

Archivio selezionato: Sentenze Consiglio di Stato ad. plen.

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Appello contro le decisioni dei tribunali amministrativi regionali (T.A.R.) - - appello incidentale

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 11 del 2008 del ruolo dell'Ad. Plen. (n. 4247 del 2007 del ruolo della Sez. V), proposto dalla s.p.a. Acegas-Aps, dalla s.r.l. Ecologica, dalla soc. coop. Art. Co. Bassa Friulana e dalla s.r.l. Savi Servizi, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Primo Michielan, Sebastiano Tonon e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliati in Roma, alla via F. Confalonieri n. 5, presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi;

contro

la s.p.a. Vesta e la s.p.a. Manutencoop Servizi Ambientali (appellanti incidentali), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Germano Bellussi e Maurizio Mensi, ed elettivamente domiciliati in Roma, alla via dei Prefetti n. 30, presso lo studio dell'avvocato Maurizio Mensi;

e, nei confronti

del Comune di Cavallino Treporti, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Zambelli e Mario Ettore Verino, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Lima, n. 15, presso lo studio dell'avvocato Mario Ettore Verino;

per la riforma

della sentenza del TAR per il Veneto, Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 82; Visto l'appello principale, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. Vesta, della s.p.a. Manutencoop Servizi Ambientali e del Comune di Cavallino Treporti;

Vista l'ordinanza della Sezione Quinta n. 2669 del 2008, che ha rimesso il giudizio all'esame dell'Adunanza Plenaria;

Viste le memorie depositate dall'a.t.i. Acegas, dall'a.t.i. Vesta, e dal Comune di Cavallino Treporti;

Visto l'art. 45 del testo unico approvato col regio decreto n. 1054 del 1924;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita la relazione del consigliere di Stato Luigi Maruotti alla pubblica udienza del 20 ottobre 2008 e uditi, altresì, gli avvocati Cacciavillani, per delega dell'avvocato Primo Michielan, Luigi Manzi, Mario Ettore Verino, Maurizio Mensi;

Considerato che, ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, è stato pubblicato il dispositivo n. 2 del 2008 della decisione, cui segue il deposito della relativa motivazione;

Fatto

Considerato in fatto e in diritto quanto segue.

1. In data 23 settembre 2005, il Comune di Cavallino Treporti ha indetto una gara per lo svolgimento del servizio di gestione integrata del ciclo di raccolta, conferimento e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e per la riscossione della tariffa di igiene ambientale, da aggiudicare

all'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'importo annuo a base d'asta pari a 1.380.000.

Hanno partecipato alla gara tre associazioni temporanee di imprese:

- quella tra le imprese Aimeri ambiente impresa Ponticelli, Gaia cooperativa ed Ecoverde cooperativa, poi esclusa perché ha formulato una offerta al rialzo;
- quella tra la s.p.a. Vesta (già affidataria del servizio), la s.c.e.r.l. Manutencoop e la s.p.a. ASVP (di seguito: l'a.t.i. Vesta), che si è classificata seconda nella graduatoria finale con punti 79,53;
- quella tra la s.p.a. Acegas-Aps, la s.r.l. Ecologica, la soc. coop. Art. Co. Bassa Friulana e la s.r.l. Savi Servizi, che si è classificata prima con punti 79,90.

Col provvedimento n. 618 del 27 giugno 2006, il Comune ha disposto l'aggiudicazione definitiva nei confronti dell'a.t.i. Acegas.

2. Col ricorso di primo grado n. 1731 del 2006 (proposto al TAR per il Veneto), l'a.t.i. Vesta ha impugnato il capitolato speciale di gara, l'atto di ammissione alla gara dell'a.t.i. Acegas e il provvedimento di aggiudicazione, chiedendone l'annullamento sulla base di otto motivi.

La s.p.a. Acegas ha proposto un ricorso incidentale, con cui ha chiesto che il ricorso principale sia dichiarato inammissibile, poiché il Comune avrebbe dovuto escludere dalla gara l'a.t.i. Vesta, la cui offerta - col previsto ribasso dello 0,077% - ha specificato che non sono stati computati gli oneri di realizzazione e gestione della stazione di travaso e dell'ecocentro.

La s.r.l. Ecologica ha proposto un distinto ricorso incidentale, con cui ha chiesto che il ricorso principale sia dichiarato inammissibile per sei motivi, tra cui quello già rilevato col ricorso incidentale della s.p.a. Acegas.

Con l'ordinanza n. 743 del 2006, il TAR ha sospeso gli effetti del provvedimento di aggiudicazione ed ha disposto che, nel corso del giudizio, la s.p.a. Vesta "proseguia nella gestione del servizio".

3. Con la gravata sentenza n. 82 del 2007, il TAR per il Veneto:

- a) ha accolto il ricorso incidentale della s.p.a. Acegas e il primo motivo del ricorso incidentale della s.r.l. Ecologica, respingendo gli altri cinque motivi del ricorso incidentale di quest'ultima;
- b) ha dichiarato ammissibile il ricorso principale, rilevando che - se sono presentate due offerte valide nel corso di una gara d'appalto - l'accoglimento del ricorso incidentale della aggiudicataria comporta che vada esaminato anche il ricorso principale, poiché il suo accoglimento comporterebbe l'indizione di una ulteriore gara, con il conseguente interesse strumentale della ricorrente principale;
- c) ha respinto i primi quattro motivi del ricorso principale;
- b) ha accolto il quinto motivo del ricorso principale (previa reiezione di eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del Comune e dell'a.t.i. Acegas), rilevando che il Comune non avrebbe verificato se l'offerta della stessa a.t.i. Vesta sia conforme all'art. 11 del bando [da interpretare unitamente all'art. 11, lettera d), del capitolato speciale], e cioè se la mandataria possedesse almeno il 60% del fatturato del complessivo rispetto alle mandanti e se ciascuna delle società mandanti possedesse un fatturato pari almeno al 20% della residua percentuale non superiore al 40%;
- c) in prospettiva della ripetizione della gara, ha ritenuto ammissibile ed ha accolto il sesto motivo del ricorso principale ed ha annullato l'art. 11, lettera d), del capitolato speciale, sui punteggi per la capacità economica e finanziaria, per violazione dell'art. 12 del d.lg. n. 157 del 1995;
- d) ha respinto il settimo e l'ottavo motivo del ricorso principale;
- e) ha conseguentemente annullato gli atti di ammissione alla gara dell'a.t.i. Vesta e dell'a.t.i. Acegas, salvi gli ulteriori provvedimenti;
- f) ha respinto la domanda di risarcimento del danno, formulata dalla ricorrente principale.

