelta del comune di Prato di staccarsi dall'ambito ottimale; con ulteriori censure è stata aggredita la procedura di gara per vizi propri e per la carenza di requisiti soggettivi in capo all'aggiudicataria.

6. Con un'unica ordinanza - n. 695 del 25 ottobre 2012, il T.a.r. per la Toscana, riuniti i ricorsi:

a) ha concesso la misura cautelare richiesta sospendendo gli effetti dell'aggiudicazione «Rilevato... che sembrano emergere apprezzabili profili di fondatezza con riferimento alle censure che contestano da un lato le modalità di imposizione e svolgimento della gara e dall'altro il possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria»;

b) ha fissato l'udienza pubblica di disc del merito dei ricorsi per il giorno 6 febbraio

7. Il comune di Prato ha interposto appello avverso la su menzionata ordinanza cautelare del 2012), che questa sezione ha respinto ritenendo sia in ordine al *fumus boni iuris* che culum in mora (cfr. ordinanza n. 4985 del 19 bre 2012).

8. All'esito dell'udienza pubblica di disc svoltasi innanzi al T.a.r. per la Toscana il 20 2013, sebbene i ricorsi 1403 e 1433 del 2012 stati a suo tempo riuniti, sono state pron due separate ordinanze - di analogo tenore - hanno sospeso i relativi processi in attesa de sione degli appelli nn.rr.gg. 8361/2011 e 95: proposti avverso la più volte citata sentenza del 2011 (cfr. ordinanze collegiali nn. 566 e l'11 aprile 2013).

L'ordinanza n. 566 del 2013 - oggetto del te gravame - nella sostanza:

a) ha preso atto che la questione relativa a titimità della scelta del comune di Prato di di si dall'ambito territoriale ottimale, pur ri senso favorevole per tale ente dalla sent 1596 del 2011, era suscettibile di essere rin discussione dall'eventuale accoglimento de mi proposti davanti al Consiglio di Stato;

b) ha ritenuto che tale questione - solle entrambi i giudizi aventi ad oggetto le proci gara a valle della delibera consiliare n. 35 d potendo essere esaminata dal giudice sec tassonomia propria dell'ordine di trattazio censure - risultava assorbente sul piano logi dico, rendendo superfluo l'esame dei viz della gara e dell'aggiudicazione;

c) conseguentemente, richiamato l'art. 29 ha sospeso il processo.

9. Il comune di Prato ha interposto appello so l'ordinanza di sospensione del processo cato a mezzo posta l'8 e 9 maggio 2013 e de il successivo 14 maggio - articolando i segu complessi motivi (pagine 4-8 dell'atto di ri

a) erroneità e falsa applicazione dell'or di sospensione nella parte in cui non ha conto della dirimente circostanza che la s n. 1596 del 2011 si è pronunciata in senso fa le al comune di Prato, il che escluderebbe i la possibilità di considerare la questione co pregiudiziale in senso tecnico giuridico id imporre la sospensione necessaria del pro sensi dell'art. 295 c.p.c.;

b) violazione dell'art. 295 c.p.c., richiamato dall'art. 79, c.p.a. sotto il profilo che tale disposizione è applicabile solo quando la questione pregiudiziale afferisce a due processi pendenti in primo grado; il sopravvenire di una sentenza nella causa pregiudicante impedisce all'istituto della sospensione necessaria di spiegare i propri effetti;

c) per il caso che si ritenesse applicabile l'art. 337, co. 2, c.p.c. - il che si contesta formalmente stante il tenore delle norme sancite dall'art. 79 cit. - l'ordinanza risulterebbe carente in punto di motivazione perché non spiegherebbe per quale ragione non condivide il *dictum* della sentenza n. 1596 del 2011 che è pienamente efficace non essendo stata sospesa; inoltre si pone in contrasto con la logica restrittiva delle norme che consentono la sospensione del giudizio alla luce del valore costituzionale della ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost. e con il c.d. "effetto espansivo esterno" delle pronunce giurisdizionali, divisato dall'art. 336, co. 2, c.p.c. in relazione al travolgimento degli effetti e degli atti (incluse le sentenze) *medio tempore* ricollegabili ad una diversa sentenza esecutiva poi cassata in sede di gravame.

10. Si sono costituite la società Toscana Energia (per aderire al gravame) e la società E.S.T.R.A. (per resistere al gravame); quest'ultima ha anche depositato, in data 7 giugno 2013, memoria illustrativa.

11. Alla camera di consiglio dell'11 giugno 2013 la causa è stata assunta in decisione.

12. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il collegio rileva (per tutti gli argomenti meglio precisati in prosieguo), la tardività della memoria difensiva depositata dalla appellata società E.S.T.R.A. in violazione del termine perentorio dimezzato di quindici giorni sancito dal combinato disposto degli art. 73, co. 1, c.p.a., e 87, co. 2 e 3, c.p.a. e la conseguente sua inutilizzabilità anche ai fini della regolazione delle spese di lite (cfr. da ultimo Cons. Stato, ad. plen. n. 5 del 2013; sez. V, n. 5649 del 2012; sez. V, n. 2028 del 2011, cui si rinvia a mente degli art. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.).

12.1. La prima questione da affrontare, in ordine logico, concerne l'applicabilità o meno della norma sancita dall'art. 337, co. 2, c.p.c. al processo amministrativo e la conseguente individuazione del rito che disciplina questo tipo di sospensione del processo amministrativo.

Sovvengono, per quanto di stretto interesse, le

seguenti disposizioni, che si riportano per esigenze di chiarezza espositiva:

- art. 295, c.p.c. - Sospensione necessaria - secondo cui: «Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa»;

- art. 337, co. 2, c.p.c. - Sospensione dell'esecuzione e dei processi - secondo cui: «Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata»;

- art. 39, co. 1, c.p.a. - Rinvio esterno - secondo cui: «Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali.»;

- art. 79, co. 1 e 3, c.p.a. - Sospensione e interruzione del processo - secondo cui: «1. La sospensione del processo è disciplinata dal codice di procedura civile, dalle altre leggi e dal diritto dell'Unione europea.

3. Le ordinanze di sospensione emesse ai sensi dell'art. 295 del codice di procedura civile sono appellabili. L'appello è deciso in camera di consiglio.»;

- art. 87, co. 2 e 3, c.p.a. - Udienze pubbliche e procedimenti in camera di consiglio - secondo cui: «2. Oltre agli altri casi espressamente previsti, si trattano in camera di consiglio:

a) i giudizi cautelari e quelli relativi all'esecuzione delle misure cautelari collegiali;

b) il giudizio in materia di silenzio;

c) il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi e di violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa;

d) i giudizi di ottemperanza;

e) i giudizi in opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio.

3. Nei giudizi di cui al comma 2, con esclusione dell'ipotesi di cui alla lettera a), e fatto salvo quanto disposto dall'articolo 116, comma 1, tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne, nel giudizio di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. La camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimato. Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne fanno richiesta.».

