



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7386 del 2013, proposto da:
Ames S.p.A., rappresentato e difeso dall'avvocato Lodovico Visone, con domicilio
eletto presso Lodovico Visone in Roma, via del Gesù, n. 62;

contro

Comune di Treviso; Soc. Fast Park Sistema S.r.l., rappresentato e difeso dagli
avvocati David Giuseppe Apolloni, Salvatore Menditto, con domicilio eletto
presso David Giuseppe Apolloni in Roma, via Conca D'Oro, n. 285;

per l'ottemperanza

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 1129/2013,
resa tra le parti, concernente chiarimenti in merito all' ottemperanza della sentenza
n. 95/13 del TAR per il Veneto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc. Fast Park Sistema Srl;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Visone e Menditto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con appello proposto da AMES, notificato l'8 ottobre 2013 e depositato il 14 ottobre 2013 viene impugnata la sentenza resa dal TAR per il Veneto del 24 settembre 2013, n. 1129, con la quale, su richiesta di chiarimenti in sede di ottemperanza avanzata dal Comune di Treviso, il primo Giudice concludeva nel senso che la propria sentenza n. 95 del 2013 divenuta cosa giudicata, aveva stabilito *“la riedizione integrale della procedura selettiva in esame a partire dagli atti di indizione della gara...con conseguente riapertura dei termini per la formulazione di nuove offerte e senza alcuna preclusione di partecipazione, non potendo rilevare a tal fine le illegittimità riscontrate nella conduzione della gara originariamente espletata oggetto di annullamento totale”*. In questo modo il TAR per il Veneto indicava come l'obbligo per l'amministrazione comunale discendente dal giudicato, fosse quello di rinnovare totalmente la procedura di evidenza pubblica, fatti salvi gli atti di indizione della stessa e con possibilità anche per l'originaria aggiudicataria Fast Park Sistema s.r.l. di prendere parte alla competizione.

2. Insorgeva avverso la sentenza di chiarimenti indicata in epigrafe la ricorrente vittoriosa nell'originario giudizio di cognizione, elencando i seguenti motivi di doglianza: 1) il giudicato andrebbe letto secondo la graduazione dei motivi offerta dal ricorrente che, anche in assenza di esplicita qualificazione, è data dalla progressione degli stessi, secondo l'ordine decrescente e dall'interesse dedotto in giudizio, che vede prevalere quello all'aggiudicazione della gara rispetto all'interesse

strumentale e residuale alla sua riedizione. In ogni caso non poteva disporsi il rinnovo della formulazione delle offerte a pena di elusione dei principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 30 del 2012; 2) vi sarebbe comunque violazione dei principi fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 30 del 2012, secondo i quali il giudicato va truardato sulla scorta del *petitum* e della *causa petendi*; 3) inoltre, non vi sarebbe necessità di operare una rinnovazione totale della procedura di gara, in considerazione del fatto che il vizio di apertura in seduta segreta delle offerte tecniche sarebbe stato sanato dal legislatore come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n.8 del 2013.

2.1. In definitiva, l'odierno appellante chiedeva, che si chiarisse innanzitutto che dal giudicato discende il mero obbligo alla rivalutazione delle offerte esclusa quella dell'originaria aggiudicataria, ovvero che in subordine alla ripetizione della procedura di gara non è ammessa a partecipare l'originaria aggiudicataria.

3. Costituitasi in giudizio, la Fast Park Sistema S.r.l. opponeva alla ricostruzione dell'attuale appellante che: 1) l'ottemperanza di chiarimenti non sarebbe appellabile; 2) l'appello sarebbe inammissibile, perché andrebbe qualificato come appello avverso alla sentenza n. 95 del 2013, passata in giudicato; 3) il ricorrente vittorioso nel giudizio di cognizione sarebbe privo di legittimazione ad appellare; 4) sarebbe comunque inammissibile l'appello, atteso che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, mentre l'appellante cerca di stravolgere il giudicato; 5) la sentenza impugnata sarebbe, in ogni caso, congruamente e logicamente motivata; 6) quanto alla graduazione dei motivi di ricorso, si sarebbe formato il giudicato e questo non prevedrebbe l'esclusione della Fast Park Sistema S.r.l.; 7) non vi sarebbe violazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 30/12; 8) non vi sarebbe violazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2/2013; 9) anche

l'utilizzazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 8/2013, dovrebbe comunque essere parametrata con gli estremi fissati dal giudicato.

3.1. La Fast Park Sistema S.r.l. chiedeva, infine, la condanna alle spese di lite ed il risarcimento ex art. 26 comma 1 c.p.a.

4. All'udienza del 17 dicembre 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Nella controversia in esame vengono sottoposti all'attenzione del Consiglio numerosi quesiti giuridici, che possono trovare soluzione attraverso l'applicazione dei principi fissati dall'Adunanza Plenaria specie con le recenti pronunce n. 2/2013 e n. 30/2012. Ed in ragione dei quali si perviene alla conclusione della parziale fondatezza dell'odierno gravame.