4. Con il primo motivo dell'appello principale in esame, l'a.t.i. Acegas ha chiesto che, in parziale riforma della sentenza gravata, sia dichiarato inammissibile il ricorso principale di

primo grado dell'a.t.i. Vesta, deducendo che la fondatezza del ricorso incidentale rende inammissibile il ricorso principale, anche quando siano state ammesse alla gara due sole imprese.

L'appellante principale ha altresì rilevato che il TAR non avrebbe considerato due elementi, e cioè che nel corso della gara sono state presentate tre offerte e che non sussisterebbe un effettivo interesse strumentale dell'a.t.i. Vesta, perché l'accoglimento del quinto motivo del ricorso originario non comporta di per sé la rinnovazione della gara, che può aver luogo solo dopo il rinnovo del segmento della gara già conclusa e la verifica da effettuare ai sensi dell'art. 11 del bando di gara.

Inoltre, l'appellante principale ha chiesto:

- con il secondo ed il terzo motivo, che sia dichiarato inammissibile o irricevibile il quinto motivo del ricorso originario;
- con il quarto motivo, che il quinto motivo del ricorso originario vada respinto, per l'insussistenza della ragione che ha indotto il TAR a ritenere che il Comune avrebbe dovuto escludere l'a.t.i. Acegas dalla gara;
- con il quinto motivo, che sia comunque respinto il sesto motivo del ricorso originario;
- con il sesto ed il settimo motivo, l'accoglimento del quarto e del sesto motivo del ricorso incidentale di primo grado della s.r.l. Ecologica.

5. L'a.t.i. Vesta ha appellato in via incidentale la sentenza del TAR:

- con i primi cinque motivi d'appello, ha chiesto che in riforma della sentenza del TAR, siano accolti il primo, il terzo, il quarto, il settimo e l'ottavo motivo del suo ricorso originario di primo grado;
- col sesto motivo, ha impugnato le statuizioni con cui il TAR ha accolto i ricorsi incidentali della s.p.a. Acegas e della s.r.l. Ecologica, deducendo che la sua offerta sarebbe conforme alle prescrizioni del bando.

6. Prima della proposizione degli appelli, in data 31 marzo 2007, la commissione di gara ha dato esecuzione alla sentenza del TAR ed ha verificato che l'offerta dell'a.t.i. Vesta non è conforme all'art. 11 del bando, poiché la mandante s.r.l. Ecologica non è risultata in possesso del requisito ivi previsto del 20%.

Con i suoi scritti, il Comune ha eccepito di conseguenza l'improcedibilità dell'appello principale e l'inammissibilità di quello incidentale.

L'a.t.i. Acegas ha depositato un controricorso e memorie difensive, con cui ha insistito nelle proprie deduzioni ed ha eccepito l'inammissibilità del secondo, terzo, quarto e quinto motivo dell'appello incidentale.

Con i suoi scritti, l'a.t.i. Vesta ha insistito nelle conclusioni già formulate con l'appello principale.

7. Con l'ordinanza n. 2669 del 2008, la Quinta Sezione:

- a) ha respinto l'eccezione di improcedibilità dell'appello principale e di quello incidentale (formulata dal Comune), rilevando che il riesame degli atti di gara è stato disposto in ragione della esecutività della sentenza di primo grado;
- b) ha respinto il secondo ed il terzo motivo dell'appello principale (con cui sono state riproposte le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del quinto e del sesto motivo del ricorso principale di primo grado);
- c) ha respinto l'eccezione dell'a.t.i. Acegas sulla inammissibilità del secondo, terzo, quarto e quinto motivo dell'appello incidentale;
- d) è passata all'esame del primo motivo dell'appello principale, con cui l'a.t.i. Acegas ha chiesto che - in ragione del disposto accoglimento dei ricorsi incidentali di primo grado - sia dichiarato inammissibile il ricorso principale di primo grado dell'a.t.i. Vesta.

Al riguardo, l'ordinanza di rimessione:

- ha rilevato che, nella specie, le imprese ammesse alla gara erano due (per l'esclusione dell'a.t.i. Aimeri ambiente) e che la conferma della sentenza gravata comporterebbe la

ripetizione della gara (perché il Comune ha constatato l'assenza del requisito previsto dall'art. 11 del bando sul fatturato della mandante s.r.l. Ecologica);

- ha ricostruito l'evoluzione della giurisprudenza sulla questione se continui a sussistere l'interesse del ricorrente principale, quando risulti che la sua offerta doveva essere esclusa, in accoglimento del ricorso incidentale della aggiudicataria, e due sole offerte siano state ammesse in gara;

- ha rilevato che, qualora risulti fondato il ricorso incidentale della aggiudicataria di una gara cui siano state ammesse due partecipanti, per un orientamento (cfr. Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468; Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583, ai cui principi si è ispirata la sentenza gravata), resta ammissibile il ricorso principale, in ragione dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara, mentre per un altro orientamento (cfr. Sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689), si applica la regola tradizionale per cui il ricorso principale diventa improcedibile per difetto di legittimazione;

- ha richiamato un ulteriore orientamento (cfr. Sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811), per il quale l'esame del ricorso incidentale può avere luogo solo dopo che risulti fondato il ricorso principale, perché solo ciò fa sorgere l'interesse della controinteressata all'esame della censura incidentale, avente «carattere accessorio»;

- ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria le questioni riguardanti l'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale, e le conseguenze dell'accoglimento di uno in ordine all'esame dell'altro.