12.1.1. Dal tenore testuale e dall'analisi sistematica delle sopra riportate disposizioni emerge che:

a) l'ampiezza del rinvio operato dall'art. 79 cit. alla sospensione del processo come disciplinata dal c.p.c. comporta l'applicabilità, nel processo amministrativo, dell'intera gamma delle disposizioni che governano la materia, dunque non solo dell'art. 295 cit. (espressamente richiamato dall'art. 79, co. 3, cit.), ma anche dell'art. 337 cit. e di ogni altra disposizione compatibile in forza del rinvio operato dall'art. 39 c.p.a., posto che non si ravvisano ostacoli logico giuridici a tale estensione (cfr. in tal senso Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 131, in relazione all'applicabilità della sospensione del processo di cui all'art. 624 c.p.c. in forza della clausola di rinvio aperto di cui all'art. 39 c.p.a.);

b) una volta stabilito che il processo amministrativo ha importato l'intera disciplina della sospensione del processo civile, non costituisce sintomo di particolare limitazione applicativa (in specie dell'art. 337 cit.), il co. 3, primo periodo, dell'art. 79, nella parte in cui prevede l'impugnabilità dei soli provvedimenti che dispongono la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c.; tale clausola, invero, non vieta l'impugnabilità dei provvedimenti resi ex art. 337 (o in base ad altra disposizione) conformemente a quanto avviene, del resto, nel processo civile, limitandosi a ribadire quanto si ritrae dalla interpretazione sistematica del richiamo generale effettuato dal co. 1 del medesimo articolo 79 cit., ovvero che, analogamente a quanto stabilito dall'art. 42 c.p.c., solo i provvedimenti che dispongono la sospensione sono impugnabili, non quelli che la ricusano ovvero che la revocano;

c) in ordine al rito applicabile è sufficiente osservare che, in primo grado, necessariamente esso seguirà quello disciplinato per la causa portante, al cui interno viene sollevata la questione della sospensione; in appello, viceversa, il rito applicabile è solo quello camerale la cui disciplina generale è recata dall'art. 87 cit.; né discende, fra l'altro, l'applicabilità della disciplina delle impugnazioni avverso le sentenze; il dimezzamento dei termini processuali; la speciale indicazione dei termini a difesa in relazione alla fissazione della camera di consiglio in cui affrontare la questione della sospensione (violati per quanto concerne la camera di consiglio fissata davanti a questa sezione, ma non rilevati dalle parti intimato e dunque da considerarsi accettati da queste ultime); la forma di ordinanza del provve-

dimento che dispone la sospensione ovvero della pronuncia che decide l'appello (arg. ex art. 33, co. 1, lett. a) e b), c.p.a. in considerazione della natura non propriamente decisoria e definitiva della pronuncia resa sulla sospensione).

12.2. Una volta assodata l'applicabilità al processo amministrativo delle norme processuali civilistiche disciplinanti l'istituto della sospensione del processo, si pongono le ulteriori questioni concernenti l'individuazione dei presupposti e dell'ambito applicativo dell'art. 337 cit., dei suoi rapporti con l'art. 295 cit., del regime degli atti processuali che intervengono in materia di sospensione.

Su tutti questi punti il collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dagli approdi cui è pervenuta la dottrina e la giurisprudenza processuale civile, quest'ultima a far data soprattutto dal 2004, quando ha iniziato un percorso esegetico che ha ristretto l'ambito applicativo dell'art. 295 c.p.c. al solo caso del contemporaneo svolgimento di due giudizi in primo grado senza che quello pregiudicante sia stato ancora deciso (cfr. Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 375; sez. un., 30 novembre 2012, n. 21348; sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027; sez. III, 16 dicembre 2009, n. 26435; sez. III, 29 agosto 2008, n. 21924; sez. un., 26 luglio 2004, n. 14060, cui si rinvia a mente degli art. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.).

Conseguentemente e in sintesi:

a) l'essenza della norma sancita dall'art. 337, co. 2, cit., sta nell'eventualità che sulla questione pregiudiziale sia già intervenuta una sentenza; se tale sentenza passa in giudicato, il giudice della questione pregiudicata dovrà adeguarsi ad essa, ma, se è impugnata, il giudice della questione pregiudicata può sospendere il processo in attesa della pronuncia sull'impugnazione; tuttavia, trattandosi di una facoltà, può anche non sospendere, nel qual caso non è detto che debba necessariamente conformarsi alla decisione impugnata, sia perché potrebbe ritenere non sussistente l'influenza effettiva della sentenza sulla questione al suo esame e sia perché, anche indipendentemente da ciò, potrebbe valutare liberamente la probabilità che la sentenza invocata possa essere confermata e l'opportunità della sospensione; questo orientamento si fonda su tre ragioni: la prima è che nel caso in cui sussista un rapporto di pregiudizialità tra una causa pendente in appello (la pregiudicante) ed una pendente in primo grado (la pregiudicata), l'art. 295 c.p.c., è inapplicabile, perché tale ultima norma non preve-

de in alcun modo l'ipotesi delle cause pendenti in gradi diversi; la seconda giustificazione è che la facoltatività della sospensione ex art. 337 c.p.c., non ha lo scopo di prevenire il contrasto di giudicati (come l'art. 295 c.p.c.), ma soltanto quello di prevenire lo svolgimento di attività processuale che potrebbe poi perdere ogni utilità, sicché la mancanza di sospensione non determina effetti; in terzo luogo, la circostanza che nella causa pregiudicante non solo sia già stata pronunciata una sentenza, ma questa sia stata per di più impugnata, rende maggiormente complessa la situazione che il giudice della causa pregiudicata deve valutare ai fini della sospensione; da qui la necessità che il giudice motivi congruamente se ritenga o meno di poggiarsi sull'autorità della sentenza impugnata;

b) a differenza dell'art. 295 cit., la previsione in commento contempla una causa di sospensione facoltativa fondata sulla generica influenza di una decisione che assume una mera "autorità di fatto"; l'autorità della cui invocazione parla l'art. 337, co. 2, è soltanto quella che riguarda il modo di decidere questioni risolte in altre cause; la differenza tra le due ipotesi, pertanto, è che nella prima (art. 295 c.p.c.), occorre una pregiudizialità in senso tecnico-giuridico, nel secondo caso (art. 337 c.p.c.), è sufficiente una pregiudizialità in senso meramente logico; inoltre, poiché la ragione fondante dell'art. 295 cit. è quella di evitare il rischio di giudicati (in tal senso è pacifica anche la giurisprudenza amministrativa, cfr. fra le tante Cons. giust. amm., 19 marzo 2010, n. 401), e tale norma fa esclusivo riferimento alla pregiudizialità in senso proprio, la correlazione deve sussistere solo fra giudizi pendenti in primo grado;

c) da quanto sopra esposto discende che l'art. 337, co. 2, è applicabile non solo quando è impugnata con mezzo di impugnazione straordinario una sentenza già passata in giudicato, ma anche in caso di impugnazione ordinaria; in tal caso, se il giudizio pregiudicante è stato definito con sentenza non passata in giudicato, è possibile la sospensione del giudizio pregiudicato solo ai sensi dell'art. 337, co. 2, cit. e non ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (pure se la sentenza di primo grado la cui autorità è invocata appartiene ad un altro ordine giurisdizionale dovendosi anche in tal caso identificare il rilievo di una sentenza oggetto di impugnazione, pronunciata nell'esercizio di una specifica giurisdizione, con riguardo al bene della vita del quale si discute davan-

ti all'altro giudice); pertanto, se il giudice disponga la sospensione del processo ai sensi di tale ultima norma il relativo provvedimento è di per sé illegittimo, a prescindere da qualsiasi accertamento di merito circa la sussistenza del rapporto di pregiudizialità, fatto salvo però il potere del giudice di qualificare l'atto secondo il suo contenuto sostanziale e di convertirlo ove sia completo degli elementi strutturali richiesti dalla disciplina sostitutiva.

