

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sez. giurisdizionale, sentenza 18 settembre 2019, n. 823 - Pres. De Nictolis - Est. Modica de Mohac - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità del Comune di Palermo e Urega di Palermo (avvocatura dello stato) c. Comune di Termini Imerese e Dusty s.r.l. (non costituiti); C. Trasposto Ambiente soc. coop. (avv. Rotigliano) - (respinge appello - conferma sentenza T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 27 giugno 2018, n. 1451).

Giustizia amministrativa - Sentenza di annullamento accompagnata da misura conformativa - Ordine, contenuto nella sentenza di accoglimento del ricorso, di nomina di una nuova Commissione in diversa composizione per la rivalutazione dell'offerta presentata dal ricorrente - Vizio di eccesso di potere giurisdizionale - Insussistenza - Adozione di tale misura conformativa nella sentenza che definisce, nel merito, il giudizio di primo grado in assenza di una esplicita richiesta da parte del ricorrente - Ammissibilità - Presupposti - Individuazione -

Legittimamente il Giudice di primo grado ha disposto, nella sentenza con la quale ha accolto l'impugnazione proposta avverso l'aggiudicazione di una gara, che l'offerta presentata dall'impresa ricorrente fosse rivalutata da una nuova commissione in diversa composizione. Infatti, anche qualora fosse stata adottata - in alternativa a quella in effetti assunta - una decisione di accoglimento in funzione puramente cassatoria del provvedimento ritenuto immotivato (e corredata - come sarebbe stato corretto in un caso del genere - dalla consueta clausola volta a salvare gli ulteriori atti e provvedimenti dell'amministrazione), l'effetto finale - a parte l'allungamento dei tempi - non sarebbe stato comunque diverso: sarebbe stato comunque necessario procedere alla rinnovazione del segmento procedimentale viziato, e dunque alla riconvocazione della commissione. Ed anche in quell'ipotesi sarebbe sorta la questione relativa alla corretta composizione delle stessa, questione che il Giudice ha ritenuto di affrontare e di decidere con un giudizio, per così dire, kantianamente 'sintetico e a propri', fin da subito.

Il Giudice di primo grado ha agito correttamente, in quanto la commissione di concorso si era sostanzialmente rifiutata di provvedere alla rinnovazione, richiesta nel corso del giudizio con ordinanza istruttoria. Se, dunque, detto Giudice non avesse disposto la nomina di una nuova commissione in sede di definizione del giudizio, la sentenza conclusiva si sarebbe risolta in un atto giudiziario meramente ripetitivo dell'ordinanza istruttoria già emanata e rimasta ineseguita e, quindi, in una espressione di inefficienza (e di impotenza) giudiziaria. Pertanto il Giudice di primo grado non ha travalicato i suoi poteri e la sua decisione non è viziata da ultra/petizione.

Per il testo integrale della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

BREVI NOTE SULL'EFFETTIVITA' DELLA TUTELA NELL'AZIONE DI ANNULLAMENTO, IN PARTICOLARE SULLA POSSIBILITA' DI ANTICIPARE L'ADOZIONE DI MISURE CONFORMATIVE NELLA SENTENZA CHE ACCOGLIE IL RICORSO.

Nella sentenza in commento è stato rigettato l'appello, promosso dall'amministrazione resistente in primo grado, avente ad oggetto la statuizione conformativa, contenuta nella sentenza di accoglimento del ricorso, in cui si disponeva che l'offerta del ricorrente fosse rivalutata da una nuova commissione giudicatrice in diversa composizione rispetto a quella che aveva esaminato tale offerta nella originaria procedura di gara. Nell'atto di appello si sosteneva che tale misura conformativa era viziata da ultrapetizione, in quanto non era stata richiesta espressamente dal ricorrente; inoltre, si deduceva che essa esulava dalle attribuzioni giurisdizionali, giacché la valutazione circa la necessità o l'opportunità di sostituire la commissione che ha svolto le operazioni di gara rientra nei poteri organizzativi riservati all'amministrazione. Nel commento si esaminano le motivazioni poste a fondamento della sentenza che ha rigettato l'appello e si indicano le ragioni, in parte diverse da quelle espresse dal Giudice di secondo grado, che inducono a ritenere corretta e legittima la decisione del Giudice di prime cure avverso la quale è stato proposto il gravame.

