

Pubblicato il 18/02/2019

N. 00146/2019REG.PROV.COLL.

N. 00510/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 510 del 2018, proposto da:
Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello, 40;

contro

OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Renato Perticarari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Santo Spagnolo in Palermo, via Massimo D'Azeglio, 5;

nei confronti

OMISSIS S.p.A, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

Ai sensi dell'art. 109, co. 2, c.p.a.:
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Gitto, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale XX Settembre, 28;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - sez. staccata di CATANIA: sezione III n. 544/2018, resa tra le parti, concernente l'affidamento della concessione in uso di spazi per il servizio di ristoro mediante distributori automatici

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS S.r.l.;

Visto l'intervento di OMISSIS s.r.l.

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 496/2018 con cui è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti l'avvocato Massimiliano Mangano, l'avvocato Edoardo Nigra su delega dell'avvocato Renato Perticarari e l'avvocato Daniela Ferrara su delega dell'avvocato Giuseppe Gitto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione n. 1132 del 2017 l'ASP di Ragusa ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della concessione in uso di spazi per il servizio di ristoro mediante distributori automatici di bevande e prodotti vari per un periodo di quattro anni.

OMISSIS s.r.l., assumendo di non essere in condizione di formulare un'offerta economica consapevole, ha impugnato direttamente il bando di gara deducendone l'illegittimità per violazione dell'art. 167 del codice dei contratti di cui al d.lgs. 50/2016, in quanto non indicante il valore stimato della concessione, ricavabile attraverso il flusso dei corrispettivi generato dalla gestione del servizio, a sua volta evincibile sulla base del fatturato realizzato dal precedente concessionario.

Il Tar, respinta inizialmente la domanda cautelare, con sentenza 544/2018 ha accolto il ricorso nel merito annullando il bando e tutti gli atti della gara ad esso successivi.

2. L'ASP di Ragusa ha proposto il presente appello avverso la prefata sentenza, deducendone l'erroneità sia nel merito, sulla scorta dell'ordinanza cautelare del CGA n. 692/2017 che aveva confermato l'originaria pronuncia cautelare del Tar sfavorevole a OMISSIS, che in rito, lamentando come il giudice di primo grado avrebbe dovuto dichiarare l'improcedibilità dell'originario ricorso in quanto OMISSIS non aveva impugnato l'aggiudicazione intervenuta in pendenza del giudizio, in favore della Stima s.r.l., da intendersi quale parte necessaria del giudizio.

Si è costituita l'originaria ricorrente, replicando che alla data di proposizione del proprio ricorso al Tar, avente ad oggetto l'atto di avvio della procedura di gara, non vi erano per definizione controinteressati e che, non avendo partecipato alla gara, non poteva avere avuto notizia della sua aggiudicazione in favore di Stima s.r.l., giacché tale circostanza non era stata mai comunicata; il che le ha impedito di impugnare in quella sede anche l'aggiudicazione, che ha invece impugnato con un successivo autonomo ricorso. Ha poi replicato anche nel merito.

E' intervenuta nel presente giudizio di appello, ai sensi dell'art. 109 c.p.a., la Stima s.r.l., sottolineando come alla data dell'udienza dinanzi al Tar fosse già stata disposta l'aggiudicazione nei propri confronti, tanto più che era al tempo pendente un distinto ricorso proposto dall'affidataria uscente iscritto al n. 183/2018 e dove l'ASP risultava costituita. Ciò premesso ha dedotto la violazione del contraddittorio ai propri danni ai sensi dell'art. 49 c.p.a., con conseguente nullità del giudizio di primo grado, precisando di avere proposto anche distinta opposizione di terzo avverso la sentenza 544/2018, con ricorso al Tar iscritto al nr. 985/2018. Ha inoltre controdedotto anche nel merito della controversia sostenendo il carattere non immediatamente escludente del bando e comunque l'infondatezza del ricorso originario di OMISSIS.

Si è costituita nel presente giudizio l'originaria ricorrente in primo grado sostenendo che non fosse suo onere impugnare anche l'aggiudicazione, di cui peraltro non avrebbe avuto notizia prima della recente opposizione di terzo, richiamando il precedente del Cga n. 474/2016. Ha quindi replicato anche nel merito.