12.3. Ricostruito il quadro delle norme e dei principi applicabili alla vicenda in trattazione, il collegio osserva che tutte le doglianze sollevate dal comune sono inaccoglibili.

Invero, al di là di alcune imprecisioni lessicali contenute nella motivazione dell'impugnata ordinanza e dell'erroneo richiamo formale all'art. 295 c.p.c., deve ritenersi che il T.a.r., nella sostanza:

a) ha fatto applicazione della norma sancita dall'art. 337, co. 2, cit.;

b) ha preso atto dell'autorità della sentenza n. 1596 del 2011 e delle conseguenze discendenti dalla sua eventuale caducazione a conclusione del relativo giudizio di impugnazione;

c) ha motivato, in parte anche per implicito, evidenziando il possibile inutile aggravio degli adempimenti processuali e procedurali conseguenti alla prosecuzione del giudizio sui segmenti di azione amministrativa successivi alla sentenza n. 1596 del 2011; infatti, qualora si dovesse giungere alla caducazione dell'aggiudicazione in favore della società Toscana Energia, perdurando l'efficacia della scelta compiuta a monte dal comune di distaccarsi dall'ambito ottimale, l'ente sarebbe tenuto alla rinnovazione degli atti di gara per individuare un gestore d'ambito solo comunale, ma senza che sia stata assodata, una volta per tutte, la legittimità della relativa determinazione.

13. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere integralmente l'appello proposto dal comune di Prato e confermare l'impugnata ordinanza.

14. Nella peculiarità, novità e complessità della vicenda contenziosa in trattazione, il collegio ravvisa, a mente del combinato disposto degli artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione degli onorari e spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe, lo respinge.

Definito che il rito nel secondo grado di giudizio è esclusivamente quello camerale e non cautelare

L'ordinanza analizza l'applicabilità dell'istituto della sospensione del processo nell'ambito del giudizio amministrativo. Il provvedimento, nella vigenza del nuovo codice, è fra i primi a esaminare la questione

IL COMMENTO DI DONATELLA GIUNTA

L'ordinanza n. 3240/2013 esamina, sotto molteplici profili, l'ambito di applicabilità dell'istituto della sospensione del processo nell'ambito del giudizio amministrativo, in presenza di questioni pregiudiziali, rappresentate dall'esistenza di un giudizio pregiudicante definito con sentenza non passata in giudicato, ovvero impugnata.

A quanto consta il provvedimento in esame è fra i primi, almeno nella vigenza del nuovo codice, a esaminare in modo esteso la questione.

La decisione si compone di due parti, l'una di carattere generale, l'altra relativa alla fattispecie concreta.

Il fatto e il primo grado - La questione sorge da una sentenza resa da un giudice di prime cure, con la quale è stata ritenuta la validità ed efficacia di una complessa sequenza di atti e procedure, posti in essere da un ente locale a seguito della decisione di fuoriuscire dall'ambito ottimale territoriale e gestire in proprio il servizio di distribuzione del gas naturale, in applicazione, da ultimo, della norma dell'articolo 24, comma 4, del Dlgs n. 93 del 2011, prevista per il regime transitorio, prima dell'indefettibile applicazione dell'obbligo, imposto agli enti locali dall'articolo 46-bis, comma 2, del Dl n. 159 del 2007, di

gestire il servizio esclusivamente attraverso ambiti territoriali minimi.

Avverso questa sentenza hanno interposto appello gli originari ricorrenti: l'attuale affidatario del servizio e i comuni già facenti parte della precedente gestione associata. La sentenza non è stata sospesa, avendo rinunciato gli appellanti alle rispettive istanze cautelari.

L'ente ha espletato la gara e ha proclamato l'aggiudicatario.

I comuni d'ambito e la concessionaria (seconda classificata nella gara) hanno impugnato, con autonomi ricorsi, gli atti di gara e l'aggiudicazione, prospettando l'invalidità derivata dalla procedura, discendente dalla illegittimità della originaria scelta dell'ente locale di staccarsi dall'ambito ottimale; con ulteriori censure è stato aggredito il procedimento per vizi propri e per la dedotta carenza di requisiti soggettivi in capo all'aggiudicatario.

Il Giudice di prime cure ha, dapprima, concesso la sospensione cautelare dell'intera procedura di gara, ivi compresa l'aggiudicazione, argomentando dalla sussistenza, *prima facie*, di profili di fondatezza in relazione alle censure concernenti da un lato le modalità di imposizione e svolgimento della gara e dall'altro il possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicatario.

L'Ordinanza è stata confermata in appello.

La sentenza del Tar - Successivamente, all'udienza di merito, il Tar, invece di introitare i giudizi per la decisione, ha pronunciato con ordinanza la sospensione necessaria ai sensi dell'articolo 295 del Cpc, in attesa della decisione di secondo grado sulla causa pregiudicante, relativa alla legittimità della decisione dell'ente di indire la gara singola.

Il giudice di prime cure ha ritenuto tale questione assorbente sul piano logico-giuridico, poiché l'eventuale riforma di quella sentenza renderebbe superfluo l'esame dei vizi propri della gara e dell'aggiudicazione. Gli appelli proposti dall'ente locale sono stati respinti dal Consiglio di Stato con le due ordinanze collegiali, di identico tenore, qui in esame.

Questa ordinanza (sono due, di identico contenuto) è di particolare interesse per quanto concerne i profili generali: l'ammissibilità nel processo amministrativo dei due istituti, di derivazione processualciviltistica, della sospensione necessaria (ai sensi dell'articolo 295 del Cpc) e facoltativa (ex articolo 337, comma 2, del Cpc) del processo e l'appellabilità di entrambi i tipi di ordinanza, pur prevedendo esplicitamente l'articolo 79, comma 3, del Cpa l'impugnabilità della sola ordinanza collegiale di sospensione necessaria.

