

IL FORO AMMINISTRATIVO

ISSN 2284-2799

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. II - Maggio 2015

5

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO, MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Si segnalano all'attenzione del lettore

- Cons. St., sez. III, 13 maggio 2015, n. 2401, *che definisce il concetto di "aiuto di Stato" e afferma l'inderogabilità dell'obbligo del suo recupero pur in presenza di giudicato o di intervenuta prescrizione* 1377
- Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328, *in tema di provvedimenti di vigilanza della Banca d'Italia* 1397
- Cons. St., sez. V, 6 maggio 2015, n. 2255, *che precisa i presupposti ed i limiti di legittimità dei provvedimenti in tema di restrizioni alla circolazione stradale nei centri abitati* 1408
- Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2609, *che interpreta le nuove norme in materia di calcolo della soglia di anomalia introdotte dal d.l. n. 90 del 2014 e ne riconosce la costituzionalità* 1420
- Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2515, *in tema di elenchi Istat delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato* 1437
- Cons. St., sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2682, *che afferma la validità della notificazione del ricorso a mezzo pec* 1447
- Tar Piemonte, sez. I, 15 maggio 2015, n. 789, *che delinea il concetto di "socio di maggioranza" tenuto a presentare la dichiarazione sostitutiva nelle gare pubbliche* 1502
- Tar Veneto, sez. III, 8 maggio 2015, n. 501, *che dichiara illegittima la regolamentazione della Regione Veneto in materia di limiti di età per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita a carico del s.s.n.* 1515
- Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 11 maggio 2015, n. 448, *che afferma l'obbligatorietà del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014* 1524
- Tar Toscana, sez. III, 8 maggio 2015, n. 760, *che riconosce in via generale al giudice amministrativo la potestà di pronunciare sentenze meramente dichiarative* 1533
- Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 maggio 2015, n. 6549, *sul contributo dovuto dagli operatori del settore all'Autorità antitrust* 1541
- Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 maggio 2015, n. 6366, *che definisce condizioni e limiti in presenza dei quali, nelle pubbliche gare, è ammesso l'inserimento di dati economici nell'offerta tecnica* 1552
- Tar Molise, sez. I, 4 maggio 2015, n. 174, *che nega il risarcimento del danno alla lista esclusa dalla competizione elettorale per errore nell'autenticazione degli atti di accettazione delle candidature* 1571
- Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 21 maggio 2015, n. 1206, *secondo cui il sindaco non ha la potestà di avocazione né di annullamento degli atti illegittimi compiuti dai dirigenti comunali* 1589
- In questo fascicolo Osservatori di giurisprudenza: *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)



GIUFFRÈ EDITORE

contro i capi della sentenza gravata' non significa che, in contrasto con il principio di sinteticità di cui al precedente art. 3 comma 2, tali censure siano necessarie anche in assenza di contestazioni riferibili allo stretto contenuto della sentenza, come nel caso di ragioni d'inammissibilità o irricevibilità dell'impugnativa, fermo restando che i motivi riproductivi delle censure prospettate in primo grado ben possono contenere in modo più o meno esplicito argomentazioni contrarie a quelle espresse nella sentenza appellata e che l'onere della specificità dei motivi va commisurato all'ampiezza e specificità della motivazione della sentenza appellata."

In tema di nullità della sentenza per vizio di motivazione, cfr. Cons. St., sez. V, 12 dicembre 2014, n. 6127, per cui "Ai sensi dell'art. 88 lett. d), c.p.a. deve essere dichiarata nulla, con rinvio al Tar che l'ha emessa, la sentenza composta dal fatto e dalla ripetizione meccanica dello stesso nella parte destinata all'esposizione in diritto delle ragioni della decisione, che è dunque materialmente carente."; Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1508, secondo cui "L'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa."; Id., sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1978; Id., IV, 13 marzo 2014, n. 1341, *ivi*, 2014, 3, 811; Id., sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6017, in *Foro amm. CDS*, 2013, 12, 3369.

In dottrina, per approfondimenti si veda: F. PATRONI GRIFFI, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, 17; M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative - Varenna 2014, in *www.federalismi.it*, 2014; Id., *Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 sul sistema di giustizia amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2014, 5, 1483; Id., *Audizione alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati* in data 10 luglio 2014; Id., *Incontro di studio presso l'Università di Roma TRE* del 14 luglio 2014; E.M. BARBIERI, *Sinteticità dei ricorsi e sinteticità delle sentenze*, in *www.giustamm.it*, 2014; M. LIPARI, *L'efficienza della p.a. e le nuove norme per il processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2014; F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *www.federalismi.it*, 2014, 6; A.G. PIETROSANTI, *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall'art. 3, comma 2, c.p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 11; R. DE NICTOLIS, *La tecnica di redazione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G.P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, *ivi*; G. PALEOLOGO, *Forme ed autorità delle sentenze amministrative*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, III, Milano, 1983, 1933

C.N.

