Dopo la Quarta anche la Quinta Sezione deferisce all'Adunanza plenaria l'individuazione dei presupposti applicativi della norma sancita dall'art. 105 c.p.a., con riferimento alla sorte processuale della sentenza che ha erroneamente pronunciato la irricevibilità del ricorso.

Cons. Stato, sez. V, sentenza 10 aprile 2018, n. 2161 – Pres. Caringella, Est. Franconiero

Processo amministrativo – Appello – Erronea declaratoria di irricevibilità del ricorso di primo grado – Annullamento con rinvio – Deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Va deferito all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato il punto di diritto, oggetto di contrasti di giurisprudenza, sulle conseguenze processuali derivanti dall'errato accoglimento in primo grado dell'eccezione pregiudiziale rispetto al merito relativa alla ricevibilità del ricorso (1).

(1) I. – A soli cinque giorni di distanza dalla sentenza della Quarta Sezione n. 2122 del 2018 (oggetto della News US in data 11 aprile 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), anche la Quinta Sezione, con la sentenza non definitiva n. 2161 del 2018, rimette all'Adunanza plenaria la questione relativa ai presupposti applicativi dell'art. 105 c.p.a., con specifico riferimento all'ipotesi di sentenza che ha erroneamente pronunciato la irricevibilità del ricorso.

La fattispecie che ha condotto alla sentenza in rassegna può essere così sintetizzata: un consorzio stabile, classificatosi al secondo posto nella graduatoria finale della gara per l'affidamento di lavori per la realizzazione di un nuovo depuratore, aveva sollecitato l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione a favore di altro consorzio stabile, dopo aver appreso della possibile perdita dell'attestazione di qualificazione necessaria per partecipare alla procedura, a causa della sospensione della validità della certificazione di qualità aziendale di una delle consorziate dell'aggiudicatario; avuto riscontro negativo dalla stazione appaltante, impugna dinanzi al T.a.r. per le Marche il diniego di autotutela dell'aggiudicazione e conferma di efficacia del contratto di appalto; con sentenza della Prima sezione n. 748 del 2017 il Ta.r. adito dichiara irricevibile il ricorso, sul presupposto che il consorzio ricorrente era a conoscenza del contratto d'appalto sin dalla stipula del 9 febbraio 2017, data alla quale già operava la sospensione della certificazione dell'impresa consorziata dell'aggiudicatario, sospensione che era conoscibile dal ricorrente perché resa nota sul sito internet www.siciv.it, mentre il diniego di annullamento in autotutela gravato non poteva determinare una riapertura dei termini per l'impugnazione, perché avente portata meramente confermativa.

Avverso la citata sentenza il consorzio stabile secondo graduato ha proposto appello, censurando la statuizione di irricevibilità in essa contenuta. Esaminando l'appello il

Consiglio di Stato lo ha ritenuto fondato, evidenziando l'assenza di previsioni di legge che prevedano il valore legale della pubblicità sui siti internet degli organi di certificazione, con l'effetto che la perdita dell'attestazione SOA può ritenersi conosciuta dalla seconda graduata in gara solo alla data del 31 maggio 2017, quando cioè ha ricevuto specifica nota che la informava di ciò, il che rende tempestivo il ricorso, risultando anche irrilevante il carattere di mera conferma del diniego di autotutela.

La sentenza in commento conclude quindi che la decisione gravata ha errato nel dichiarare la irricevibilità del ricorso di primo grado e pone quindi la questione delle "conseguenze derivanti dall'accertamento dell'errata dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado", da cui deriva il deferimento all'Adunanza plenaria.