1.1. Vanno, preliminarmente, respinte le eccezioni proposte dall'odierna appellata. In particolare, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del presente gravame fondata sull'inappellabilità da parte del ricorrente vittorioso in cognizione della sentenza resa in sede di ottemperanza su richiesta di chiarimenti da parte dell'amministrazione. Una simile conclusione, infatti, non trova alcun riscontro nella disciplina dettata dal legislatore del codice del processo amministrativo. Infatti, la cd. ottemperanza di chiarimenti di cui all'art. 112. comma 5 c.p.a., osserva le ordinarie regole previste per il giudizio di ottemperanza, fatte salve le specifiche previsioni contenute nel codice del processo amministrativo. Occorre rammentare al riguardo come la sentenza n. 2/2013 dell'Adunanza Plenaria abbia chiarito che il giudizio di ottemperanza ha natura polisemica, poiché al suo interno convergono azioni diverse, talune riconducibili alla ottemperanza come tradizionalmente configurata, altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della Pubblica amministrazione, altre ancora aventi natura di cognizione. Un rilievo particolare all'interno del novero delle azioni esperibili in sede di ottemperanza assume la cd. ottemperanza di chiarimenti, che

non ha natura sostanziale di ottemperanza, caratterizzandosi non solo per il carattere cognitorio dell'azione fatta valere, ma anche per la possibilità che ad agire sia l'amministrazione soccombente ovvero il commissario *ad acta* piuttosto che il ricorrente vittorioso nel precedente giudizio. Questa particolare legittimazione aperta segnala la presenza di un'azione che, se formalmente osserva le regole fissate dal Titolo I del Libro IV del c.p.a., sostanzialmente non è qualificabile come azione di ottemperanza. Non può essere revocato in dubbio, però, che il rito in sede d'appello è scandito dalle regole comuni al giudizio di ottemperanza. In questo senso sono sufficientemente chiari ed univoci i commi 8 e 9 dell'art. 114 c.p.a., che senza distinzione alcuna prevedono rispettivamente che: “8. *Le disposizioni di cui al presente Titolo si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza.*

9. I termini per la proposizione delle impugnazioni sono quelli previsti nel Libro III’.

È evidente, quindi, che la pronuncia adottata in sede di ottemperanza di chiarimenti dal Tribunale amministrativa possa essere oggetto di gravame, in omaggio al principio di doppio grado di giudizio consacrato negli artt. 91 e 100 c.p.a. Del pari, la legittimazione ad impugnare, che spetta ex art. 102 c.p.a. alle parti del giudizio di primo grado, segue la regola della soccombenza nel giudizio a quo (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. I, 20 settembre 2013, n. 21606), che nella fattispecie è rinvenibile nel chiarimento offerto dal Tribunale, che si pone in chiave restrittiva rispetto all'esegesi del giudicato favorevole conseguito dall'odierno appellante.

Pertanto, devono essere respinte: a) l'eccezione di inammissibilità dell'appello fondata sull'erroneo convincimento che la pronuncia di chiarimenti del TAR non possa essere appellata; b) l'eccezione di inammissibilità dell'appello fondata sull'erroneo convincimento che il ricorrente vittorioso nel precedente giudizio sia sprovvisto di legittimazione ad appellare.

2. Tanto chiarito in termini generali, occorre affrontare il cuore della vicenda per rispondere congiuntamente alle eccezioni di inammissibilità del presente gravame che celerebbe secondo l'appellata una tardiva e non consentita reazione avverso la sentenza n. 95/2013 del TAR per il Veneto, come le doglianze dell'appellante che lamenta un tradimento da parte del primo Giudice della *regula juris* scolpita nel giudicato.

2.1. Prima di procedere oltre occorre chiarire che in questa sede la regola della gradazione dei motivi non può essere indagata per verificare, se il Giudice della sentenza n. 95/2013, ne ha fatto corretta applicazione, poiché non si è in sede di appello avverso quest'ultima pronuncia, ma avverso quella che ha reso chiarimenti su quest'ultima. Non appare rilevante, pertanto, che il primo Giudice abbia scelto di esaminare alcuni motivi inerenti distinti oggetti della fase concorsuale ed in particolare gli atti della commissione di gara e l'offerta dell'aggiudicatario. Non può in questa sede essere spesa alcuna critica avverso l'operato del Giudice che ha pronunciato la sentenza n. 95/2013, rilevando, al contrario, solo ciò che quest'ultima statuisce. La regola della gradazione dei motivi di ricorso e del diverso peso assunto dalle censure a seconda del momento della gara verso il quale si appuntano, cede il passo alla forza del giudicato, che accerta le illegittimità riscontrate ed orienta la futura attività amministrativa.