Sul punto, l'ordinanza di rimessione ha manifestato la propria adesione all'orientamento per il quale - quando alla gara siano state ammesse due offerte - va dapprima esaminato il ricorso incidentale contro l'atto di ammissione alla gara del ricorrente principale e poi, nel caso di sua fondatezza, vanno esaminate le censure di questi contro l'ammissione della aggiudicataria, concludendo nel senso che il TAR può annullare entrambi gli atti di ammissione, con la conseguente indizione di una ulteriore gara.

8. A seguito dell'ordinanza di rimessione, le parti hanno depositato memorie difensive, con cui hanno illustrato le questioni controverse ed hanno insistito nelle già formulate conclusioni.

In Comune di Cavallino Treporti ha inoltre reiterato l'eccezione di improcedibilità degli appelli (poiché il responsabile del servizio gara ha concluso la fase di rivalutazione dell'offerta dell'a.t.i. Acegas, facendo proprie le determinazioni della commissione di gara sulla sua esclusione).

9. Così ricostruite le vicende che hanno condotto alla presente fase del giudizio, rileva la Sezione che - per il carattere definitivo delle relative statuizioni - l'ordinanza di rimessione va qualificata come decisione parziale, nella parte in cui:

a) ha respinto il secondo ed il terzo motivo dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas (sulla irricevibilità e inammissibilità del quinto motivo del ricorso incidentale, accolto dal TAR);

b) ha respinto l'eccezione di improcedibilità di entrambi gli appelli, proposta dal Comune (con una articolata motivazione che, nel richiamare consolidati orientamenti giurisprudenziali, ha sottolineato come il riesame della valutazione dell'offerta dell'a.t.i. Acegas sia avvenuto unicamente per dare esecuzione alla relativa statuizione del TAR).

Ne consegue che, per la preclusione del giudicato, va dichiarata inammissibile l'identica eccezione di improcedibilità degli appelli, in questa sede riproposta dal Comune.

10. Prima dell'esame della questione sollevata dall'ordinanza di rimessione, vanno esaminate le censure della ricorrente principale in primo grado (a.t.i. Vesta, ora appellante incidentale) avverso la statuizione con cui il TAR ha accolto i ricorsi incidentali di primo grado ed ha annullato l'atto che l'ha ammessa alla gara, per il contrasto tra la sua offerta e le previsioni del bando.

Infatti, ove vada riformata tale statuizione (e salvo l'esame delle ulteriori censure del ricorso incidentale di primo grado), risulterebbe ammissibile il suo ricorso principale di primo grado

(con la conseguente irrilevanza del primo motivo dell'appello principale, posto all'esame dell'Adunanza Plenaria).

Va pertanto esaminato con priorità il sesto motivo dell'appello incidentale (pp. 33-36), con cui l'a.t.i. Vesta ha dedotto che - contrariamente a quanto statuito dal TAR - la sua offerta sarebbe conforme alle prescrizioni del bando.

10.1. Per la comprensione delle censure proposte dall'appellante incidentale a.t.i. Vesta, va premesso che:

- con il primo motivo, i ricorsi incidentali di primo grado hanno dedotto che l'a.t.i. Vesta ha presentato una offerta incompleta, poiché - pur avendo indicato il ribasso dello 0,077% - essa non ha compreso gli oneri per la realizzazione e la gestione della stazione di travaso e dell'ecocentro, ritenendoli "allo stato attuale non quantificabili";

- per la sentenza gravata (p. 8 s.), la stessa offerta va considerata effettivamente incompleta e - per l'entità dei medesimi oneri - anche superiore all'importo posto a base della gara.

Con le sue censure, e con riferimento alle «spese di realizzazione», l'a.t.i. Vesta ha in contrario dedotto che il contenuto della sua offerta economica doveva tenere conto del contenuto del progetto tecnico e dei 'vincoli progettuali' per gli articoli 5 e 6 del capitolato speciale, sicché, per il servizio di «gestione di un centro multiraccolta-ecocentro per la raccolta differenziata», rilevarebbe lo stesso art. 6, comma 2, per il quale «è d'obbligo all'impresa appaltatrice ... avere la disponibilità di un'area da adibire» al medesimo centro e «provvedere alle autorizzazioni» per la sua gestione.

Ad avviso dell'a.t.i. Vesta, il progetto tecnico (con l'offerta economica che si doveva a questa 'modellare') doveva dar conto della «disponibilità dell'area» (che nella specie non comportava ulteriori oneri di acquisizione, in quanto essa già era nella sua disponibilità) e della «acquisizione delle autorizzazioni» (che sono stati quantificati in diecimila euro).

Quanto alle «spese di gestione», in particolare l'a.t.i. Vesta ha richiamato l'art. 13 della *lex specialis* (sulla possibilità per il Comune di chiedere «variazioni in più o in meno dei servizi, secondo accordi che tengano conto degli effettivi eventuali oneri aggiuntivi che possano derivare»), rilevante anche in relazione ai costi non quantificabili.