E anche da salutarsi con favore,

perché chiarificatrice (si pensi alla disciplina dei termini, al rapporto con la speciale disciplina di cui agli articoli 119 e 120 del Cpa, ovvero, più prosaicamente, all'individuazione dell'ammontare del contributo unificato), la puntualizzazione per cui il rito applicabile in appello è esclusivamente quello camerale (non cautelare), regolato dall'articolo 87 del Cpa, non già quello proprio per la causa portante, al cui interno viene sollevata la questione della sospensione.

Sempre in termini generali, l'ordinanza precisa che la sospensione necessaria (articolo 295 del Cpc) è inapplicabile qualora le cause, rispettivamente, pregiudicante e pregiudicata pendano in due gradi diversi, configurandosi, in ipotesi, l'applicabilità della sospensione facoltativa (articolo 337, comma 2, del Cpc). Si tratta di una soluzione consolidata nella più recente giurisprudenza di Cassazione, volta ad apprezzare l'esistenza di una sentenza, seppure non passata in giudicato, ovvero impugnata, ma esecutiva, sulla causa pregiudicante.

I due tipi di sospensione - L'istituto della sospensione facoltativa non mira a evitare il contrasto fra giudicati, ma solo a prevenire lo svolgimento di attività processuali che potrebbero perdere di utilità. Se il giudice della causa pregiudicata decidesse di non sospendere il giudizio, la mancanza di sospensione avrebbe come effetto soltanto l'inutile compimento di attività processuale (cioè, in virtù del cosiddetto effetto espansivo del giudicato).

L'impugnazione della sentenza afferente la causa pregiudicante, aggrava la complessità della situazione che il secondo giudice è chiamato a valutare: ne discende «la necessità che il giudice motivi congrua-

Se il magistrato della causa pregiudicata decidesse di non "fermare" l'iter, la mancanza di uno stop avrebbe come conseguenza soltanto l'inutile compimento di attività processuale, ciò, in virtù del cosiddetto effetto espansivo del giudicato

mente se ritenga o meno di poggiarsi sull'autorità della sentenza impugnata».

La sospensione facoltativa si riferisce, infatti, a una pregiudizialità solo logica, relativa alla «generica influenza di una decisione che assume una mera "autorità di fatto"», intesa, quest'ultima, come «il modo di decidere questioni risolte in altre cause», vale a dire, il contenuto della decisione.

Sulla scorta di queste premesse, l'ordinanza conferma che nel caso di giudizio pregiudicante definito con sentenza non passata in giudicato, è ammissibile la sola sospensione facoltativa (ex articolo 337 del Cpc) e non quella necessaria (ex articolo 295 del Cpc), a pena di illegittimità del provvedimento, e ciò a prescindere dall'accertamento della sussistenza del rapporto di pregiudizialità, fatto salvo il potere di conversione del giudice di qualificare l'atto secondo il suo contenuto sostanziale e di convertirlo ove sia completo degli elementi strutturali richiesti dalla disciplina sostitutiva. Emerge in questo punto un primo profilo di perplessità delle decisioni; il corredo motivazionale sottostante la sospensione necessaria del processo dovrebbe essere

ontologicamente diverso da quello concernente la sospensione facoltativa.

Nel primo caso, infatti, il giudice non può decidere, in assenza della previa definizione della questione pregiudiziale (pregiudiziale tecnico-giuridica). Nella seconda eventualità, invece, egli è chiamato a valutare l'effettiva influenza esercitata dalla sentenza, non passata in giudicato, ovvero impugnata, resa nella causa pregiudicante e deve motivare le ragioni per le quali ritenga di potersi fondare o meno su di essa. In ragione dei differenti elementi di giudizio, non si vede come sia possibile in questo caso al giudice di secondo grado procedere alla conversione della sospensione, da necessaria in facoltativa.

I precedenti - Quanto sostenuto è confermato dalla recentissima ordinanza della sezione VI civile della Corte di cassazione, n. 375 del 9 gennaio 2013, in materia di rapporti fra i due tipi di sospensione, e i cui contenuti sono, per il resto, largamente riecheggiati dalle decisioni qui in esame. Recita l'ordinanza della Cassazione: «la giurisprudenza della Corte è nel senso che, quando sia constatata l'erronea applicazione dell'art. 295, lo scrutinio del fondo del ricorso per regolamento si debba arrestare, restando al giudice del merito di tornare a valutare se la sospensione non possa essere ordinata in base ai presupposti indicati dall'art. 337 c.p.c., comma 2 (Cass. ord. n. 15794 del 2005 e n. 15111 del 2007). La conclusione si giustifica per la considerazione che spetta al giudice del merito valutare se riconoscere l'autorità della sentenza relativa al giudizio di risoluzione del contratto nella causa pendente davanti a sé, oppure non farlo. Pertanto, rimane salva la pos-

sibilità di adozione, per il giudice del merito, di un nuovo e motivato provvedimento di sospensione riconducibile all'esercizio del potere discrezionale riconosciuto dall'art. 337 c.p.c., comma 2».

Il potere di conversione del giudice - L'ampiezza del potere di conversione esercitabile dal giudice di secondo grado, come ricostruito nelle ordinanze per cui è massima, desta perplessità, perché in contrasto con i precedenti assunti. Questa configurazione del potere di conversione è strumentale all'applicazione dei principi alla fattispecie concreta.

La decisione in esame non è esente, neppure nella sua seconda parte, da elementi di criticità.

Sembrano anzitutto rinvenirsi due tendenze contrastanti; da un lato quella di stigmatizzare le pronunce appellate; dall'altro, quella di accedere a una visione, per così dire, sostanzialistica della questione, che oltrepassi l'alveo processuale della impugnazione, per attestarsi nel merito.

Ciò traspare dalla terminologia utilizzata: è qualificata come imprecisioni lessicali ed erroneo richiamo formale all'articolo 295 del Cpc quella sospensione necessaria che produce l'illegittimità *ex se* del provvedimento; viene ritenuto ciò che in sostanza il giudice di prime cure ha voluto intendere; si puntualizza che il giudice di prime cure ha motivato in parte anche per implicito. Viene qui da domandarsi come possa ritenersi «congrua» una motivazione (almeno parzialmente) implicita.

Le osservazioni - Le pronunce di sospensione hanno preso atto dell'autorità della sentenza resa nel giudizio pregiudicante e delle con-

Il futuro dei giudizi al Tar sulle gare potrebbe essere "condizionato" all'esito della lite in appello relativo all'avvio delle stesse procedure. Il ricorso, in sostanza, viene letto come momento decisivo, disconoscendo l'autonomia delle sentenze di primo grado

sequenze derivanti dalla sua eventuale caducazione: qui risiede, ad avviso di chi scrive, un profilo di contraddittorietà rispetto ai precedenti contenuti.