B. Sul dovere del Giudice di pronunciarsi su tutte le domande; sull'ordine di esame delle questioni; sulla graduazione delle domande formulate dalla parte interessata; sul divieto di assorbimento dei motivi.

Cons. St., ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5.

La sentenza analizza il perimetro del dovere del giudice amministrativo di pronunciarsi su tutta la domanda e le relative deroghe.

La fattispecie sottoposta all'esame della Plenaria originava dal ricorso proposto dall'impresa seconda classificata in una procedura di affidamento di un servizio

pubblico per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione e per il risarcimento di tutti i danni subiti per la mancata aggiudicazione. I motivi a sostegno della domanda caducatoria non erano espressamente graduati e concernevano tanto profili di invalidità dell'intera procedura per violazione del principio generale di trasparenza, che censure specifiche sulla illegittima ammissione del concorrente primo graduato. Il TAR, accogliendo il ricorso sul motivo assorbente della violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, *sub specie* delle regole di trasparenza della procedura, annullava gli atti impugnati e respingeva l'istanza risarcitoria atteso che l'annullamento integrale della gara avrebbe attribuito al ricorrente una mera *chance* di aggiudicazione, integralmente reintegrata in forma specifica tramite la relativa re-indizione. L'originaria ricorrente insorgeva contro la decisione del giudice di prime cure lamentando, *inter alia*, un cattivo uso della tecnica dell'assorbimento dei motivi che, a suo dire, sarebbe utilizzabile soltanto quando sia evidente che anche sotto il profilo risarcitorio il ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dall'esame di tutte le censure prospettate.

L'ordinanza di rimessione sottoponeva alla Plenaria cinque questioni: "a) *se nel processo amministrativo, a fronte di un ricorso di annullamento avverso l'aggiudicazione, qualora si facciano valere diverse tipologie di censure, alcune che denunciano una radicale illegittimità della gara ed altre che denunciano l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicatario ovvero l'illegittima pretermissione del ricorrente, si sia dinanzi ad una o a più domande; b) se nel processo amministrativo, il principio della domanda e quello dell'interesse al ricorso consentono di ritenere che il ricorrente possa graduare implicitamente i motivi di ricorso attraverso il mero ordine di prospettazione degli stessi; c) se e in che termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame dei motivi di ricorso proposti all'interno della stessa domanda, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente; d) se e in che termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame delle domande proposte all'interno di uno stesso giudizio da un'unica parte, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente; e) se il vizio di incompetenza relativa, in quanto vizio dell'organizzazione e non della funzione amministrativa, sfugga alla facoltà di graduazione, esplicita o implicita, dei motivi di ricorso".*

All'atto di delimitare l'oggetto del quesito sottoposto al suo esame, dopo aver chiarito che esso attiene esclusivamente ai giudizi di primo grado stante la vigenza del principio devolutivo attenuato in appello, la Plenaria precisa che ciò che effettivamente rileva è stabilire se sia possibile o meno che la parte gradui i motivi posti a sostegno dell'unica domanda di annullamento proposta ovvero gradui le diverse domande di annullamento dirette contro una pluralità di autonomi provvedimenti (di solito costitutivi di una complessa fattispecie procedimentale), mentre il problema non si porrebbe nel caso di proposizione di domande diverse da quella di annullamento (nelle forme e nelle modalità previste dal codice), per ciò che, in tale caso, il giudice sarebbe sempre vincolato alla prospettazione del ricorrente. Con riferimento al primo quesito, la Plenaria chiarisce pertanto che "*nel giudizio impugnatorio di legittimità, l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale, motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti*".

La sentenza passa quindi a ricostruire il dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda e le sue deroghe.