I contenuti della sentenza.

Nella sentenza in commento il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia si è pronunciato sull'appello proposto avverso una sentenza ¹, con la quale è stata annullata l'aggiudicazione di una gara d'appalto.

In particolare, la predetta sentenza è stata impugnata dall'amministrazione resistente esclusivamente nella parte in cui essa stabilisce che *“la commissione di gara che dovrà provvedere alla nuova ed eventualmente motivata valutazione....sia composta con soggetti diversi da quelli che hanno composto la commissione in occasione dell'espressione dei giudizi valutativi illegittimi”*.

Secondo l'appellante, con tale statuizione, il Giudice di prime cure avrebbe deciso *“ultra petita”* rispetto alla domanda proposta dall'originaria impresa ricorrente, in quanto quest'ultima non ha richiesto espressamente la nomina di una diversa commissione, nell'ipotesi in cui il giudice di primo grado avesse accolto il ricorso e disposto la rinnovazione delle operazioni di gara. Nell'atto di appello si sostiene, inoltre, che l'ordine - contenuto nella pronuncia cassatoria del T.a.r. Sicilia - di affidare ad una nuova commissione il riesame dell'offerta è viziato da eccesso di potere giurisdizionale, atteso che l'eventuale decisione di sostituire la commissione rientra nelle competenze organizzative riservate all'amministrazione.

Il Giudice di secondo grado non ha ritenuto fondate le suindicate doglianze ed ha pertanto rigettato l'impugnazione promossa sulla base di un articolato (e non sempre convincente) percorso argomentativo che qui di seguito si riporta: in via preliminare si evidenzia che, con ordinanza istruttoria, il Giudice *a quo* ha richiesto che *“la commissione di gara esplicitasse ‘le ragioni poste a supporto della sua valutazione’”* negativa in merito a taluni aspetti dell'offerta tecnica presentata dalla ricorrente; si sottolinea, inoltre, che la commissione di gara, ricostituitasi (in eguale ricomposizione) per l'esecuzione dell'ordinanza, ha confermato il suo giudizio di totale insufficienza delle parti dell'offerta relative alle *“migliorie”* e ad altre *“innovazioni”*, *“continuando così a non fornire alcun ragguaglio in ordine alle ragioni e sui criteri sui quali aveva basato un giudizio sì tranciante”*. Si rileva, infine, che, in realtà, il ricorrente in primo grado ha chiesto, prima del passaggio in decisione della causa, che la commissione eventualmente chiamata a rinnovare la valutazione fosse costituita da membri diversi da quelli che si sono espressi sulla propria offerta in sede di gara.

Tale ultima richiesta, seppur formulata dal ricorrente di primo grado, è considerata comunque *“sostanzialmente irrilevante”* e non necessaria dal Consiglio di Giustizia amministrativa, posto che *“nel processo amministrativo, il ‘principio dispositivo’ vale senz'altro per quanto attiene alla domanda giudiziale (nel senso che al Giudice è inibito giudicare ‘ultra petita’), nonché, parzialmente, anche per il meccanismo probatorio (che, com'è noto, è solamente in parte nella disponibilità delle parti, ben potendo essere disposte d'ufficio sia l'acquisizione di documenti, informazioni e/o chiarimenti, sia la consulenza tecnica e la verifica)”*, ma non opera in relazione alle *“specifiche modalità”* di assunzione e/o di acquisizione delle prove (o dei documentati chiarimenti volti ad assumere la consistenza di prove), né in relazione alle modalità di attuazione delle *“operazioni”* strumentali alla formazione della prova. Tali *“modalità”* operative sono - di regola e per lo più - disciplinate dalla legge (come nel caso della *‘c.t.u.’*, per la quale la legge stabilisce le regole volte ad assicurare il contraddittorio e l'imparzialità; o nel caso della *‘prova testimoniale’*, per la quale la legge stabilisce le regole di assunzione etc.) ma è evidente che la

¹ Si tratta più esattamente della sentenza del T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 27 giugno 2018, n. 1451, in www.giustizia-amministrativa.it.

concreta organizzazione di tutte le attività processuali ed operazioni che non sono espressamente e (meticolosamente) disciplinate dalla legge processuale, non può che essere devoluta e riservata alla competenza del Giudice, concretandosi in un'attività intimamente connessa alla sua funzione, e nella quale si manifesta la sua abilità ed il suo intuito nel perseguimento della ricerca della verità (e della giustizia)."