L'ordinanza non contiene (congrua) motivazione delle ragioni per le quali si ritiene di non potersi poggiare sull'autorità della sentenza impugnata. Il prendere atto che un ipotetico annullamento della decisione afferente la causa pregiudicante provocherebbe un inutile dispendio di attività processuale, non può rappresentare un argomento giustificativo, trattandosi, piuttosto, della stessa *ratio* della sospensione facoltativa. Tanto meno, la sospensione può giustificarsi sulla mera eventualità della riforma della pronuncia pregiudiziale, dovendo piuttosto illustrare perché si reputi che quella sentenza non sia in grado di esplicare efficacia risolutiva nella causa pregiudicata (e da qui, al più, svolgersi un giudizio prognostico sul suo annullamento).

Le ordinanze massimate, evidentemente in modo meramente assertivo, affermano l'esistenza dei presupposti che consentono la conversione della sospensione da necessaria in facoltativa.

L'ordinanza conclude ponendo

in evidenza le conseguenze derivanti dall'eventualità della sola caducazione, nei giudizi *a quibus*, dell'agjudicazione, che porterebbe al rinnovo degli atti della gara singola, senza tuttavia che sia stata associata, una volta per tutte, la legittimità della relativa determinazione.

La riflessione collide con la natura stessa della sentenza, come atto (seppure passibile di riforma), idoneo a definire giuridicamente una situazione; con la sua stessa natura esecutiva; con il cosiddetto effetto espansivo del giudicato; con l'esigenza di ragionevole durata del processo. Si tratta di argomenti che avrebbero dovuto trovare spazio nella decisione del giudice, al fine di dare ingresso ai contrapposti interessi e assicurare un equilibrio degli stessi.

L'effetto prodotto, di paralisi a tempo indeterminato dei giudizi di *prime cure* e della sottostante procedura di gara, potrebbe essere volto a evitare un rimpallo sull'eventuale sospensione facoltativa, ritenendo preminente l'accertamento definitivo della causa pregiudicante. Nondimeno, l'intera vicenda processuale non depone a favore del principio di certezza giuridica (né, nello specifico ambito delle gare gas, al principio di concorrenzialità) e, soprattutto, apre lo spazio a pericolose strumentalizzazioni dell'ambito di operatività della sospensione, in particolare, di quella facoltativa, nelle procedure concorsuali.

Il futuro dei giudizi al Tar relativi agli esiti delle procedure di gara potrebbe essere «condizionato» all'esito del giudizio in appello relativo all'avvio delle procedure di gara stesse. L'appello, in sostanza, viene letto come momento decisivo del giudizio, disconoscendo l'autonomia delle sentenze di primo grado.

oltre alla stazione appaltante, entrambi (gl)i (unici) partecipanti alla selezione, uno dei quali sia stato decretato aggiudicatario della selezione, che assume la veste di controinteressato (l'aggiudicatario) e che propone, a propria volta, ricorso incidentale nei confronti di colui che ha avviato la lite come ricorrente (il secondo classificato). Tale schema contenzioso può anche proporsi nell'ipotesi in cui i concorrenti alla selezione siano più di due, ovviamente.

Inoltre, nella maggior parte dei casi, i profili più critici della vicenda emergono quando l'oggetto della disputa non è costituito dalla contestazione in merito al valore attribuito dalla stazione appaltante alle offerte presentate in gara dai due contendenti, che avrebbe determinato una ingiusta e sopravvalutata considerazione di una offerta (quella del controinteressato aggiudicatario) a scapito di quella presentata dal ricorrente secondo classificato e che si sostiene dovesse essere preferita perché migliore e maggiormente in linea con le indicazioni discendenti dalla *lex specialis* di gara e, in particolare, dal capitolato e dal disciplinare, bensì quando la reciproca contestazione insorge sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione.

In questo caso la posizione processuale dei due contendenti si pone su un piano strategico tendente alla paralisi dell'azione dell'altro, attraverso la prospettiva che proprio l'altro operatore, non avendo dimostrato il possesso dei requisiti di partici-

I profili più critici della vicenda emergono nel momento in cui l'oggetto della disputa non è costituito dal valore attribuito alle offerte dei contendenti, bensì quando la reciproca contestazione insorge sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione

zione alla gara andava escluso, di talché non poteva essere, reciprocamente, aggiudicatario (il controinteressato) ovvero ammesso alla graduatoria finale (il ricorrente).

La posizione della giurisprudenza amministrativa - Su tale schema processuale si è impegnata da tempo la giurisprudenza amministrativa nazionale a sciogliere il nodo inerente alla scelta della domanda giudiziale che, tra le due antagoniste che vengono proposte nel medesimo contesto processuale, debba essere prioritariamente scrutinata dal Collegio giudicante e quali gli effetti della verifica in senso favorevole al proponente della sua fondatezza rispetto alla domanda proposta dall'avversario, la cui ritualità di ingresso nell'agone giudiziario resta comunque condizionata dall'esito di quella che il giudice ha deciso di esaminare con priorità.

In sintesi, le ipotesi possono essere le seguenti:

a) qualora si rispetti la priorità temporale di ingresso delle do-

mande giudiziali nel processo, andrebbe esaminata per prima quella proposta dal ricorrente e, solo nel caso in cui essa risultasse fondata, si aprirebbe la strada per lo scrutinio del ricorso incidentale, dipendendo l'esistenza di quest'ultimo, e non solo cronologicamente, dalla proposizione del ricorso principale. In tal caso l'accertata fondatezza anche della domanda incidentale, atteso che (per come si è detto) l'oggetto delle due domande è pressoché coincidente e coagulato nella contestazione in merito alla sussistenza dei requisiti essenziali di partecipazione alla selezione dell'operatore economico diretto concorrente, finirebbe per essere travolta dalla doppia decisione annullatoria l'intera procedura, con esaltazione del cosiddetto interesse strumentale a ricorrere teso al travolgimento dell'intera procedura selettiva, ponendosi a quel punto per la stazione appaltante il dubbio tra la riedizione della procedura ovvero la rinuncia all'affidamento;

b) seguendo l'appena dipanato filo logico, il ragionamento e, soprattutto, l'esito non muterebbe nel caso in cui venisse data priorità di scrutinio al ricorso incidentale, in quanto idoneo a "paralizzare" la posizione del ricorrente principale. La semplificazione processuale e l'economia degli strumenti di giudizio che consiglierebbero tale anticipazione non potrebbero impedire comunque lo scrutinio, seppur successivo, del ricorso principale che, se fondato, produrrebbe inevitabilmente il travolgimento dell'intera procedura.

Le posizioni della Plenaria - L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato inizialmente fa propria la sopradescritta ricostruzione, con la decisione n. 11 del 2008, affermando che, tutto sommato, nell'ipotesi in cui il contenzioso in materia di procedura di gara si pone tra due soggetti direttamente concorrenti ed entrambi indirizzati a chiedere la verifica giudiziale del corretto ingresso in gara dell'avversario, non è granché utile sviluppare una valutazione in termini di priorità nell'esame dei ricorsi, essendo in grado il reciproco accoglimento degli stessi, indipendentemente dall'ordine logico di scrutinio scelto dal tribunale, di travolgere l'intera procedura svolta dall'amministrazione. Tuttavia tale lettura, caratterizzata da una logica oltre che da un equilibrio nella disamina degli interessi in gioco difficilmente contestabili, è stata sottoposta a un vaglio critico con la successiva sentenza n. 4 del 2011 da parte dello stesso Supremo consesso della Giustizia amministrativa.