Il fondamento normativo del principio della domanda e di quelli di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di rilevanza d'ufficio "di talune "grandi" questioni afferenti al rito o al merito" è individuato, dalla Plenaria, negli artt. 99 e 112 c.p.c. e 2907 c.c., che, pur non essendo espressamente riprodotti nel c.p.a., trovano risonanza nell'art. 34, co. 1, di quest'ultimo e in ogni caso hanno accesso nel sistema di giustizia amministrativa, in qualità di principi generali, grazie al rinvio esterno di cui all'art. 39, co. 1, c.p.a. Ne deriva, prosegue la sentenza, la certa qualificabilità del processo amministrativo quale processo di parti, governato, in linea generale, dal principio della domanda nella sua duplice accezione di principio dispositivo sostanziale e di principio dispositivo istruttorio (sia pure con i temperamenti derivanti dagli artt. 63 e 64 c.p.a.), da leggere alla luce dell'importanza strategica dell'iniziativa giurisdizionale innanzi al g.a., quale giudice naturale degli interessi legittimi, "perché, sia pure nei limiti della domanda, concorre a (e rende possibile la) tutela dell'interesse pubblico mediante il ripristino della legalità violata".

Fatta questa premessa, la sentenza precisa che non inficia il principio della domanda il potere del g.a. di procedere alla qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero alla sua interpretazione e poi passa ad esaminare partitamente i limiti all'obbligo di scrutinare tutti i vizi-motivi e le correlate domande di annullamento.

La prima ipotesi analizzata è quella della graduazione, espressamente definita come "ordine dato dalla parte ai vizi-motivi (o alle domande di annullamento), in funzione del proprio interesse". Il "potere" di graduazione riconosciuto alla parte, diretto precipitato del principio della domanda, vincola il giudice amministrativo anche qualora la sua osservanza possa portare, in concreto, a un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità. La Plenaria, in risposta al quesito *sub b*, precisa che la graduazione deve avvenire secondo specifiche modalità: se ne richiede una puntuale ed esplicita esternazione anche per evitare che il giudice possa sostituirsi alle parti nella ricerca della maggiore satisfattività dell'azione proposta.

Con riferimento alle eccezioni al potere della parte di graduare i motivi e le domande, la sentenza analizza, in risposta al quesito *sub e*, il vizio di incompetenza. Tale vizio, anche dopo l'abrogazione dell'art. 26, l. 1034/1971, che espressamente ne prevedeva lo scrutinio prioritario, dovrebbe considerarsi assorbente rispetto agli altri vizi ai sensi dell'art. 34, co. 2 c.p.a. In particolare, tale ultima disposizione, nella lettura proposta dalla Plenaria, precluderebbe al g.a. di pronunciarsi non solo sui poteri non ancora esercitati da alcuna autorità, ma anche su quelli non esercitati dall'autorità competente. Per tale ragione, il vizio di incompetenza sarebbe talmente radicale e assorbente da non ammettere di essere graduato dalla parte.

In mancanza di rituale graduazione si riespande l'obbligo del giudice di pronunciarsi su tutti i motivi e le domande, fermo il limite della facoltà dello stesso giudicante di selezionare, in vista della completa tutela dell'interesse legittimo e della legalità e dell'interesse pubblico, le censure da cui principiare, con la precisazione che in taluni determinati casi, l'esame può arrestarsi prima di aver esaurito l'intero compendio delle censure e delle domande proposte.

I casi in cui è consentito derogare all'obbligo di esame dell'intera domanda sarebbero, in particolare, quelli (i) espressamente previsti dalla legge; (ii) in cui emergano "evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico-pregiudiziale"; (iii) in cui sussistano ragioni di economia processuale e comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica.

Tra le ipotesi di assorbimento legittimate *ex lege*, rientrerebbero l'art. 34, co. 2 c.p.a. che, nell'interpretazione proposta, consentirebbe l'esame prioritario ed assorbente del vizio di incompetenza, l'art. 74 c.p.a., secondo cui, in caso di giudizio deciso con sentenza in forma semplificata, il giudice può motivare con riferimento al punto ritenuto risolutivo e l'art. 49, co. 2 dello stesso Codice che consente espressamente di assorbire la questione della mancata integrità del contraddittorio in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza del ricorso.