10.2. Ritiene l'Adunanza Plenaria che le censure così riassunte vadano respinte, perché infondate.

La p. 4 del bando di gara ha indicato l'importo complessivo annuale a base di gara (pari a 1.380.000 euro) e - nel prevedere che ciascuna partecipante avrebbe dovuto indicare l'importo offerto per l'assunzione del servizio, col ribasso d'asta in percentuale - ha precluso la proposizione di offerte economiche superiori all'importo posto a base della gara.

A sua volta, il capitolato speciale ha previsto:

- all'art. 2, lettera l), che tra i servizi da svolgere nell'ambito della gestione integrata del ciclo dei rifiuti, rientra la «gestione di un centro multiraccolta-ecocentro per la raccolta differenziata»;

- all'art. 6, che per la «realizzazione dei servizi» sono «indispensabili» alcuni elementi, tra qui l'essersi muniti della disponibilità dell'area per l'ecocentro e il rilascio delle autorizzazioni richieste per il suo esercizio (in quanto l'area e le relative autorizzazioni non sarebbero state poste a disposizione dal Comune).

Da tali previsioni, contrariamente a quanto dedotto dall'a.t.i. Vesta, emerge che l'art. 6 non ha limitato l'ambito dei servizi oggetto della gara, ma ha unicamente individuato gli elementi indispensabili per la realizzazione dei servizi.

In altri termini, il capitolato speciale ha previsto che la partecipante alla gara avrebbe dovuto indicare l'importo offerto in relazione a tutti i servizi oggetto della gara, tra cui anche quello di gestione del centro multiraccolta per la raccolta differenziata, in relazione a tutte le fasi susseguenti alla acquisizione della disponibilità dell'area e, dunque, anche quelle inerenti alla sua realizzazione e gestione.

Ciò posto, dalla documentazione acquisita emerge che - per l'esecuzione dei servizi di gara - l'a.t.i. Vesta ha presentato una offerta pari all'importo annuo di euro 1.378.924,60 (corrispondente al ribasso dello 0,077%), con la precisazione però che «l'offerta non è comprensiva degli oneri per la realizzazione e la gestione della stazione di travaso e dell'ecocentro, in quanto allo stato attuale non quantificabili».

Come risulta anche dalla tabella «scheda riepilogo costi servizi», la stessa offerta economica non ha dunque riguardato quanto meno le spese di realizzazione e di gestione del servizio (anche ove si ritenga rilevante, per il mancato computo dei relativi oneri, la dichiarazione sulla già acquisita disponibilità dell'area).

Poiché l'a.t.i. Vesta ha presentato una offerta incompleta, risulta effettivamente illegittimo l'atto con cui il Comune la ha ammessa alla gara, sicché il sesto motivo dell'appello incidentale va respinto.

11. La conferma della statuizione sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara dell'a.t.i. Vesta comporta l'improcedibilità del sesto (p. 34-37) e del settimo motivo (p. 37-40) dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas (sulla sussistenza di ulteriori ragioni di difformità dell'offerta dell'a.t.i. Vesta dal bando, già dedotte col quarto ed il sesto motivo del ricorso incidentale).

12. Acquista rilievo, a questo punto, il primo motivo dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas, il cui esame è stato sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria, per il suo carattere di massima. Nel caso di specie, due sole offerte sono state ammesse alla gara (in quanto una terza è stata esclusa con un atto divenuto inoppugnabile).

L'ordinanza di rimessione ha compiutamente richiamato la articolata giurisprudenza di questo Consiglio sulla questione se - nel caso di ammissione alla gara di due offerte - continui a sussistere l'interesse a ricorrere della impresa ricorrente principale, quando risulti fondato il ricorso incidentale della aggiudicataria sulla illegittimità della sua ammissione alla gara:

- a) per l'orientamento 'tradizionale', va applicata la regola per cui il ricorso principale diventa improcedibile per difetto di legittimazione;
- b) per un orientamento più recente, va esaminato dapprima il ricorso incidentale e, anche nel caso di sua fondatezza, resta ammissibile il ricorso principale, in ragione dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara;
- c) per un ulteriore minoritario orientamento, va esaminato dapprima il ricorso principale e, solo nel caso di sua fondatezza, sorge l'interesse della aggiudicataria all'esame del suo ricorso incidentale, avente 'carattere accessorio'.

13. Osserva al riguardo l'Adunanza Plenaria che la questione di massima sollevata con l'ordinanza di rimessione vada risolta tenendo conto:

- a) delle disposizioni applicabili per il ricorso incidentale nel giudizio di impugnazione;
- b) dei principi riguardanti l'ordine logico di trattazione delle questioni;
- c) del principio di imparzialità del giudice, che deve trattare le parti in condizioni di parità.

13.1. Quanto alle disposizioni applicabili al ricorso incidentale, l'art. 22 della legge n. 1034 del 1971 ha richiamato l'art. 37 del testo unico approvato col regio decreto n. 1054 del 1924 e l'art. 44 del regio decreto n. 642 del 1907.

Essi hanno disciplinato le modalità formali ed il termine per la proposizione del ricorso incidentale, mentre per la sua incidenza sul contenuto della sentenza il citato art. 37, sesto comma, si è limitato a disporre che «*il ricorso incidentale non è efficace se è prodotto dopo la rinuncia al ricorso principale o se questo è dichiarato inammissibile per essere stato proposto fuori termine*».

Con riferimento al giudizio di impugnazione, il legislatore si è dunque rimesso alla elaborazione giurisprudenziale, ponendo solo la regola - basata sul principio di economia processuale - per cui, se vi sono ragioni preclusive dell'esame della fondatezza del ricorso principale, diventa in sostanza improcedibile il ricorso incidentale, per sopravvenuta carenza di interesse.