La nuova decisione della Plenaria, calata in un'ottica connotata da un forte sostanzialismo quanto agli effetti del meccanismo dei ricorsi incrociati, a causa del quale molte procedure in concreto verrebbero annullate provocando così clamorosi ritardi nella conclusione dei contratti, rispetto ai tempi programmati da imprenditori e stazioni appaltanti, privilegia il profilo della capacità paralizzante del ricorso incidentale, idoneo, se fondato, a determinare l'inammissibilità

L'orientamento della Suprema corte

Giurisdizione civile - Principi costituzionali - Ricorso per cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi - Decisioni del Consiglio di Stato - Giudizio amministrativo - Ricorsi principale e incidentale - Esame prioritario del ricorso incidentale rispetto a quello principale da parte del Consiglio di Stato - Ricorso per motivi di giurisdizione - Ammissibilità - Sussistenza - Infondatezza nel merito - Fondamento.

Il principio espresso dal Consiglio di Stato - secondo cui nel giudizio amministrativo il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura - non è condivisibile, in quanto, al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo. Esso, tuttavia, non costituisce conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma di un possibile errore di diritto che, pur rendendo ammissibile il ricorso avverso la predetta sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., stante l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti, non ne giustifica la cassazione per eccesso di potere giurisdizionale.

■ Corte di cassazione, sezioni Unite civili, sentenza 21 giugno 2012 n. 10294

del ricorso originario per carenza di legittimazione a ricorrere del ricorrente (cioè del secondo classificato), mantenendo ferma l'aggiudicazione al controinteressato pur se tacciata di illegittimità, senza che sia necessario svolgere alcuno scrutinio su di essa da parte del giudice amministrativo: con tale soluzione, pur mantenendosi i sospetti sulla legittimità dell'aggiudicazione per carenza dei requisiti di ordine generale in capo all'aggiudicatario, si ottiene il vantaggio che la procedura resta salva, il contratto può essere concluso e l'opera, il servizio o la fornitura eseguite.

Più nello specifico:

a) il principio di fondo espresso dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 4 del 2011 è quello secondo cui la legittimazione al ricorso non si acquisisce con la semplice domanda di partecipazione o con l'ammissione alla gara, ma con l'ammissione legittima;

b) conseguentemente il concorrente ammesso illegittimamente perde la legittimazione nel momento in cui viene annullato (in sede giurisdizionale in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale o, eventualmente, anche dall'amministrazione, in via di autotutela) l'atto infraprocedimentale di ammissione;

e della controversia, dunque, il concesso alla gara che onendo il relativo ancata esclusione tario per carenza di partecipazione, ente, venendo metimazione a ricoria accolto il cosidd-ncidentale con eff-nte, che per tale tinato dal tribuna-

sione il ricorrente a ricorrere quale alla selezione fin dice amministra-mento del ricor-: non dichiara la dalla gara per cap-pposti di parteci-

ento in cui viene zialmente l'illegit-zione alla gara del fpetto retroattivo a giudiziale deter-e conseguenza di la legittimazione ipo a quell'opera- o rispetto agli esi- il semplice fatto legittimato a gra-lo mai, giuridica-non fenomenolo-rtecipato a quella ttiva.

nel mondo giudi-udiosi alla scelta 'lenaria nel 2011 e dell'Adunanza stata condivisa ali amministrati-si sono in segui-andando anche

Un giudice di uno Stato membro può domandare alla Corte di pronunciarsi su qualsiasi questione relativa all'interpretazione dei trattati e degli atti di diritto derivato, se reputa una decisione su questo punto necessaria per emanare la sua sentenza nella lite di cui è investito

apertamente in contrario avviso (si veda per tutte la sentenza del Tar Lazio, sezione I, 10 gennaio 2012 n. 197, con la quale si è esplicitamente affermato che le decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato assumono valore e portata vincolante limitatamente agli orientamenti delle sezioni semplici del giudice amministrativo d'appello, restando a esse impermeabile la posizione di giudizio dei Tar) e ha ricevuto le critiche di una parte della dottrina, in quanto - al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda talvolta la medesima questione - se ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e se ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (*in thesi*) illegittima.

Sullo stesso solco critico si sono attestate le sezioni Unite della Corte di cassazione (con la sentenza 21 giugno 2012 n. 10294) affermando che il principio di diritto enunciato dalla sentenza n. 4 del 2011 della Adunanza plenaria suscita «indubbiamente delle perplessità che la-

sciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita a una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (si vedano gli articoli 121-123 del Cpa), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato».

L'insoddisfazione per le conclusioni raggiunte dalla medesima sentenza n. 4 del 2011 ha anche indotto la sesta sezione del Consiglio di Stato a rimettere nuovamente la questione, a soli due anni dalla sentenza n. 4 del 2001, al vaglio dell'Adunanza plenaria (cfr. ordinanza 17 maggio 2013 n. 2681). Dopo avere analiticamente affrontato, in una sorta di «confronto a coppie» i presupposti che hanno indotto la Plenaria ad assumere la posizione enunciata nella decisione n. 11 del 2008 e successivamente a ribaltarla con la sentenza n. 4 del 2001 e i percorsi decisionali di entrambe le pronunce orientative, la sesta sezione conclude per la rinnovata rimessione al Supremo consesso del giudice amministrativo d'appello a causa delle non condivisibili conseguenze che derivano dall'applicazione del più recente orientamento, in quanto:

a) l'esito del giudizio (e della gara) dipende da un atto dell'amministrazione che - con la prospettiva di risultare insindacabile in sede giurisdizionale - può risultare la conseguenza di deter-

minazioni arbitrarie e indebitamente sollecitate;

b) quando risultino viziati gli atti di ammissione alla gara di entrambe le imprese partecipanti, pur a seguito della statuizione di inammissibilità del ricorso principale (in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale), conserva rilievo sostanziale il vizio dell'atto che ha ammesso alla gara l'aggiudicatario, sicché si è in presenza di un giudicato del tutto «cedevole», poiché l'Amministrazione - ispirandosi al principio di legalità - al termine del giudizio può anche annullare in sede di autotutela l'atto di ammissione dell'aggiudicatario e della conseguente aggiudicazione (il che dovrebbe porsi anche in termini di doverosità, quando il ricorrente principale ha fondatamente - ma inutilmente - dedotto che l'aggiudicatario è privo di uno o più requisiti sostanziali. Peraltro un diverso comportamento della stazione appaltante costituirebbe manifestazione di quel fenomeno oramai comunemente definito di maladministration, rispetto al quale è in corso un delicato processo di trasformazione del sistema amministrativo Italia, provocato dalla legge 190/2012, foriero di conseguenze sotto il profilo della responsabilità amministrativa, dirigenziale e disciplinare nonché per danno all'immagine dell'amministrazione coinvolta);

c) qualora in sede di giustizia amministrativa non sia presa in considerazione la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, in conseguenza della declara-

I Paesi, al momento del recepimento delle nuove regole Ue in tema di tutela contenziosa degli operatori economici, dovrebbero autorizzare l'introduzione di sistemi processuali tesi ad acquisire la pronuncia definitiva prima della stipula del contratto

toria di inammissibilità del ricorso principale, vi è la concreta possibilità che il perdurante rilievo della illegittimità (più o meno evidente) dell'atto di ammissione alla gara dell'aggiudicatario sia sottoposto all'esame di altri ordini giurisdizionali, che constatino un pregiudizio economico per la stessa amministrazione aggiudicatrice e potrebbero giungere a conclusioni incongruenti con la conseguita inopugnabilità dell'aggiudicazione.