Nella fattispecie, il Giudice di primo grado, non avendo ottenuto dalla commissione di gara i chiarimenti richiesti in via istruttoria, ha ritenuto che il provvedimento impugnato fosse immotivato *"in parte qua"*; di conseguenza, ha accolto il ricorso, disponendo - in omaggio al principio di conservazione degli atti amministrativi e *"in funzione, all'evidenza, anche acceleratoria"* - che l'amministrazione provvedesse a emendare il vizio di parziale difetto di impugnazione, gravante sull'atto contestato, attraverso un'attività valutativo-esplicativa, da affidare ad una nuova commissione, vista l'indisponibilità dimostrata, nel corso del giudizio, da quella in precedenza nominata a svolgere tale attività integrativa.

Ad avviso del Consiglio di Giustizia amministrativa, il Tribunale amministrativo regionale, così statuendo, ha agito correttamente, in quanto, se non avesse ordinato la sostituzione della commissione giudicatrice, la sentenza di accoglimento del ricorso si sarebbe risolta in un atto meramente ripetitivo del provvedimento istruttorio già emanato e rimasto ineseguito *"e, quindi, in una espressione di inefficienza (e di impotenza) giudiziaria"*.

Il Giudice d'appello osserva, inoltre, che, anche nel caso in cui fosse stata adottata - in alternativa a quella in effetti assunta - una decisione di accoglimento in funzione puramente cassatoria dell'atto impugnato (e corredata - come sarebbe stato necessario in un caso del genere - dalla consueta clausola volta a salvare gli ulteriori atti e provvedimenti dell'amministrazione), l'effetto finale - a parte l'allungamento dei tempi - non sarebbe stato comunque molto diverso, giacché sarebbe stato comunque indispensabile procedere alla rinnovazione del segmento procedimentale viziato, e dunque alla riconvocazione della commissione. Ed anche in quell'ipotesi sarebbe sorta la questione relativa alla corretta composizione delle stessa, *"questione che il Giudice ha ritenuto di affrontare e di decidere con un giudizio, per così dire, kantianamente 'sintetico e a propri', fin da subito"*.

In virtù del suesposto ragionamento logico-giuridico, il Consiglio di Giustizia amministrativa è giunto alla conclusione che la sentenza impugnata non è affetta da eccesso di potere giurisdizionale, né da ultra/petizione e, pertanto, ha rigettato l'appello.

Osservazioni.

Le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Giustizia amministrativa nella sentenza in commento sono condivisibili, nonostante l'ampio percorso argomentativo sviluppato nella decisione non appaia sempre perspicuo e conferente. In particolare, le riflessioni compiute dall'Organo giudicante in ordine all'operatività del principio dispositivo nel processo amministrativo e alle regole e modalità organizzative delle attività istruttorie risultano ultronee rispetto alla questione principale posta dall'appellante: nell'atto di impugnazione si lamenta che il giudice di prima istanza non aveva il potere di ordinare - nella sentenza di annullamento dell'atto valutativo riguardante l'offerta presentata dall'impresa ricorrente in primo grado - la nomina di una nuova commissione, in composizione diversa da quella che si era espressa in sede di gara, per la rinnovazione dell'atto caducato, in quanto detto potere spettava esclusivamente all'amministrazione che aveva emanato il provvedimento illegittimo. Nel ricorso in appello si deduce, inoltre, che - in virtù del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato - il T.a.r. Sicilia non era legittimato ad adottare la suindicata misura conformativa poiché questa non era stata esplicitamente domandata dall'impresa che aveva promosso l'azione avverso gli esiti della gara.

Entrambe le suesposte contestazioni non appaiono insuperabili: in via preliminare giova rammentare che, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, è giunta a compimento l'evoluzione di tale rito da strumento di controllo della legalità dell'azione amministrativa a sistema preordinato alla tutela di pretese sostanziali².