L'art. 37, sesto comma, si è espressamente riferito ai soli casi in cui le censure del ricorso principale non possano essere esaminate perché esso è rinunciato o è tardivamente proposto, ma risulta senz'altro applicabile per identità di *ratio* anche quando esso vada dichiarato perento o improcedibile per il superamento del termine del suo deposito.

In tali casi, in cui il ricorso incidentale diventa improcedibile, ben può affermarsi che questo è subordinato e accessorio a quello principale.

13.2. Qualora il ricorso principale sia stato tempestivamente notificato e depositato, e non seguito dalla perenzione o dalla rinuncia, nell'assenza di indicazioni normative sul ricorso incidentale, sull'ordine di trattazione dei due ricorsi e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, l'operato del giudice amministrativo nella soluzione delle anzidette questioni non può che ancorarsi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità.

13.2.1. Quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite.

A volte, per ragioni di ordine logico il giudice può esaminare dapprima il ricorso principale (come avviene quando questo impugni il verbale di proclamazione degli eletti e lamenti la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti al controinteressato): solo se risulti fondato il ricorso principale, sussiste un effettivo interesse del controinteressato all'esame del suo ricorso incidentale (che, a sua volta, abbia lamentato sotto altri profili la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti di preferenza al ricorrente principale, al fine di ripristinare le posizioni antecedenti alla proposizione dei ricorsi).

Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare prima il ricorso incidentale che risulti fondato e di dichiarare inammissibile il ricorso principale (per la 'prova di resistenza', poiché l'atto impugnato non potrebbe essere annullato anche nel caso di fondatezza del ricorso principale).

Analoghi criteri possono essere seguiti quando si tratti della impugnazione della graduatoria (di un concorso, di una gara o comunque per l'assegnazione di benefici) e il ricorrente principale lamenti la mancata attribuzione di un punteggio (o che al controinteressato sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante), mentre corrispondenti censure siano proposte dal ricorrente incidentale (che sotto altri profili lamenti la mancata attribuzione di un punteggio o che al ricorrente principale sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante).

In tutti tali casi, il ricorso incidentale - rivolto avverso il medesimo provvedimento impugnato in via principale - va esaminato tenendo conto delle esigenze di economia processuale e costituisce una eccezione in senso tecnico, la cui fondatezza preclude l'accoglimento del ricorso principale (senza comportare l'annullamento *in parte qua* dell'atto impugnato e conseguenze su soggetti non intimati nel giudizio).

13.2.2. In altri casi, il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte - abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale.

Infatti, ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina):

- l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili;

- il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

Anche in tal caso, il ricorso incidentale costituisce una eccezione in senso tecnico, che, se accolta, preclude l'esame del ricorso principale, senza condurre all'annullamento dell'atto impugnato.

Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare con priorità il ricorso principale che risulti infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale.

13.2.3. In tutti questi casi, dunque, il giudice si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, giungendo a determinare una soccombenza che di per sé comunque si produrrebbe (sia pure in base a una diversa *ratio decidendi*) anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (e che, dunque, si basa su statuizioni rispettose del principio della parità delle parti).

13.3. Nel caso in esame (caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara), il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio sopra richiamato, sulla improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con più di due offerte ammesse.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse 'strumentale', mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua 'clausola escludente': Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 1).

Inoltre, anche per la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee è meritevole di tutela l'interesse della impresa a ricorrere contro gli atti i cui effetti precludano l'indizione di una gara, affinché essa possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento (CGCE, 11 gennaio 2005, in C-26/03, § 40-41).

Qualora siano state ammesse alla gara solo le loro due offerte, non si può dunque affermare che sussisterebbe un interesse di mero fatto della ricorrente principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale evidenzia l'illegittimità dell'atto che l'abbia ammessa alla gara.

Infatti, la stessa ricorrente principale - pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara - in base al principio 'il più contiene il meno' conserva l'interesse 'minore' e 'strumentale' a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione della aggiudicataria e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore (Sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6990, § 2.2.).

13.4. Rilevato che l'accoglimento del ricorso incidentale non fa venire meno l'interesse a ricorrere della ricorrente principale (quale titolare del descritto interesse strumentale), sorge la questione se - come ritenuto da un orientamento segnalato nella ordinanza di rimessione - questa soluzione debba intendersi preclusa perché andrebbe esaminato con priorità il ricorso principale.

Per tale impostazione, la fondatezza del ricorso principale comporterebbe l'improcedibilità di quello incidentale (in quanto proposto da una impresa il cui atto di ammissione alla gara è risultato illegittimo), con la conseguente preclusione processuale per la verifica della legittimità dell'atto di ammissione alla gara della stessa ricorrente principale.

Ad avviso della Adunanza Plenaria, questa conclusione non può essere condivisa, poiché non tiene conto della simmetria delle posizioni processuali della ricorrente principale e della aggiudicataria ricorrente incidentale, anch'essa titolare di un interesse 'strumentale' alla ripetizione della gara.

Infatti, qualora il TAR abbia accolto il ricorso principale ravvisando l'illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della aggiudicataria, anche questa - pur non potendo mantenere l'aggiudicazione a suo favore - è titolare di un interesse 'minore' e 'strumentale' alla ripetizione

della gara, soddisfatto qualora risulti fondato il suo ricorso incidentale sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale.

Poiché le posizioni delle due imprese sono perfettamente simmetriche e speculari, non può ritenersi corretta la soluzione per la quale l'accoglimento del ricorso principale - quando è esaminato con priorità - renderebbe improcedibile il ricorso incidentale.