3. Una lettura della sentenza n. 95/2013 alla luce dei motivi di appello e delle eccezioni sollevate dall'appellata chiarisce che, pur a fronte di un'enunciazione di principio contenuta nella sentenza n. 95/2013 secondo la quale: *“4.2. Rileva, al riguardo, il Collegio che le censure prospettate con l'odierno ricorso sono di due tipi: con alcune si contestano vizi “parziali” della procedura attinenti alla asserita illegittima attribuzione del punteggio e/o alla mancata esclusione del concorrente che precede in graduatoria, con altri si contesta l'operato complessivamente tenuto dalla Commissione sotto il profilo del dedotto vizio di*

imparzialità e mancata trasparenza che, in quanto tali, investono la procedura nel suo complesso (ferma rimanendo la validità degli atti di indizione della gara).

5. Passando all'esame del merito e ritenuto che assumano priorità logica le questioni sollevate con tale ultimo tipo di censure, in quanto il loro accoglimento renderebbe superfluo l'esame delle prime...”, la pronuncia passata in giudicato ha accertato che l'offerta dell'aggiudicataria era affetta da un vizio insanabile, sì da importarne l'esclusione: “5.4. L'insanabile indeterminatezza dell'offerta così predisposta avrebbe pertanto dovuto determinare l'esclusione dalla gara della concorrente sulla base dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 espressamente richiamato dall'art. 9 del disciplinare di gara, nonché in applicazione dell'art. 6 del medesimo disciplinare”.

3.1. In aggiunta a ciò la sentenza n. 95/2013 rilevava la presenza di profili di illegittimità che investivano la stessa imparzialità dell'operato tenuto dalla Commissione nel corso della valutazione delle offerte tecniche. Conseguentemente, fatti salvi gli atti di indizione della gara, accoglieva il ricorso proposto dall'odierno appellante e disponeva la rinnovazione totale della gara.

3.2. Questa conclusione porta a respingere la doglianza avanzata dall'appellante in ordine al mancato rispetto dei principi fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 30 del 2012, poiché il giudicato oggetto di chiarimenti afferma espressamente la necessità della rinnovazione totale della procedura di gara, con statuizione che non può più essere messa in discussione e che non può essere sovvertita neanche dalle successive affermazioni contenute nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 8/2013 in ordine all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica.

4. Proprio i principi, però, espressi dalla richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 30/2012, inducono a ritenere fondato il motivo di appello con il quale si censura la sentenza del primo Giudice, che ha ritenuto che alla rinnovazione della procedura di gara possa partecipare anche l'odierna appellata. La presente

controversia presenta, infatti, tratti speculari rispetto a quelli oggetto di esame da parte del Massimo Consesso amministrativo. Ivi, infatti, si è affermato che: “*Nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura*”. Nella fattispecie in esame, invece, l'originario ricorrente ha agito sia per ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario, che per ottenere la rinnovazione della gara. Nonostante la discutibile conclusione alla quale giungeva la sentenza n. 95/2013, che finiva per esaminare, contraddittoriamente, entrambe le tipologie di vizi, il ricorrente nel precedente giudizio otteneva in questi termini l'accoglimento del ricorso, non fruendo di un giudicato che attesta un solo bene della vita, ossia il riconoscimento dell'erronea esclusione da parte della stazione appaltante, ma anche quello alla reiterazione della procedura di gara.

4.1. Occorre, infatti, rammentare come sia ormai conclusione consolidata nella giurisprudenza amministrativa che il giudicato si forma in relazione al *petitum* ed alla *causa petendi* (cfr. *ex plurimis* Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058; Sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 206) ed è composto non solo dalla parte dispositiva, ma anche dalla parte motiva (cfr. *ex plurimis* Cons. St., Sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 161). Pertanto, non può ignorarsi che nella controversia risolta con la sentenza n. 95/2013 del TAR per il Veneto, il ricorso introduttivo era teso all'ottenimento dell'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario ed alla rinnovazione della gara e che in questi termini non operando alcun assorbimento delle tipologie di differenti censure ha concluso il Tribunale amministrativo con la citata pronuncia.

5. Pertanto, qualora il giudicato accerti che la procedura di gara vada totalmente rinnovata, ed, al contempo, che l'offerta dell'aggiudicatario doveva essere esclusa, in omaggio alla vincolatività della *res judicata* sulla futura azione amministrativa ed al principio di effettività della tutela giurisdizionale, è onere dell'amministrazione consentire una nuova formulazione delle offerte da parte dei concorrenti ad eccezione dell'aggiudicatario, la cui offerta, è stato definitivamente accertato, doveva essere esclusa. Diversamente opinando, verrebbe a darsi esecuzione soltanto ad una parte di quanto accertato dalla pronuncia definitiva ed il ricorrente nel precedente giudizio si vedrebbe privato del vantaggio conseguito a seguito della pronuncia giurisdizionale di competere al momento della rinnovazione della gara con un minor numero di concorrenti.

6. L'appello, pertanto, merita accoglimento parziale e le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate in presenza di eccezionali ragioni rappresentate dalla particolare complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) accoglie in parte l'appello proposto nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)