La definitiva affermazione della natura soggettiva della giurisdizione in esame è attestata inequivocabilmente dal richiamo, contenuto nell'art. 1 c.p.a., all'esigenza di *“tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*³. Come giustamente sottolineato in alcune pronunce recenti⁴, il codificato principio del *“rimedio effettivo”* (frutto della convergenza sinergica, in tema di garanzie processuali, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta Costituzionale) ha reso oramai recessiva l'idea che, ai fini della protezione degli interessi legittimi, sia sufficiente il riconoscimento del diritto di accesso ad un giudice e a una procedura regolata dalla legge; si rileva al riguardo che gli strumenti processuali posti a presidio delle predette posizioni giuridiche devono assicurare anche la possibilità di ottenere un provvedimento giudiziale *“adeguato ed omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce”*⁵. In quest'ottica, *“il c.p.a. prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, il quale riflette l'esigenza di una tutela conformata non alle situazioni sostantive (secondo la tradizione romanistica) bensì al bisogno differenziato di tutela dell'interesse protetto, il cui grado e la cui intensità sono spesso definiti ex post dal giudice e non ex ante”*⁶.

Nel d.lgs. n. 104/2010 sono, in effetti, diverse le norme finalizzate a dare concreta attuazione ai principi generali sanciti dal citato art. 1 c.p.a.: così, ad esempio, l'art. 31, comma 3, c.p.a., stabilisce che *“ Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della*

² Riguardo al sistema di tutele prefigurato dal codice del processo amministrativo, il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella recente decisione 25 febbraio 2019, n. 1321, in www.giustamm.it, ha osservato che, *“avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi capovolgere definitivamente l'allocatione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo”*. In merito ai connotati fondamentali assunti dalla giurisdizione amministrativa dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, si veda, in dottrina, F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.; A. Pajno, *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, ivi, 2001, 100 ss.; E. Follieri, *L'effettività della tutela innanzi al giudice amministrativo nei recenti arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ In argomento si veda, da ultimo, M.A. Sandulli, *Principio di legalità e effettività della tutela; spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e Soc.*, 2015, 4, 649 ss.; Id., *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in www.federalismi.it; S.S. Scoca, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1397 ss.. Sulla *“pienezza”* del sindacato amministrativo si rinvia a F. Patroni Griffi, *Notazioni in tema di sindacato sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in *Gius. civ.*, 2015, 4, 723 ss.. In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266, in *Foro amm.*, 2016, 10, 2347.

⁴ Sul punto si rimanda alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, già menzionata.

⁵ Così rileva il Consiglio di Stato nella sentenza citata alla nota precedente: ivi si afferma, in particolare, che *“L'enfasi”*, data nel codice del processo amministrativo, *“sulla strumentalità delle regole del processo rispetto alle ragioni della giustizia sostanziale ed il necessario riscontro di adeguatezza tra il mezzo di tutela e la posizione sostanziale segnano il passaggio dal principio di atipicità dell'azione, al principio di atipicità delle forme di tutela. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, l'interesse legittimo abbisogna della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità 'primaria' specificamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento”*.

⁶ Cfr. la sentenza richiamata nella nota precedente.

discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Ancor più significativo appare l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.: ivi si prevede che il giudice, nei limiti della domanda, *"dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza"* ⁷. Quest'ultimo precetto, prescrivendo, *expressis verbis*, che le statuizioni ripristinatorie e conformative sono adottabili *"anche in sede di cognizione"* valorizza al massimo la funzione di accertamento e gli strumenti di tutela offerti dall'azione di annullamento, giacché permette di concentrare in detta azione, per quanto possibile, la risoluzione di tutte le questioni la cui definizione consenta di dare una risposta certa ed esaustiva alla domanda del privato volta all'acquisizione o alla conservazione del bene della vita disciplinato dal provvedimento impugnato ⁸. La norma, di cui si discute, ha, quindi, attribuito al giudice della cognizione il potere - una volta esercitabile solo nella successiva fase dell'ottemperanza - di assumere, nella sentenza che accoglie il ricorso, tutti i provvedimenti utili o necessari ad assicurare l'attuazione della decisione, *"consentendo così di esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento"* ⁹.