Accolta la domanda cautelare e sospesa l'esecuzione della sentenza, scambiate tra le parti ulteriori memorie, all'udienza del 7.2.2019 la causa è passata in decisione.

3. Il Collegio deve esaminare in via prioritaria le diverse questioni di rito, in parte comuni, sollevate dall'Azienda ospedaliera e dalla Stima s.r.l., che ha proposto in questa sede nelle forme dell'intervento opposizione di terzo ai sensi dell'art. 109, co. 2 c.p.a., volte a contestare l'inammissibilità ovvero l'improcedibilità dell'originario ricorso al Tar avverso il bando di gara, per originario difetto di interesse a fronte di un atto generale non immediatamente lesivo o perché la mancata impugnazione dell'aggiudicazione sopravvenuta ne proverebbe comunque il venir meno (sempre dell'interesse), nonché a far accertare la nullità del giudizio del primo grado per difetto del contraddittorio.

Cominciando da quest'ultimo profilo, è innegabile come alla data di avvio del giudizio di primo grado, trattandosi dell'impugnazione di un atto generale quale è il bando di gara, non vi fossero (ancora) controinteressati cui il ricorso andasse notificato a pena di inammissibilità; e come tuttavia, nel prosieguo della vicenda, quando lo svolgimento della gara ha condotto poi all'aggiudicazione e quindi all'adozione di un atto ampliativo della sfera giuridica di un determinato soggetto (il miglior offerente), a quel punto si sia manifestato un classico caso di controinteressato sopravvenuto. In un momento in cui – si deve aggiungere e chiarire – il giudizio di primo grado era ancora pendente, se è vero che la delibera di aggiudicazione è del 21.12.2017 e la data dell'udienza di discussione del ricorso al Tar, all'esito della quale la causa è stata decisa, è del 7.3.2018, quindi ampiamente successiva alla conclusione della procedura amministrativa.

4. Se questa è la scansione temporale, è evidente come nel giudizio di primo grado conclusosi con la sentenza qui impugnata il controinteressato sopravvenuto (alla proposizione del ricorso) abbia finito per essere anche un controinteressato pretermesso, nella misura in cui non ha avuto modo di difendersi all'interno di quel giudizio finendone per essere pregiudicato, essendo, in quanto aggiudicatario delle gara contestata di cui si chiedeva l'annullamento, portatore di un interesse specularmente opposto a quello della OMISSIS e (di un interesse) convergente invece con quello dell'Azienda ospedaliera preordinato alla conservazione della gara e del suo esito finale, come tale, a tutti gli effetti, litisconsorte necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c. (sulla legittimazione a proporre opposizione di terzo in capo al controinteressato sopravvenuto v. già Cons. St. A.P. 2/2007)

5. Quanto alle conseguenze di questa lesione (ovvero mancata integrazione) del contraddittorio, in assenza di elementi di segno contrario, che sarebbe stato soprattutto onere dell'Azienda ospedaliera fornire, si deve assumere che OMISSIS, cui l'aggiudicazione non fu comunicata non avendo preso

parte alla procedura di gara, non abbia avuto conoscenza di tale atto, se non quando si è vista notificare l'opposizione di terzo da parte di Stima s.r.l., quando già il giudizio dinanzi al Tar si era concluso con la sentenza 544/2018.

Ne consegue che, al di là del rapporto (mai del tutto pacifico, in dottrina e nella giurisprudenza) che lega in termini giuridici il bando all'aggiudicazione, se e quanto in termini di necessaria presupposizione e consequenzialità (e se ciò comporti che l'invalidità del primo atto abbia effetto caducante sul secondo oppure solo viziante), è qui sufficiente rilevare come la mancata impugnazione dell'aggiudicazione con motivi aggiunti non sia comunque da imputare alla OMISSIS che, per quanto il rilievo possa sembrare formale, poteva non averne avuto conoscenza.