II. - La sentenza motiva il deferimento alla Plenaria della sorte processuale della decisione di primo grado che ha erroneamente pronunciato la irricevibilità del ricorso nei termini seguenti:

a) secondo l'orientamento tradizionale l'errore in questione non comporta il rinvio della causa al giudice di primo grado, ma la ritenzione del giudizio da parte del giudice di appello, nei limiti di quanto ad esso devoluto; tuttavia un più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa si è posto in consapevole linea di discontinuità con l'indirizzo precedente ed ha statuito che l'ipotesi in questione sarebbe invece riconducibile al caso della violazione del diritto di difesa, per il quale ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. si impone l'annullamento della sentenza di primo grado con rinvio al Tribunale amministrativo; a fronte di una situazione così venutasi a creare diviene applicabile il disposto dell'art. 99, comma 1, c.p.a. che obbliga a deferire il punto di diritto oggetto di contrasti all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato;
b) il deferimento in sede nomofilattica si rende necessario anche perché la Sezione è dell'avviso che vada invece mantenuto fermo l'indirizzo tradizionale, che muove dal carattere tassativo delle cause di regressione del processo a quelle tipizzate nell'art. 105, comma 1, c.p.a., che sembrerebbe fatto palese dall'impiego nella citata disposizione dell'avverbio «soltanto»; per come formulata, la disposizione in esame dovrebbe dunque precludere interpretazioni estensive dei casi in essa previsti;
c) una errata pronuncia in rito non può automaticamente essere ritenuta lesiva del diritto di difesa in giudizio, in particolare ogniqualvolta le facoltà difensive della parte soccombente sono state comunque esercitate con pienezza, ed essa abbia potuto fare valere ragioni contrarie all'accoglimento della questione in rito poi risultata risolutiva della controversia in primo grado;
d) a conclusioni diverse potrebbe (*rectius*: deve) pervenirsi quando la questione decisiva non sia mai stata sottoposta al contraddittorio delle parti; se, per contro, la questione è stata oggetto di dibattito processuale, il fatto che la stessa sia poi accolta (e per effetto di ciò l'esame del merito sia precluso), costituisce una conseguenza dell'applicazione delle regole sull'ordine delle questioni sancito dagli artt. 76,

comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c.., che attengono alla fase di decisione della controversia ed operano quindi quando la dialettica processuale si è ormai svolta; la dichiarazione di irricevibilità del ricorso non si traduce quindi in una pronuncia "a sorpresa" (o della terza via) che possa reputarsi lesiva del diritto di difesa;

e) la casistica mostra come l'art. 105, comma 1, c.p.a., con riferimento alla lesione del diritto di difesa, è stato applicato ai casi in cui è mancato il contraddittorio e vi è stata una compressione delle facoltà difensive della parte; ovvero, non quando la decisione sia *ex se* affetta da errori, ma quando è il procedimento (giurisdizionale) all'esito del quale la stessa è stata emessa ad essere inficiato da vizi, i quali sono poi idonei a riverberarsi sull'atto con cui il medesimo procedimento è definito;

f) le suddette ipotesi, quindi, rientrano nel «difetto di procedura» o nel «vizio di forma» di cui al previgente art. 35, comma 1, della legge istitutiva dei Tribunale amministrativi regionali, 6 dicembre 1971, n. 1034; la maggiore ampiezza dei casi invece contemplati dal codice del processo amministrativo – argomento anch'esso valorizzato dal giudice d'appello siciliano nella sentenza 24 gennaio 2018, n. 33, a sostegno del nuovo orientamento – appare invece spiegabile con l'esigenza di tipizzare meglio i casi di regressione del processo, anche attraverso il recepimento della giurisprudenza formatasi sul punto;

g) il processo amministrativo è informato al principio del doppio grado di giudizio, che tuttavia non implica che il merito debba essere sempre esaminato in esso, ma casomai che la parte possa chiedere la revisione della decisione di primo grado, conformemente alla natura devolutiva (limitatamente ai punti della sentenza di primo grado impugnati) del mezzo dell'appello; tale principio va poi coordinato con il canone fondamentale della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 2, comma 2, c.p.a., alla cui stregua sembra doversi attribuire carattere eccezionale ai casi di regressione del giudizio;

h) l'ampliamento delle ipotesi di rimessione al primo giudice alla errata dichiarazione di estinzione del processo o perenzione del ricorso da parte del giudice di primo grado, previste dal comma 2 dell'art. 35 c.p.a., e non anche alle sentenze dichiarative dell'irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità del ricorso, di cui all'art. 35, comma 1, c.p.a., non potrebbe essere spiegato altrimenti che con l'intendimento del legislatore di escludere l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado nel caso in cui il Consiglio di Stato ne accerti l'erroneità.