Il precetto, di cui si discute, assume un'importanza centrale nel sistema delineato dal d.lgs. n. 104/2010: esso, infatti, predispone una tutela veramente efficace e soddisfacente, giacché accorda alle pretese sostanziali azionate una protezione tendenzialmente completa ed immediata ¹⁰ (tenuto conto - ovviamente - dei limiti connotati al sindacato giurisdizionale relativo all'attività amministrativa

⁷ Sulla norma ora evocata si veda Cons. Stato, Sez VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 260 ss., con note di C. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, 280 ss., e di A. Giusti, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, 293 ss.. In senso critico riguardo alla possibilità di anticipare le misure conformative nella decisione di annullamento del provvedimento impugnato si veda N. Paolantonio, *Art. 34*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, spec. 544-545; G. Corso, *Commento all'art. 34*, in A. Quaranta - V. Lopilato, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 338.

⁸ In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, cit., in cui si rileva che *"è ormai acclarata la possibilità per il giudice di spingersi 'oltre' la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del c.p.a. contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento"*.

⁹ Così si argomenta nella pronuncia riportata nella nota precedente.

¹⁰ Giova rammentare che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 29 luglio 2011, n. 15, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 171, con note di R. Ferrara e L. Bertonazzi, ha osservato in riferimento alla norma codicistica qui analizzata e con l'intento di completare il quadro sistematico scaturito da tale norma che deve essere ormai riconosciuta nel processo amministrativo l'ammissibilità dell'azione atipica di accertamento, nei limiti fissati dal comma 2 dell'art. 34, c.p.a. (fermo restando, cioè, il divieto di pronunciamenti relativi a poteri amministrativi non ancora esercitati). In particolare il Giudice della nomofilachia ha affermato che *"l'assenza di una previsione legislativa espressa non ost[a] all'esperibilità di una azione di tal genere quante volte....detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo"*.

discrezionale ¹¹). In tal modo la norma in esame, pur non determinando il definitivo superamento del principio del giudicato a formazione progressiva ¹², attenua, comunque, in modo significativo, gli effetti negativi che la (perdurante) vigenza di siffatta regola nel regime processuale qui considerato comporta: detti effetti negativi - si ricorda - consistono nell' indefinita parcellizzazione di una vicenda sostanzialmente unitaria, attraverso la defatigante alternanza tra procedimento e processo, fonte di un grave dispendio di risorse pubbliche e private ¹³.

Le suesposte riflessioni inducono a ritenere infondata la censura mossa, nel caso di specie, dal ricorrente in appello secondo cui la misura attuativa della pronuncia di annullamento, contenuta nella sentenza gravata, è viziata da eccesso di potere giurisdizionale.

In proposito occorre sottolineare che la statuizione contestata - recante l'ordine di affidare la rivalutazione dell'offerta del ricorrente ad una nuova commissione - costituisce un tipico strumento conformativo di cui si può avvalere il giudice dell'ottemperanza nei casi in cui l'accoglimento del

¹¹ Osserva sul punto il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella già ricordata sentenza 25 febbraio 2019, n. 1321, che “*Nel sistema di tutela amministrativa ben possono darsi disposizioni protettive la cui violazione priva gli interessati non del risultato finale, bensì di una utilità intermedia, consistente nella mera possibilità di un risultato vantaggioso. In tali casi, la sentenza non si pone quale fonte diretta del ‘rapporto’ amministrativo’ in sostituzione di un ‘atto amministrativo’, semplicemente perché non può contenere l’accertamento sostanziale dei presupposti per ottenere il risultato della vita. In definitiva, quando l’eliminazione dell’atto impugnato avviene sulla base dell’accertamento di uno o più vizi che attengono a elementi discrezionali dell’esercizio del potere, la sentenza limita il potere nella sua fase di rinnovo, ma senza segnarne l’esito*”. Sui limiti al sindacato giurisdizionale relativo a valutazioni tecnico-discrezionali (come nel caso di specie) si veda in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen. 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro it.*, 2014, 12, III, 712, con nota di A. Travi, *Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi*; Id., 9 giugno 2016, n. 11, *ivi*, 2017, 4, III, 186; Id., 6 febbraio 2016, n. 2, in *Foro amm.*, 2016, 2, 267. In dottrina si veda, tra gli altri, P. Carpentieri, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 385 ss.; F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, *ivi*, 2004, 983 ss.; S. Baccarini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, *ivi*, 2001, 80 ss.; P. Lazzara, *‘Discrezionalità tecnica’ e situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, 2000, 212 ss.; M.E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull’esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, *ivi*, 1999, 1101 ss.; D. De Pretis, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. Cassese, (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 6179 ss..