La dinamica temporale della vicenda e le complicazioni che ne sono derivate parrebbero semmai imputabili più all'odierna parte appellante che, quale stazione appaltante, ben conosceva l'andamento e l'esito della gara e che, tuttavia, non si fece carico di introdurre all'interno del giudizio di primo grado tali elementi di conoscenza che, ove rappresentati per tempo al Collegio, avrebbero potuto consentire l'integrazione del contraddittorio, anche attraverso l'intervento per ordine del giudice di cui all'art. 51 c.p.a.

6. Tirando a questo punto le fila del discorso si deve quindi affermare che nel giudizio di primo grado è sicuramente mancato il contraddittorio nei confronti di una parte necessaria, quale era divenuta a far data dal 21.12.2017 la Stima s.r.l. e che avrebbe avuto tutto l'interesse a contraddire sulle censure dedotte da OMISSIS nei confronti della *lex specialis*, ma che tale violazione non sia da imputare alla originaria ricorrente; il che esclude (la ritenzione della lite con) una pronuncia di inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica al controinteressato.

7. Rispetto alla nullità del giudizio dinanzi al Tar, per la veduta mancanza del contraddittorio ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 105, co. a, c.p.a., il Collegio non reputa che vi siano i presupposti per esaminare in via prioritaria in questa sede l'ammissibilità del ricorso di primo grado quanto al diverso profilo dell'interesse ad agire, contestato oltre che dall'appellante anche dall'interveniente Stima s.r.l., che ha impugnato la sentenza anche sotto questo profilo, seppure in via gradata.

Ciò per una serie di ragioni.

La prima, peraltro dirimente, è che "in presenza di una delle ipotesi di cui all'art. 105 Cod. proc. amm., il giudice d'appello deve procedere all'annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o, addirittura, formula una richiesta contraria, chiedendo espressamente che la causa sia direttamente decisa dal giudice di appello" (Cons. St. A.P. 10/2018, sub 56).

A questo si può aggiungere che detto esame non sarebbe di immediata risoluzione, costituendo anzi il cuore, per così dire, della contesa, dovendosi stabilire se il bando potesse essere oggetto di una impugnazione immediata e se questo potesse avvenire senza che fosse necessario presentare domanda di partecipazione, il che rappresenta come noto una deroga alla regola generale, ammessa sul presupposto e a condizione che sia preclusa in radice la possibilità di formulare una offerta consapevole.

Infine, giova rilevare che sono comunque pendenti dinanzi al Tar ben due giudizi che riguardano la medesima gara qui in discussione: uno iscritto al nr. 183/2018 proposto da un altro concorrente e il secondo iscritto al nr. 1213/2018 proposto dalla stessa OMISSIS s.r.l. ed avente ad oggetto l'aggiudicazione e il bando (il terzo ricorso, in opposizione, proposto da Stima s.r.l. è stato invece

nel frattempo dichiarato improcedibile dal Tar, con sentenza n. 190 del 7.2.2019, alla luce dell'intervento che la stessa Stima ha dispiegato nel presente giudizio).

Sicché l'annullamento con rinvio al primo giudice, a norma dell'art. 105, co. 1, c.p.a., permetterà una trattazione congiunta dinanzi al Tar dell'intera controversia.

8. Resta da precisare come l'annullamento della sentenza, come già in precedenza era accaduto con la sospensione della sua esecutività, si estende a tutti gli atti posti in essere in sua dichiarata esecuzione (cd. effetto espansivo esterno) e comporta il pieno ripristino degli effetti degli atti di gara.

9. La dinamica della vicenda, più volte richiamata anche evidenziandone le ricadute sul processo, e la natura in rito della decisione assunta giustificano, nell'insieme, la compensazione delle spese tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando nella causa così provvede:

in parziale accoglimento dell'appello e dell'intervento di terzo ai sensi dell'art. 109 c.p.a., accertata la violazione del contraddittorio nel giudizio di primo grado, annulla la sentenza impugnata con rinvio al giudice di primo grado in diversa composizione;

spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvia La Guardia, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Giulio Castriota Scanderbeg

IL SEGRETARIO