L'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia e la decisione del 4 luglio 2013 - Preoccupata dalle conseguenze che avrebbero potuto derivare dalla costante applicazione dei principi espressi nella sentenza n. 4 del 2011, con particolare riferimento alla salvaguardia di principi fondamentali, enunciati nel trattato fondamentale dell'Unione europea, quali la parità di trattamento, la trasparenza e la propensione alla massima partecipazione alle selezioni per l'affidamento di commesse pubbliche, la seconda sezione del TAR

Piemonte (con ordinanza 9 febbraio 2012 n. 208), piuttosto che discostarsi dall'avviso della Plenaria, ritenne doveroso sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia della Unione europea ai sensi dell'articolo 267 del trattato Ce, al fine di chiarire se il principio della necessaria priorità di analisi del ricorso incidentale rispetto a quello principale sia in contrasto con le norme europee e, in particolare, con i principi di parità delle parti e non discriminazione di cui alla direttiva n. 1989/665/Cee (vale a dire la direttiva del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori). In estrema sintesi i giudici amministrativi piemontesi hanno rilevato che:

a) la direttiva n. 1989/665/Cee, come recentemente modificata dalla direttiva n. 2007/66/Ce si preoccupa di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria (articolo 1, par. n. 1), prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di «procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime», così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da una eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese;

b) le procedure di ricorso, in particolare, devono poter mira-

re «ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime» (articolo 2, par. n. 1, lettera b), in un'ottica di effettività della tutela che sembra inconciliabile con l'incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale, per come affermata nella sentenza n. 4 del 2011;

c) nel caso in cui residui al ricorso principale - nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale - l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, reso evidente dalla fondatezza dei motivi mediante i quali si è contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'impresa aggiudicataria, quell'interesse deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena altrimenti l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata in modo non corretto o non legittimo;

d) diversamente ragionando, si addirebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure a evidenza pubblica perché si attribuirebbe al ricorrente incidentale, di fatto, una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara. Tutte le sollecitazioni trasmesse dal Tar Piemonte alla Corte di giustizia Ue sono state da quest'ultima

Con la sentenza del 4 luglio, piuttosto che un independent day della interpretazione del massimo Consesso della giustizia amministrativa, abbiamo assistito a una storica "breccia" nella funzione nomofilattica della Plenaria

pienamente accolte con una sentenza dai tratti sintetici ma nello stesso tempo decisamente assertivi e, comunque, senza alcun dubbio fortemente critici rispetto alla soluzione marcatamente sostanzialista fatta propria dell'Adunanza plenaria nel 2011. La Decima sezione della Corte Ue ha affermato citando anche altri precedenti, come ad esempio la sentenza del 19 giugno 2003 (Hackermüller, causa C 249/01), che:

a) in primo luogo la questione sollevata dal Tar Piemonte, sebbene riferita a una interpretazione espressa da un giudice nazionale rispetto all'applicazione delle disposizioni della prima e della seconda "direttiva ricorsi" ben può considerarsi ammissibile, ai sensi 267 del Tfe, atteso che oggetto della richiesta di vaglio alla Corte di giustizia non è l'interpretazione giurisprudenziale espressa dalla Plenaria bensì l'interpretazione che il giudice nazionale sviluppa con riferimento alle disposizioni nazionali di recepimento delle direttive comunitarie (nella specie la rela-

zione intercorrente tra il codice del processo amministrativo e il codice dei contratti pubblici con riguardo alle direttive n. 665 del 1989 e n. 66 del 2007). Infatti, ai sensi del primo e del secondo comma di tale articolo, un giudice di uno Stato membro può domandare alla Corte di pronunciarsi su qualsiasi questione relativa all'interpretazione dei trattati e degli atti di diritto derivato, qualora reputi una decisione su questo punto necessaria per emanare la sua sentenza nella controversia di cui è investito;

b) posto che dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione e che secondo il paragrafo 3, del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione, una decisione con cui l'autorità aggiudicatrice esclude un'offerta prima ancora di procedere alla selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e non preveden-

do essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni;

c) va dunque affermato che il fatto che l'autorità dinanzi alla quale si svolge il procedimento di ricorso neghi la partecipazione a tale procedimento, per mancanza della legittimazione a ricorrere, a un offerente escluso prima ancora di procedere a una selezione, avrebbe l'effetto di privare tale offerente non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità;

d) dinanzi a una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

Considerazioni conclusive - Le nette affermazioni della Corte di giustizia non lasciano spazio a dubbi in merito alla decisa bocciatura della lettura che la Plenaria nel 2011 aveva propo-

L'ultimo orientamento amministrativo privilegiava il profilo della capacità paralizzante del ricorso incidentale, idoneo, se fondato, a determinare l'inammissibilità dell'originario per carenza di legittimazione a ricorrere del ricorrente

sto con riferimento alla valorizzazione della posizione giudiziale dell'aggiudicatario rispetto a richieste di verifica della legittimità della sua presenza in gara, anche al fine della coltivazione di aspirazioni strumentali alla riedizione della selezione.

La scelta operata dalla Corte Ue, peraltro, è perfettamente coordinata con le proposizioni che si erano sviluppate negli ambienti comunitari all'indomani del varo della cosiddetta seconda direttiva ricorsi (n. 66 del 2007), per effetto delle quali si sarebbe preferito che i Paesi membri, al momento del recepimento nell'ordinamento nazionale delle nuove prescrizioni comunitarie in tema di tutela contenziosa degli operatori economici, avessero autorizzato l'introduzione di sistemi processuali tesi ad acquisire la decisione definitiva della fase contenziosa prima della stipula del contratto (e non, come si è poi preferito realizzare, stabilire soltanto che il contratto non può essere stipulato prima che siano spirati i termini per la proposizione del ricorso).