¹² Sul principio ora richiamato si rimanda, per approfondimenti a Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, cit.; Id., 6 aprile 2017, n. 1, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, 2018, con nota di S. Valaguzza, *L’illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*; Id., 9 giugno 2016, n. 11, cit., con commento di N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un’occasione sprecata dall’Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1169 ss.. In argomento si veda pure C. Commandatore, *Giudicato amministrativo - Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, in *Giur. it.*, 2016, 2718 ss..

¹³ In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, cit..

ricorso imponga la ripetizione (in tutto o in parte) delle operazioni effettuate nella procedura selettiva¹⁴.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, non ogni errore procedimentale comporta l'obbligo di *“rinnovare la commissione giudicatrice”*: una simile misura rappresenta piuttosto *“una sorta di extrema ratio alla quale ricorrere solo in caso di dimostrata necessità, anche in termini di rispetto del principio di non aggravamento del procedimento”*¹⁵. Più precisamente, la rimozione della commissione di gara è ritenuta giustificata solo quando l'operato di tale organo amministrativo abbia ingenerato dubbi sulla sua capacità di agire con l'indispensabile imparzialità e serenità di giudizio¹⁶. In assenza di tali condizioni oggettive, la scelta di affidare ad una nuova commissione la riedizione degli atti di gara annullati *“rientra nella sfera di opportunità dell'amministrazione interessata”*¹⁷.

Ciò premesso e chiarito, nel caso in esame sussistevano i presupposti innanzi descritti per la sostituzione, *iussu iudicis*, della commissione di gara.

Innanzitutto - come si è pocanzi osservato - l'art. 34 c.p.a. consente al giudice di disporre, nella sentenza di annullamento dell'atto impugnato, le misure idonee a rendere l'accertamento giudiziale il più pregnante (e produttivo delle conseguenze conformative) possibile, anticipando così, nel processo di cognizione, la tutela normalmente devoluta alla successiva azione per l'ottemperanza.

Si deve, inoltre, tener conto del fatto che, nella fattispecie, la Commissione della gara aveva in concreto consumato i suoi poteri di valutazione tecnico-discrezionale dell'offerta presentata dall'impresa ricorrente, già nel corso del giudizio di prima grado. Essa, infatti, si era rifiutata di riesaminare la predetta offerta, come richiesto dal Tribunale amministrativo adito, con

¹⁴ Si veda, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4407, in *Foro amm.*, C.d.S., 2005, 7-8, 2268 ; Id., Sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1248, in *Foro amm.*, 2015, 3, 753; Id., Sez. VI, 5 aprile 2019, n. 2238, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Veneto, Sez. I, 15 gennaio 2004, n. 62, in *Giur. merito*, 2004, 998; T.a.r. Campania, Napoli, Sez. II, 20 gennaio 2006, n. 764, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In molte sentenze è stato chiarito che il giudice amministrativo ha il potere di ordinare la nomina di una nuova commissione anche per la rinnovazione di atti relativi a gare d'appalto (sempreché tale misura conformativa risulti necessaria per assicurare imparzialità e serenità di giudizio), nonostante la previsione, contenuta nell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui *“in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti...è riconvocata la medesima commissione”*: in tal senso si veda, tra le altre, Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 29 luglio 2013, n. 3977, *ivi*; T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 giugno 2015, n. 1424, *ivi*; T.a.r. Valle d'Aosta, 27 giugno 2017, n. 39, *ivi*. Al riguardo è stato osservato che *“Lo scopo perseguito dall'art. 84, comma 1, d.lgs. 2 aprile 2006, n. 163, nel disporre che, nel caso di rinnovo delle operazioni di gara pubblica, le stesse devono essere affidate alla originaria commissione, è evitare la dispersione del patrimonio di conoscenze e valutazioni legittimamente maturate dalla stessa nella fase pregressa in nome di un principio di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa, nonché giudizi differenziati nei confronti dei concorrenti, ma la disposizione non vieta la sostituzione della commissione là dove la nomina di una nuova sia garanzia di serenità di giudizio”*: così Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409, *cit.*; in senso conforme T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 giugno 2015, n. 1424, *cit.*.

