



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 3 del 10 gennaio 2024
a cura dell'Ufficio del massimario

L'Adunanza plenaria delinea un'ulteriore ipotesi di restituzione del giudizio alla sezione deferente *ex art. 99, comma 1, ultima parte, c.p.a.* nel caso in cui le parti, nel corso del giudizio, prospettino ulteriori questioni che devono essere esaminate in via pregiudiziale.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ordinanza 13 dicembre 2023, n. 18 – Pres. Maruotti, Est. Lopilato

Giustizia amministrativa – Adunanza plenaria - Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Appalto di servizi - Questioni pregiudiziali – Restituzione degli atti alla sezione

Va disposta la restituzione degli atti alla sezione rimettente qualora, successivamente all'ordinanza di deferimento, le parti prospettino questioni che devono essere esaminate in via pregiudiziale, anche ai fini di una eventuale specificazione del quesito posto all'esame dell'Adunanza plenaria (1).

(1) I.- Con l'ordinanza in rassegna, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto necessario restituire gli atti alla sesta sezione, in quanto dopo l'ordinanza di rimessione le parti hanno prospettato alcune questioni, per le quali è risultato necessario un esame pregiudiziale, anche ai fini di una eventuale specificazione del quesito posto all'esame della Plenaria.

Nel caso in esame, la prima questione attiene all'eventuale rilievo da attribuire, sotto il profilo processuale, alla sentenza della V sezione del Consiglio di Stato 18 giugno 2023, n. 6013, che nel corso del giudizio si è pronunciato sulla medesima vicenda in senso difforme rispetto alla VI sezione, sostenendo l'infondatezza delle censure formulate dalla appellante (simili a quelle proposte dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato con l'appello all'esame della VI sezione e oggetto della rimessione).

La seconda questione attiene alla valutazione in ordine alla necessità o meno dell'integrazione del contraddittorio nei confronti di altro operatore economico, quale concorrente nella medesima procedura di gara e aggiudicatario di altri lotti.

La causa era stata rimessa dalla VI sezione, con ordinanza 5 settembre 2023, n. 8164 – Pres. Simonetti, Est. Cordì (oggetto della News UM n. 120 del 23 ottobre 2023 alla quale si rinvia per ogni approfondimento), che aveva chiesto “se... possa ritenersi legittima una disciplina di gara come quella illustrata nella presente ordinanza che, imponendo obblighi di copertura diretta dei lotti nelle percentuali dell'80% su base nazionale e del 100% su base regionale - non adeguati allo stato attuale del mercato dei servizi postali e senza possibilità di ricorso ai servizi del fornitore del servizio universale - precluda, in sostanza, o, comunque, riduca in modo drastico la possibilità di partecipazione di operatori postali diversi da Poste Italiane S.p.a. comprimendo, in tal modo, il confronto concorrenziale tra gli operatori e non consentendo, di fatto, alla stazione appaltante di scegliere in funzione del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti, senza ottenere, quindi, risparmi di spesa, e senza che tale disciplina di gara sia imposta dall'esigenza di ottenere la capillarità del servizio postale che sarebbe, comunque, assicurata dalla possibilità di ricorrere al fornitore del servizio universale per le sole zone non coperte dalla rete del diverso operatore postale”.

II.- Il collegio, dopo aver analizzato l'oggetto della controversia e le argomentazioni del giudice *a quo*, ha osservato quanto segue:

- a) le parti del giudizio *a quo* (innanzi la VI sezione), in vista dell'udienza pubblica innanzi all'Adunanza plenaria, hanno presentato memorie difensive;
 - a1) in particolare, la s.p.a. Poste italiane ha dedotto che il ricorso in appello sarebbe inammissibile per la sussistenza di un "giudicato preclusivo", che si sarebbe formato a seguito della citata sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato n. 6013 del 2023, resa all'esito di un giudizio il cui atto di appello della impresa concorrente è stato notificato anche all'Autorità garante della concorrenza e del mercato;
 - a2) secondo Poste italiane, inoltre, la domanda dell'Autorità si risolverebbe in una richiesta al giudice amministrativo di sostituirsi a valutazioni di merito spettanti in via esclusiva all'Amministrazione, con incertezza anche in ordine alla modulazione dell'effetto conformativo derivante dall'eventuale sentenza di accoglimento del ricorso;
- b) anche l'I.n.p.s. (stazione appaltante) ha chiesto che il ricorso in appello dell'Autorità garante venga dichiarato inammissibile, in quanto la citata sentenza n. 6013 del 2023, avrebbe "accertato" la legittimità del bando, con valenza *ultra partes* in ragione della “inscindibilità degli effetti” derivanti dal suddetto accertamento;

