

Con sentenza n. 7941 del 25 agosto 2023, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha ricordato che la giurisprudenza ha elaborato, in ordine alle conseguenze processuali correlate alla sopravvenuta adozione di un provvedimento di nuova aggiudicazione delle gare oggetto di contestazione, orientamenti non sempre omogenei né convergenti.

Un diffuso intendimento – peraltro sovente affidato a massime tralatizie – argomenta, in tale situazione, un esito di (generalizzata) improcedibilità, sul plurimo assunto: a) che il provvedimento di aggiudicazione non abbia, in quanto tale e in nessun caso (in quanto formalmente autonomo) una attitudine “meramente consequenziale”, che possa legittimarne, nella logica (eccezionale) dell’effetto c.d. caducante, l’omessa impugnazione, per consolidare l’interesse alla prosecuzione del giudizio proposto nei confronti dell’atto presupposto; b) che, a tali fini, non si legittimerebbe alcuna distinzione (e diversità di trattamento) tra le (diverse) fattispecie della esclusione dalla procedura di gara, del ritiro in autotutela della aggiudicazione già favorevolmente disposta, ovvero dell’annullamento giurisdizionale cui abbia fatto seguito una riattivazione e rinnovazione del procedimento o, piuttosto, un mero e pedissequo scorrimento della graduatoria; c) che – in effetti – in ognuna delle descritte eventualità l’aggiudicazione avrebbe in ogni caso consistenza provvedimentale e correlata attitudine a definire il procedimento evidenziale, sicché l’omessa impugnazione lo consoliderebbe, rendendone inoppugnabile e, con ciò, automaticamente carente di interesse la coltivazione del gravame avverso il provvedimento presupposto (va in tale direzione, argomentando l’improcedibilità già del ricorso di primo grado, Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2023, n. 2098); d) che siffatta conclusione troverebbe, del resto, conferma, sotto un profilo sistematico, nel fatto che, a diversamente opinare, il soggetto controinteressato (aggiudicatario) si troverebbe a subire, senza potervi contraddire nel processo, la caducazione del provvedimento a lui favorevole, in violazione del diritto di difesa: nel che starebbe, in definitiva, il vero ed ultimo fondamento della distinzione tra provvedimento consequenziale (assoggettato ad effetti di mera invalidazione) e (mero) atto consequenziale (la cui automatica caducazione si correla al fatto che non si tratta di una autonoma volontà decisionale, già integralmente spesa).

Siffatto (rigoroso) orientamento è temperato – segnatamente, quando il problema si ponga con riguardo agli effetti di una pronuncia di primo grado, oggetto di impugnativa – dalla valorizzazione del c.d. effetto espansivo esterno (art. 336, comma 2, c.p.c., ritenuto senz’altro estensibile al processo amministrativo ex art. 39 c.p.a.): in tale prospettiva, che valorizza ragioni di ordine strettamente processuale, occorrerebbe isolare (rispetto al caso generale) la (sotto)ipotesi della (nuova e sopravvenuta) aggiudicazione adottata (in via di ‘conformazione’) per effetto di sentenza. Invero, (solo) in tal caso il venir meno degli effetti della sentenza, in ragione dell’accoglimento dalla impugnazione, si ritiene idoneo a sortire esito (automaticamente) caducante di ogni determinazione assunta *in executivis*. In tal caso, perciò, si ritiene, in sostanza, che la mancata impugnazione della sopravvenuta aggiudicazione: a) renda, come d’ordinario, improcedibile l’appello nei casi in cui in prime cure sia stata impugnata, con esito sfavorevole, l’esclusione (che è atto endoprocedimentale, impugnabile solo in ragione della sua attitudine a concretare un arresto procedimentale immediatamente lesivo) ovvero, per analoga ragione, l’atto di indizione (in quanto concretamente escludente): in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4124; b) renda, parimenti, improcedibile l’appello quando il primo giudizio abbia riguardato una misura (pur sempre provvedimentale) di autotutela (ritiro della prima aggiudicazione, per es.: all’esito delle disposte verifiche), posto che – anche in tal caso – il nuovo provvedimento non è adottato in esecuzione della sentenza (di rigetto), ma in ragione dell’obbligo (sostanziale) di concludere il procedimento (art. 2, L. n. 241/1990): in termini, sia pure con tratto differenziale non rilevante, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2022, n. 6389; c) per contro, non renda improcedibile l’appello quando l’aggiudicazione consegua recta via all’accoglimento del ricorso di primo grado: cfr., con puntuale distinguo, Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2022, n. 365 (talora con la precisazione che non si debba trattare di valutazione autonoma della stazione appaltante, frutto di rinnovazione della valutazione delle offerte: in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2022, n. 3495; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4715).

Per completezza di disamina, importa aggiungere che non è, nella prospettiva in esame, prospettiva sostenibile (e, in effetti, non si trova mai sostenuto) l’assunto di un generalizzato effetto caducante (talora argomentato sulla scorta della

consueta – e notoriamente irrilevante – formula di stile che vede coinvolti, nel ricorso, gli atti genericamente ‘conseguenziali’ a quello impugnato, ancorché ancora non adottati: sul punto, in termini estensibili alla vicenda in esame, Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3623).

Riferimenti Normativi:

- art. 39 c.p.a.
- art. 336 c.p.c.