¹⁵ Così Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2019, n. 2238, *cit.*. Nei medesimi termini Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1248, *cit.*.

¹⁶ In tal senso Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409, *cit.*; Id., 29 luglio 2013, n. 3977, *cit.*; T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 giugno 2015, n. 1424, *cit.*; T.a.r. Valle d'Aosta, 27 giugno 2017, n. 39, *cit.*.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2019, n. 2238, *cit.*. In senso conforme si veda Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1248, *cit.*.

provvedimento istruttorio; così agendo, detto organo straordinario aveva definitivamente esaurito la sua funzione giudicatrice in riferimento al segmento del procedimento, oggetto del contenzioso¹⁸.

Per derivazione, anche l'amministrazione appaltante non disponeva più - dopo l'espletamento dell'istruttoria nel giudizio di primo grado - di margini discrezionali in merito alla scelta della commissione cui assegnare il compito di rinnovare gli atti annullati dal T.a.r. Sicilia. In particolare, non era più possibile affidare alla commissione in precedenza nominata l'attività di conformazione alla sentenza, in quanto una simile scelta organizzativa non avrebbe garantito la necessaria imparzialità dell'organo chiamato a rivalutare l'offerta.

Per i suesposti motivi, non pare che la misura attuativa, adottata nella decisione in commento, abbia determinato la (illegittima) ingerenza del giudice in valutazioni discrezionali riservate all'apparato pubblico.

Altrettanto privo di pregio appare il rilievo, parimenti sollevato nel gravame qui considerato, in virtù del quale la nomina di una diversa commissione doveva essere espressamente domandata dal ricorrente in primo grado. Sul punto occorre sottolineare che la misura, di cui si discute, aveva natura meramente strumentale ed attuativa della decisione di accoglimento del ricorso; detta misura era finalizzata a garantire pienezza ed effettività alla statuizione caducatoria e gli obblighi conformativi, in essa dettati, erano contenuti "*nei limiti della domanda*", come prescritto dal citato art. 34 c.p.a.. L'impresa agente, infatti, aveva chiesto, unitamente all'annullamento degli atti di gara impugnati, anche la rinnovazione dei tali atti, in caso di annullamento degli stessi. Dunque, l'ordine giudiziale di sostituzione della commissione (strettamente funzionale ad assicurare un nuovo esame dell'offerta che garantisse imparzialità, serenità di giudizio ed autonomia di valutazione rispetto alla determinazione precedente cassata) sarebbe stato comunque legittimo anche in assenza di una specifica istanza da parte del ricorrente.

Federico Gaffuri

¹⁸ La fattispecie in esame costituisce, dunque, una particolare ipotesi rientrante nel fenomeno della c.d. "discrezionalità esaurita", il quale si verifica allorché l'amministrazione, titolare di un potere in astratto discrezionale o tecnico discrezionale, abbia in concreto consumato i propri margini valutativi nell'accertamento dei fatti o nella comparazione degli interessi coinvolti, cosicché il potere stesso viene a configurarsi, in definitiva, come vincolato, non residuando autonomi spazi di scelta per l'autorità agente: in tal senso si veda G. Pescatore, *L'esaurimento della discrezionalità nel giudizio amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce del principio di effettività della tutela*, in www.avvocatiamministrativistipiemonte.org. Sul fenomeno ora indicato, conseguente al giudicato amministrativo e all'ottemperanza della sentenza, si veda, altresì, F. Patroni Griffi, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Timo, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in questa Rivista, 2019, 6, 1405 ss..