- c) Poste italiane ha dedotto con memoria la possibile lesione del contraddittorio, in quanto l'altra concorrente (Post & Service Group) non è stata evocata in giudizio, nonostante essa sia risultata aggiudicataria di due lotti;
- d) pertanto, è stato ritenuto necessario restituire gli atti alla sesta sezione, in quanto, dopo l'ordinanza di rimessione le parti hanno prospettato alcune questioni che devono essere esaminate in via pregiudiziale, anche ai fini di una eventuale specificazione del quesito posto all'esame della Plenaria;
 - d1) la prima questione attiene all'eventuale rilievo da attribuire sotto il profilo processuale alla citata sentenza n. 6013 del 2023, della quinta sezione del Consiglio di Stato;
 - d2) la seconda questione attiene alla valutazione in ordine alla necessità o meno dell'integrazione del contraddittorio nei confronti di Post & Service Group che, pur se aggiudicataria di due lotti, non è stata parte del processo;
- e) in particolare è stato ritenuto necessario che la sesta sezione verifichi se, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 24 della Costituzione, l'eventuale statuizione del giudice amministrativo di annullamento di un bando di gara — avente effetti scindibili con riferimento ai vari lotti in cui l'appalto è stato suddiviso — possa o meno comportare la caducazione degli effetti delle aggiudicazioni ottenute da soggetti cui non sia stato notificato il ricorso di primo grado;
- f) inoltre la sesta sezione è chiamata a valutare se vada considerato ammissibile l'atto di intervento *ad adiuvandum*, depositato nel corso del giudizio d'appello.

III.- Per completezza, si segnala quanto segue:

- g) sempre sul tema della restituzione degli atti alla sezione, *ex art. 99, comma 1, c.p.a.*, si veda:
 - g1) Cons. Stato, Ad. plenaria, ordinanza 26 aprile 2023, n. 14 (oggetto della NEWS UM n. 65 del 16 maggio 2023 alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) in cui la plenaria continua nell'opera di tipizzazione delle ipotesi di restituzione del giudizio alla sezione deferente *ex art. 99, comma 1, ultima parte, c.p.a.* facendovi rientrare il caso in cui la questione posta alla sua attenzione non presenti i requisiti della esaustività dell'esposizione e della rilevanza;
 - g2) Cons. Stato, Ad. plenaria, ordinanza 19 aprile 2023, n. 13 (oggetto della NEWS UM n. 64 del 15 maggio 2023 alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) che delinea un'ulteriore specifica ipotesi di restituzione del giudizio alla sezione deferente *ex art. 99, comma 1, ultima parte, c.p.a.* relativa al caso in cui la questione posta sia - secondo la tassonomia indicata dalla sentenza 27 aprile 2015, n. 5 della stessa Adunanza plenaria - da scrutinare solo dopo il preventivo vaglio, per ragioni di priorità logica o graduazione dei motivi, di altre questioni dedotte con il medesimo ricorso;

g3) Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 22 marzo 2023, n. 11 (oggetto della NEWS UM n. 53 del 14 aprile 2023 a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti) la quale ha chiarito che la restituzione degli atti ex art. 99, comma 1, c.p.a. si impone qualora la sezione abbia deferito all'Adunanza plenaria questioni concernenti l'applicazione e l'interpretazione del principio di diritto già in precedenza affermato dalla stessa con valenza nomofilattica;

g4) Consiglio di Stato, Ad. plen., ordinanza 9 luglio 2020, n. 14 (oggetto della NEWS US n. 99 del 15 settembre 2020 a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti), la quale, chiamata a decidere alcune questioni interpretative inerenti all'obbligo della separata indicazione dei costi per la manodopera e oneri per la sicurezza a carico degli operatori economici che partecipano a procedure di affidamento di contratti pubblici, ha rinvenuto la necessità di restituire gli atti alla sezione rimettente, senza pronunciare il principio di diritto ex art. 99 cod. proc. amm., in considerazione della sopravvenuta – all'ordinanza di rimessione – pronuncia della Corte di giustizia UE sulle medesime questioni e della ravvisata opportunità di riservare alla sezione la decisione su questioni di merito, devolute con l'appello, che risultano estranee alle questioni deferite.