Ai casi di "assorbimento logico necessario" *sub* (ii) vengono ricondotti esemplificativamente: la reiezione per motivi di rito, l'accoglimento di una censura o domanda prospettata alternativamente o in via prioritaria e l'assorbimento dell'esame del ricorso incidentale "espressamente o implicitamente subordinato o condizionato all'accoglimento di quello principale" quando quest'ultimo sia rigettato. Si tratterebbe di casi in cui sussistono nessi di continenza logica tra le questioni sottoposte al giudicante sotto profili di pregiudizialità o dipendenza. La sentenza, pur dando conto dell'impostazione per cui non sarebbe consentito assorbire una questione rilevante per la fattispecie in esclusiva considerazione del risultato della decisione (comunque reiettiva) che deriverebbe dall'esame completo delle domande proposte, conclude affermando che "il giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle domande o di quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali di illegittimità". A tale regola la Plenaria pone un espresso correttivo nel caso in cui il vizio attenga all'omessa comunicazione di avvio del procedimento: in tale caso sarebbe preferibile l'opposta tesi secondo cui, in mancanza di esplicita richiesta di segno diverso del ricorrente, l'accoglimento di censure relative alla correttezza della sequenza procedimentale, comprese quelle relative alla rituale formazione del contraddittorio e alla comunicazione di avvio del procedimento, non dovrebbero comportare l'assorbimento delle censure "sostanziali", riferite ad altri aspetti contenutistici della determinazione impugnata.

Con riferimento alla categoria dell'assorbimento per ragioni di economia processuale, la Plenaria vi include: la già menzionata reiezione della domanda in forza della c.d. ragione più liquida, l'assorbimento dei motivi meramente ripetitivi di altri già esaminati e respinti, e l'ipotesi in cui il provvedimento impugnato, fondandosi su una pluralità di ragioni autonome, risulti esente da vizi su almeno una di queste, con conseguente possibilità di rigettare il ricorso sotto tale assorbente profilo.

Merita rilevare che la sentenza, nell'affermare la vigenza del principio generale per cui il giudice deve esaminare tutte le censure sottoposte al suo vaglio in modo da orientare il futuro esercizio del potere amministrativo, adduce a conferma la formulazione dell'art. 120, co. 6, c.p.a., come modificato dal d.l. n. 90/2014, conv. nella l. 114/2014, che, come noto, nel porre dei limiti "quantitativi" agli scritti difensivi in materia di contratti pubblici, dispone che "il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti".

In dottrina, sul principio dispositivo nel processo amministrativo e sulla natura della giurisdizione amministrativa come giurisdizione soggettiva, si vedano *ex multis*: G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi*

problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 503; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, Relazione al convegno *Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo*, Gaeta, 22 maggio 2009, in *www.federalismi.it*, 2009, 18. Sulle azioni nel processo amministrativo A. CARBONE — F. PIGNATIELLO, *Le azioni di cognizione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, vol. I, Milano, Giuffrè, 2013, 151 ss.

F.A.B.

Sulla giurisdizione

A. Sulla giurisdizione ordinaria in materia di concorsi per l'assunzione di personale indetti da società a partecipazione pubblica.

Cons. St., sez. V, 8 giugno 2015, n. 2794.

Il Collegio ha escluso che rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo una controversia concernente l'assunzione di personale da parte di una società per azioni a partecipazione totalmente pubblica, dovendo questa considerarsi “una società per azioni di diritto privato soggetta a regole privatistiche [...] non equiparabile ad una pubblica amministrazione”.

La decisione — richiamando quanto affermato sul punto da Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28330, in *Foro it.*, 2012, 12, I, 3450 — ha escluso, infatti, che in base all'art. 7, co. 2, c.p.a. — secondo il quale, ai fini del codice stesso, si intendono per pubbliche Amministrazioni anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo — “la riserva della giurisdizione del giudice amministrativo possa applicarsi anche alle società che [...] non sono annoverabili tra le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001”, non essendo ravvisabile nella fattispecie alcun esercizio di pubblici poteri nell'adozione degli atti di indizione della procedura di selezione di dipendenti da parte di una società, da qualificare come privata. Osserva, infatti, il Collegio che “ciò che è essenziale per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di personale è la riconducibilità dell'atto o del comportamento all'esercizio di pubblici poteri”. La circostanza che la società cui era riconducibile la procedura selettiva non fosse preposta allo svolgimento di attività amministrative — bensì ad attività di trasporto di passeggeri — ha portato il Collegio ad affermare, peraltro, l'inconferenza del richiamo all'art. 1, co. 1-ter, della l. n. 241/1990 — secondo cui i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi del procedimento amministrativo —, ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo. La pronuncia ha, inoltre, negato la rilevanza, ai fini della individuazione del giudice munito di giurisdizione, di quanto disposto dall'art. 18, co. 2, del d.l. n. 112/2008, conv. in l. 133/2008, trattandosi di “norma di equiparazione procedurale e non sostanziale”, che si è limitata a disporre che le società a partecipazione pubblica totale o di controllo “debbano adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità”, senza che ciò sia sufficiente a ritenere modificata la natura giuridica del soggetto datore di lavoro e tale da