13.5. Per definire l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale e quali siano i conseguenti effetti processuali, nel caso di controversia tra le due uniche imprese che siano state ammesse alla gara, ritiene l'Adunanza Plenaria che sia decisivo il principio per il quale il giudice, per essere «imparziale», deve trattare le parti «in condizioni di parità».

Tale principio è espressamente affermato dall'art. 111, secondo comma, della Costituzione, nonché dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale, poiché per l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht, modificato dal Trattato di Amsterdam, l'Unione Europea annovera - tra i «*principi generali del diritto comunitario*» - «*i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*»).

Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, dunque, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.

Quanto precede comporta che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice:

a) per ragioni di economia processuale, può esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale), ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale);

b) in base al principio della parità delle parti, non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni;

c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve tenere conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro, quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore.

In tal caso, dunque, il ricorso incidentale ha natura impugnatoria dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale, la cui efficacia precluderebbe l'indizione di quella ulteriore.

14. Per le ragioni che precedono, va respinto il primo motivo dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas, poiché la sentenza gravata ha correttamente esaminato il ricorso principale, pur dopo aver accolto il suo ricorso incidentale (sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara dell'a.t.i. Vesta).

15. Va ora esaminato il quarto motivo dell'appello principale (p. 26-33), con cui l'a.t.i. Acegas ha chiesto la riforma della statuizione con cui il TAR ha annullato l'atto che la ha ammessa alla gara.

15.1. In accoglimento del quinto motivo del ricorso principale di primo grado dell'a.t.i. Vesta, il TAR ha ritenuto che l'offerta dell'a.t.i. Acegas abbia violato l'art. 11 del bando (per il quale, nel caso di raggruppamenti di imprese, a pena di esclusione «il requisito relativo al fatturato dovrà essere posseduto dall'impresa mandataria nella misura minima del 60%, la restante percentuale deve essere posseduta dalle mandanti per almeno il 20% ciascuna. Le dichiarazioni relative ai requisiti minimi di partecipazione ed alla documentazione per partecipare alla gara dovranno essere inviate per ciascuna delle imprese associate»).

In particolare, ad avviso del TAR la commissione di gara non ha verificato se ciascuna società mandante dell'a.t.i. Acegas fosse in possesso del requisito del 20% della «restante percentuale», prevista dall'art. 11.

15.2. L'a.t.i. Acegas ha impugnato tale statuizione del TAR, deducendo che l'art. 11 del bando non potrebbe essere interpretato nel senso che abbia chiesto, a pena di esclusione, un 'limite dimensionale' delle imprese mandanti rispetto alla impresa mandataria, sicché legittimamente la commissione - ispirandosi al criterio del *favor participationis* - lo avrebbe interpretato nel senso che la congruità dei fatturati delle mandanti vada riferita al valore dell'appalto.

15.3. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la censura così riassunta vada respinta, perché infondata. Come ha correttamente rilevato la sentenza gravata (ed è stato riconosciuto dall'amministrazione comunale nei suoi scritti), l'art. 11 del bando - non impugnato nel corso del giudizio - ha previsto due distinti requisiti, rispettivamente riguardanti l'impresa mandataria e quelle mandanti.

Per la mandataria, l'art. 11 ha disposto il possesso del requisito relativo al fatturato «nella misura minima del 60%».

Per «la restante percentuale», vale a dire al massimo il 40% del fatturato complessivo, ogni impresa mandante avrebbe dovuto possedere «almeno il 20% ciascuna».

In tal modo, l'art. 11:

- ha imposto alla commissione di gara la verifica sul come le imprese, componenti l'a.t.i, abbiano concorso alla formazione del fatturato complessivo;
- ha previsto un requisito di partecipazione, basato sul rapporto di proporzione del fatturato delle imprese, rispetto al quale la mandataria deve essere oggettivamente di dimensioni maggiori in ragione del fatturato pari ad almeno il 60% di quello complessivo, rispetto alle mandanti, le cui dimensioni non possono essere troppo esigue, in ragione del fatturato pari ad almeno un quinto di quello totale riferibile alle mandanti.

Poiché la commissione ha ammesso l'a.t.i. Acegas senza verificare il rispetto dei requisiti previsti dall'art. 11, va confermata la statuizione di accoglimento del quarto motivo.

16. Prima della proposizione degli appelli, in data 31 marzo 2007 la commissione di gara ha dato esecuzione alla statuizione del TAR (sopra confermata) di annullamento dell'ammissione della a.t.i. Acegas ed ha effettuato la verifica prevista dall'art. 11.

In sede di rivalutazione dell'offerta, la commissione ha escluso la stessa a.t.i. dalla gara, in quanto la mandante s.r.l. Ecologica non è risultata in possesso del requisito del 20%, rapportato alla «restante percentuale» del fatturato.

Poiché tale atto è rimasto incontestato, vanno dichiarati improcedibili i motivi dell'appello incidentale dell'a.t.i. Vesta, sulla sussistenza di ulteriori ragioni di difformità dell'offerta dell'a.t.i. Acegas dalle previsioni del bando.

17. Resta da esaminare il quinto motivo dell'appello principale (p. 33-34), con cui l'a.t.i. Acegas ha lamentato l'erroneità della statuizione con cui il TAR ha accolto il sesto motivo del ricorso principale ed ha annullato l'art. 11, lettera d), del capitolato speciale d'appalto per violazione dell'art. 12 del d.lg. n. 157 del 1995.

Tale motivo va dichiarato improcedibile per carenza di interesse, poiché - a seguito della conferma delle statuizioni del TAR - va indetta una nuova gara, con la conseguente irrilevanza del bando del 23 settembre 2005 e del relativo capitolato speciale d'appalto.