Una significativa conseguen-

za che discende dalla decisione della Corte è, piuttosto, la dimostrazione che sia vulnerabile da parte di una Corte esterna al plesso giudiziario nazionale (e quindi non solo con riferimento agli interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, laddove ammissibili) l'interpretazione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Al netto del dibattito in corso da tempo sulla reale ammissibilità di una doppia nomofilachia interpretativa nel sistema giurisprudenziale italiano, per effetto di un riparto di giurisdizione dai confini mai troppo netti e quindi incline a produrre due binari interpretativi che corrono paralleli senza mai sovrapporsi o intersecarsi, tanto che nello stesso plesso giurisdizionale amministrativo non sono rare le prese di posizioni dei Tribunali amministrativi regionali dichiaratamente antitetiche rispetto alle linee interpretative proposte dall'Adunanza plenaria, può dirsi che, con la sentenza del "4 luglio", per utilizzare un gioco di date storicamente rilevanti, piuttosto che un independent day della interpretazione del massimo Consesso della giustizia amministrativa, abbiamo assistito a un, più nostrano, "20 settembre", provocando dunque una storica "breccia" nella funzione nomofilattica della Plenaria alla quale potranno sempre riferirsi i detrattori dell'impostazione tesa a valorizzare l'intervento coagulatore di Palazzo Spada per contestarne l'effettività e quindi prenderne, ancor più e direttamente, agevolmente le distanze ovvero sottoporlo costantemente al vaglio critico della Corte Ue. ■

nel redigere la disciplina della lezione.

La norma richiamata, ad esempio, ha introdotto lo strumento dei "bandi-tipo", da predisporre cura dell'Autorità di vigilanza, e sono veri e propri modelli generali di bando che le amministrazioni devono poi seguire al momento di indire la gara. Eventuali deroghe al bando-tipo, secondo la legge, devono essere espressamente motivate nell'ambito della delibera a contrarre, sì - per così dire - inchiodandosi la responsabilità dell'amministrazione in caso di clausole "aspette". Ecco, quindi, che la motivazione di un atto generale quale è il bando di gara - fa il prepotente ingresso nella disciplina degli appalti (nonostante una diversa regola di cui all'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 quale, come è noto, non impone l'obbligo di motivazione per atti generali) e, pur al di là della previsione dell'articolo 64, comma 4-bis (norma che, al momento, non ha ancora visto azione, non essendo ancora varati i famosi "bandi-tipo"), diventa imprescindibile elemento di prova della legittimità *à lex specialis*.

La sentenza "Vittoriano" - proprio questo accade nella sentenza qui in epigrafe la quale, infatti, giunge all'annullamento del bando di gara - sia pure *in re qua* - proprio a causa di un

I giudici fanno cadere alcune prescrizioni che avevano l'effetto di restringere la platea dei possibili concorrenti.

Ad esempio il requisito di qualificazione consistente nell'aver svolto progettazione di eventi culturali presso almeno dieci amministrazioni diverse

suo deficit motivazionale: le carenze individuate dalla sentenza sono tutte riconducibili alla mancata esplicitazione, da parte dell'amministrazione, delle ragioni che l'avevano condotta a delineare in quel modo, piuttosto che in un altro, le clausole della *lex specialis*.

Sotto la censura di irragionevolezza, infatti, il Tar Lazio fa cadere alcune prescrizioni del bando che avevano come effetto immediato la restrizione della platea dei possibili concorrenti: così, anzitutto, quella che imponeva, ai fini della verifica della capacità tecnica e professionale dei concorrenti, l'esistenza di un "unico marchio" sotto il quale dovevano risultare gestite le varie attività culturali in corso di svolgimento; così, inoltre, la clausola che richiedeva la dimostrazione, da parte delle concorrenti, di un elevatissimo fatturato derivante unicamente da attività culturali o museali svolte

per "enti pubblici nazionali" (con irragionevole esclusione di quelle attività svolte per enti, anche privati, di natura regionale o locale); così, ancora, la previsione del requisito di qualificazione consistente nell'aver svolto, nel triennio di riferimento, servizi di progettazione e realizzazione di eventi culturali presso almeno «dieci amministrazioni diverse».

Le osservazioni - Ed è evidente che la censurata irragionevolezza è figlia di una motivazione carente, non avendo la stazione appaltante adeguatamente motivato le ragioni che consigliavano, nel caso di specie, di imporre restrizioni così severe.

Ma è anche evidente, da un punto di vista più generale, l'ampiezza - e, in definitiva, la non controllabilità entro confini certi - del sindacato giurisdizionale che, seguendo quest'impostazione, si riserva al giudice amministrativo: stabilire quali restrizioni siano incompatibili con il principio di massima partecipazione, e quali invece no, sfugge invero a canoni prestabiliti, prestandosi così il fianco a giudizi che finiscono con l'entrare nel merito delle scelte amministrative. È, in sostanza, l'antico e annoso problema della valutazione dell'eccesso di potere, sganciato dai consueti paletti della vera e propria legittimità e (proprio per questo) alla perpetua ricerca di rassicuranti "figure sintomatiche".

Appalti: sull'ammissibilità del ricorso incidentale la Corte di giustizia mette in discussione la Plenaria

Corte di giustizia dell'Unione europea - Sezione X - Sentenza 4 luglio 2013 - Causa C-100/12 - Commento (Presidente Rosas; Relatore Sváb; Avvocato generale Kokott; domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con decisione del 25 gennaio 2012, nel procedimento Fastweb Spa contro Azienda sanitaria locale di Alessandria)

LA MASSIMA

Appalti - Giustizia amministrativa - In materia di contratti pubblici - Ricorso principale e incidentale - Contestazione sul possesso dei requisiti di partecipazione - Ordine di esame delle domande - Esame prioritario del ricorso incidentale interdittivo - Accoglimento - Inammissibilità del ricorso principale indipendentemente dal suo scrutinio - Contrasto con la Direttiva Ce n. 665/1989, modificata dalla direttiva n. 66/2007 - Sussiste.

L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva n. 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva n. 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.



Scarica il testo della sentenza all'indirizzo:

www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com (area COMUNITARIO > SENTENZE DEL GIORNO)

Nel variegato mondo degli affidamenti di commesse pubbliche che, come è comunemente noto, è fortemente condizionato dalle norme dell'Unione europea, che tendono a conformare il più possibile le procedure che vengono svolte in tutti i Paesi membri ai principi del trattato, al fine di costruire un ordinamento giuridico unico in materia di attribuzione di appalti e contratti pubblici agli operatori economici che aspirano a realizzarli, si registra la presenza di un caleidoscopico

Una scelta in linea con le proposizioni sviluppate dopo il varo della seconda direttiva ricorsi

IL COMMENTO DI
STEFANO TOSCHEI

settore, costituito dal contenzioso tra operatori che partecipano

alle procedure di affidamento, capace di produrre ipotesi di liti tra aspiranti contraenti pubblici estremamente fantasiose e di difficile soluzione, implicanti l'assunzione di posizioni in bilico tra il formalismo e il sostanzialismo giudiziario da parte delle Corti di giustizia interne deputate a decidere le controversie in materia.

Il contesto della lite - Tra queste ipotesi, una delle più ricorrenti è offerta dal caso in cui la lite giudiziale vede protagonisti,