III. – Rinviando agli approfondimenti svolti in relazione alla sentenza della Quarta Sezione n. 2122 del 2018 (News US in data 11 aprile 2018) è opportuno qui segnalare i punti di specifica divergenza tra le due sentenze di remissione alla Plenaria:

i) sulla tassatività delle ipotesi di cui all'art. 105, comma 1, c.p.a.:

i1) la Quarta Sezione, nella sentenza n. 2122 del 2018, pur partendo dalla premessa della natura tassativa delle ipotesi di rimessione al primo giudice di cui all'art. 105 c.p.a., sottolinea tuttavia, per talune di esse, la natura di «clausole generali» (si pensi alla "lesione del contraddittorio" ed a quella del "diritto di difesa") che sollecitano l'interprete ad una attività di enucleazione dei casi concreti in ampliamento delle ipotesi tradizionali di annullamento con rinvio;

i2) la Quinta Sezione, nella sentenza n. 2161 del 2018, ritiene, in senso contrario, che il carattere tassativo delle ipotesi di regressione in primo grado dovrebbe precludere interpretazioni estensive, giustificando una conferma dell'interpretazione tradizionale limitativa delle ipotesi di annullamento con rinvio;

j) sulla lesione del diritto di difesa:

j1) la Quarta Sezione stigmatizza l'ampiezza concettuale della categoria della lesione del diritto di difesa, nell'ambito della quale potrebbero quindi rientrare le ipotesi di erronea declaratoria di inammissibilità o irricevibilità del ricorso pronunciata dal primo giudice;

j2) la Quinta Sezione sottolinea, in senso diverso, come un'errata pronuncia in rito non può automaticamente essere ritenuta lesiva del diritto di difesa in giudizio, ogniqualvolta le facoltà difensive della parte soccombente sono state comunque esercitate con pienezza;

k) sul principio del cd. doppio grado di merito:

k1) la Quarta Sezione, pur riconoscendo che detto principio è privo di copertura costituzionale, rileva come esso è comunque espressamente previsto dalla norma di legge ordinaria, ed evidenzia come esso tenda ad implementare, contenutisticamente, il diritto di difesa;

k2) la Quinta Sezione, al contrario, afferma che il principio del doppio grado di giudizio non implica che il merito debba essere sempre esaminato nell'ambito del processo, ma casomai che la parte possa chiedere la revisione della decisione di primo grado, conformemente alla natura devolutiva del mezzo dell'appello e deve essere poi coordinato con l'altro principio di ragionevole durata del processo;

l) sul passaggio dalla legge T.a.r. al Codice del processo amministrativo:

l1) la Quarta Sezione valorizza l'ampliamento delle ipotesi di regresso in primo grado di cui all'art. 105 c.p.a. rispetto alla disciplina anteriore al Codice del processo amministrativo, giustificativa di più ampia lettura delle ipotesi legittimanti l'annullamento con rinvio;

l2) la Quinta Sezione correla il suddetto ampliamento solo con l'esigenza di tipizzare meglio i casi di regressione del processo, anche attraverso il recepimento della giurisprudenza formatasi sul punto;

m) sulla previsione dell'annullamento con rinvio in ipotesi di erronea declaratoria dell'estinzione o della perenzione del giudizio:

m1) la Quarta Sezione legge tale innovativa previsione del Codice del processo amministrativo come giustificativa di estensione anche alle ipotesi di erronea declaratoria di inammissibilità e irricevibilità del ricorso, tenuto conto che tanto le decisioni che dichiarano irricevibile, inammissibile o improcedibile il ricorso (di cui all'art. 35, comma 1, c.p.a), quanto quelle che dichiarano l'estinzione del giudizio per omessa prosecuzione o riassunzione nel termine perentorio fissato dalla legge o dal giudice, per perenzione e per rinuncia (di cui all'art. 35, comma 2, c.p.a.), sono pronunce di rito;

m2) la Quinta Sezione, all'opposto, rileva che il fatto che il legislatore abbia espressamente previsto l'annullamento con rinvio per le ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 35 c.p.a. non potrebbe essere spiegato altrimenti che con l'intendimento del legislatore di escludere l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado per le ipotesi di cui all'art. 35, comma 1, c.p.a.