18. Infine, vanno dichiarati improcedibili i primi cinque motivi dell'appello incidentale, con cui l'a.t.i. Vesta ha chiesto che, in riforma della sentenza del TAR, siano accolti il primo, il terzo, il quarto, il settimo e l'ottavo motivo del suo ricorso originario di primo grado..

Infatti, tutte tali censure sono state rivolte avverso l'atto di ammissione alla gara dell'aggiudicataria a.t.i. Acegas per il caso di accoglimento del quinto motivo dell'appello principale.

Poiché questo motivo è stato respinto (al precedente § 15.3.), vanno dichiarate improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, le ulteriori censure della a.t.i. Vesta, secondo cui l'a.t.i. Acegas non poteva essere ammessa alla gara.

19. Per le ragioni che precedono, ferme restando le statuizioni già rese dalla Sezione Quinta, l'appello principale e l'appello incidentale vanno in parte respinti e in parte dichiarati improcedibili, con conferma della sentenza gravata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio, per le stesse ragioni che hanno indotto la Sezione Quinta a rimettere gli appelli all'esame della Adunanza Plenaria.

Diritto

PQM

Per questi motivi

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), pronunciando sull'appello n.r.g. 247 del 2007 della Sez. V (n.r.g. 11 del 2008 dell'Adunanza Plenaria), in parte respinge e in parte dichiara improcedibili l'appello principale e l'appello incidentale, nei sensi precisati in motivazione, e conferma la sentenza gravata.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 ottobre 2008, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Paolo Salvatore - Presidente del Consiglio di Stato

Giovanni Ruoppolo - Presidente di Sezione

Gaetano Trotta - Presidente di Sezione

Luigi Maruotti - Consigliere di Stato relatore

Pier Luigi Lodi - Consigliere di Stato

Giuseppe Romeo - Consigliere di Stato

Paolo Buonvino - Consigliere di Stato

Luciano Barra Caracciolo - Consigliere di Stato

Cesare Lamberti - Consigliere di Stato

Aldo Fera - Consigliere di Stato

Filoreto D'Agostino - Consigliere di Stato

Claudio Marchitello - Consigliere di Stato

Domenico Cafini - Consigliere di Stato

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 10 NOV. 2008.

Note

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Foro it. 2009, 1, III, 1

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso giurisdizionale - - in genere

Quando l'impugnazione principale abbia ad oggetto l'aggiudicazione di una gara e col ricorso incidentale sia censurata l'ammissione alla procedure concorsuale del ricorrente principale (ovvero la sua mancata esclusione), l'esame del ricorso incidentale non precede quello del ricorso principale, perché l'eventuale accoglimento del primo non incide sull'interesse strumentale del ricorrente in via principale ad ottenere la rinnovazione della gara di appalto.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Foro it. 2009, 1, III, 1

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso giurisdizionale - - in genere

Nel definire l'ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale il giudice amministrativo, in applicazione del principio di economia processuale, può dare priorità a quello che risulta determinante per decidere la lite.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Dir. proc. amm. 2009, 1, 146 (s.m.) (nota di: Squazzoni; Tropea)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

Giustizia amministrativa - Legittimazione ed interesse a ricorrere - Gare d'appalto - Ricorso incidentale - Obbligatorietà previo esame - Effetto preclusivo all'esame del ricorso principale - Fattispecie di gara a due - Non sussiste.

Nel caso di gara con due sole imprese ammesse, ciascuna delle quali abbia impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice, qualunque sia il ricorso che esamini per primo e ritenga fondato, deve esaminare anche l'altro, dando rilievo all'interesse strumentale di ciascuna impresa, sia essa ricorrente principale o incidentale, alla ripetizione della gara.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Dir. proc. amm. 2009, 1, 146 (s.m.) (nota di: Squazzoni; Tropea)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

Giustizia amministrativa - Legittimazione ed interesse a ricorrere - Gare d'appalto - Ricorso incidentale - Obbligatorietà previo esame - Effetto preclusivo all'esame del ricorso principale - Fattispecie di gara a due - Non sussiste.

Fuori dalle ipotesi in cui l'esame del ricorso principale sia precluso perché rinunciato, tardivo o perento, l'ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale deve ispirarsi a principi di economia processuale e logicità ben potendo il giudice esaminare per primo il ricorso decisivo per dirimere la lite. Tuttavia il giudice, in base al principio di parità delle parti, non può determinare una soccombenza, anche parziale, in ragione dei criteri che ha seguito nell'ordine della trattazione.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Guida al diritto 2009, 26, 91 (s.m)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Interesse a ricorrere e a resistere - - aste e appalti

La giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua "clausola escludente": Ad. Plen., 23 gennaio 2003 n. 1). Inoltre, anche per la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee è meritevole di tutela l'interesse della impresa a ricorrere contro gli atti i cui effetti precludano l'indizione di una gara, affinché essa possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Guida al diritto 2009, 26, 91 (s.m)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

Il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte - abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale. Infatti, ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina): - l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili; - il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione; poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità. In tutti questi casi, dunque, il giudice si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, giungendo a determinare una soccombenza che di per sé comunque si produrrebbe (sia pure in base a una diversa "ratio decidendi") anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (e che, dunque, si basa su statuizioni rispettose del principio della parità delle parti)".

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Riv. giur. edilizia 2008, 6, I, 1412 (s.m.) (nota di: Pellegrino)

Guida al diritto 2008, 48, 83 (s.m.) (nota di: Palliggiano)

Guida al diritto 2011, 19, 89

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Appello contro le decisioni dei tribunali amministrativi regionali (T.A.R.) - - appello incidentale

Lavori pubblici - Appalto - Procedure di affidamento - Controversie - Due imprese concorrenti - Proposizione di ricorso principale e ricorso incidentale - Possibilità per il giudice di esaminare prioritariamente uno dei due ricorsi - Necessità dell'esame dell'altro ricorso - Ratio - Sussiste.

Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara. Pertanto in tale ipotesi il giudice a) può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale); b) non può, in base ai principi di parità delle parti e di imparzialità, determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni; c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato, deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Foro amm. CDS 2008, 11, 2939 (s.m.) (nota di: CIMELLARO)

Foro amm. CDS 2008, 12, 3308 (s.m.) (nota di: TROPEA)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso giurisdizionale - - in genere

Giustizia amministrativa - Ricorso giurisdizionale - Ricorso incidentale - Impugnazione reciproca dell'ammissione ad una gara d'appalto con solo due concorrenti - « Simmetria » e « specularità » delle rispettive posizioni entrambi titolari di un interesse « strumentale » alla ripetizione della gara - Conseguenza.

Nel caso caratterizzato da un ricorso principale e da uno incidentale proposti dalle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali è volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara, il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio della improcedibilità del ricorso principale, in caso di accoglimento del ricorso incidentale (operante con riguardo una gara con più di due offerte ammesse), in tal caso vale la precisazione cui è giunta da tempo la giurisprudenza amministrativa e, cioè, che un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o

abbia impugnato il bando in ragione di una sua "clausola escludente". Anche per la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee è meritevole di tutela l'interesse della impresa a ricorrere contro gli atti i cui effetti precludano l'indizione di una gara, affinché essa possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento. In tal caso non si può dunque affermare che sussisterebbe un interesse di mero fatto della ricorrente principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale evidenzia l'illegittimità dell'atto che l'abbia ammessa alla gara: infatti, la stessa ricorrente principale - pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara - in base al principio "il più contiene il meno", conserva l'interesse "minore" e "strumentale" a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione della aggiudicataria, e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Foro amm. CDS 2008, 11, 2939 (s.m.) (nota di: CIMELLARO)

Foro amm. CDS 2008, 12, 3308 (s.m.) (nota di: TROPEA)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso giurisdizionale - - in genere
Giustizia amministrativa - Ricorso giurisdizionale - Ricorso incidentale - Ordine di trattazione dei due ricorsi - Criteri.

Qualora il ricorso principale sia stato tempestivamente notificato e depositato, e non seguito dalla perenzione o dalla rinuncia, nell'assenza di indicazioni normative sul ricorso incidentale, sull'ordine di trattazione dei due ricorsi e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, l'operato del giudice amministrativo nella soluzione delle anzidette questioni non può che ancorarsi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità. Pertanto, a volte, per ragioni di ordine logico il giudice può esaminare dapprima il ricorso principale (come avviene quando questo impugni il verbale di proclamazione degli eletti e lamenti la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti al controinteressato): solo se risulti fondato il ricorso principale, sussiste un effettivo interesse del controinteressato all'esame del suo ricorso incidentale (che, a sua volta, abbia lamentato sotto altri profili la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti di preferenza al ricorrente principale, al fine di ripristinare le posizioni antecedenti alla proposizione dei ricorsi). In altri casi, il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte - abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale: ove il ricorso incidentale vada accolto (per risalente pacifica giurisprudenza, incontestata in sede dottrina), l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (secondo le prospettazioni del ricorrente incidentale), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma, neppure, la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili ed il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Foro amm. CDS 2008, 11, 2939 (s.m.) (nota di: CIMELLARO)

Foro amm. CDS 2008, 12, 3308 (s.m.) (nota di: TROPEA)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

Giustizia amministrativa - Ricorso incidentale - Carattere accessorio del principale - Art. 37 r.d. n. 1054 del 1924 - Applicabilità.

L'art. 37 comma 6, t.u. approvato col r.d. n. 1054 del 1924, sebbene sia espressamente riferito ai soli casi in cui le censure del ricorso principale non possano essere esaminate perché esso è rinunciato o è tardivamente proposto, risulta senz'altro applicabile - per identità di ratio - anche quando esso vada dichiarato perento o improcedibile per il superamento del termine del suo deposito: in tali casi, in cui il ricorso incidentale diventa improcedibile, ben può affermarsi che questo è subordinato e accessorio a quello principale.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Guida al diritto 2008, 48, 83 (s.m.) (nota di: Palliggiano)

Guida al diritto 2011, 19, 89

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Appello contro le decisioni dei tribunali amministrativi regionali (T.A.R.) - - appello incidentale

L'ordinamento processuale amministrativo non detta alcuna disposizione né pone criteri generali circa l'ordine di esame del corso principale e di quello incidentale. La relativa scelta è pertanto lasciata al prudente apprezzamento del giudice adito, censurabile unicamente sotto il profilo dell'irragionevolezza, circostanza che non ricorre nel caso in cui la priorità data al corso incidentale sia giustificata dalle censure nello stesso dedotte, suscettibili di incidere sull'interesse a ricorrere del ricorrente principale e, quindi, sulla sussistenza di una condizione dell'azione.

Archivio selezionato: Massime

Autorità: Consiglio di Stato ad. plen.

Data: 10/11/2008

Numero: 11

Parti: Acegas-Aps s.p.a. e altro C. Vesta s.p.a. e altro

Fonti: Guida al diritto 2008, 48, 83 (s.m.) (nota di: Palliggiano)

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Interesse a ricorrere e a resistere - - concorsi

In capo al ricorrente avverso un atto di aggiudicazione di gara pubblica svolta tra due soli concorrenti sussiste un interesse a ricorrere non solo quando l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo è di per sé idoneo a realizzare l'interesse diretto e immediato del singolo, ma anche quando il predetto annullamento comporti la rinnovazione della procedura di gara con esito favorevole al ricorrente.