

L'Adunanza plenaria puntualizza a proposito della rimessione di quesiti ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 20-6-2018

Con distinti provvedimenti, cronologicamente consecutivi nella pubblicazione, l'Adunanza plenaria ha ritenuto opportuno restituire gli atti alle Sezioni di provenienza, avvalendosi dei poteri previsti dall'art. 99, comma 1, ultimo alinea, c.p.a.

I motivi della restituzione sono i seguenti:

Cons. Stato, Adunanza plen., 11 maggio 2018, n. 7

Devono essere restituiti gli atti alla Sezione rimettente in quanto i profili già esaminati con l'ordinanza di rimessione a proposito di questioni preliminari rispetto ai quesiti prospettati potrebbero escludere la possibilità per l'Adunanza plenaria di un loro esame approfondito, non condizionato dalle valutazioni già espresse. Verrebbe, infatti, esclusa la possibilità dell'affermazione di un principio di diritto conseguente ad un esame pieno delle fattispecie.

Cons. Stato, Adunanza plen., 18 maggio 2018, n. 8

E' inammissibile rimettere all'Adunanza plenaria una questione di diritto se il motivo di ricorso che ha originato il quesito in esame è stato già deciso in sede di rimessione. Pertanto, la controversia va restituita alla Sezione rimettente affinché la stessa chiarisca, ove ritenga di rimettere nuovamente gli atti, se abbia inteso esprimere il proprio punto di vista al riguardo e non abbia piuttosto già deciso su quel motivo. Comunque il quesito sottoposto all'Adunanza va formulato in modo puntuale tenendo conto della censura nella sua interezza dedotta in giudizio.

Ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio appare necessaria e sufficiente la notificazione dell'atto introduttivo esclusivamente all'amministrazione che ha emanato il provvedimento impugnato in virtù della disposizione di cui all'art. 41 c.p.a.

Si tratta di due ipotesi in cui l'Adunanza plenaria ha esercitato il potere di restituzione degli atti ritenendo di non potersi pronunciare sui quesiti formulati dalla Sezione rimettente.

Nel primo caso ha ritenuto che la questione ad essa deferita dalla Quinta Sezione non potesse essere utilmente esaminata nell'ambito della controversia, in quanto al riguardo assume rilievo significativo il fatto che l'opzione tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica" non sembra avere riferimento soltanto al problema dell'astratta risarcibilità della *chance*, ma implica rilevanti conseguenze in ordine alla qualificazione della natura giuridica della figura, all'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, all'accertamento dell'ingiustizia

del danno e del nesso di causalità, all'accertamento probatorio ed al grado di certezza con esso richiesto, alla determinazione della consistenza della situazione soggettiva vantata nei confronti del debitore, agli eventuali criteri di liquidazione del danno^[1].

Poiché la Quinta Sezione sembrerebbe essersi già pronunciata su diversi profili sopra cennati, quali la sussistenza del nesso di causalità tra il comportamento dell'amministrazione – l'affidamento del contratto senza gara – e la perdita di *chance*, l'esistenza e la consistenza, anche ai fini risarcitori, della *chance* di aggiudicazione e le connesse valutazioni legate al profilo probatorio, potrebbero, in tal modo, essere stati toccati profili attinenti, in ultima analisi, alla determinazione stessa della natura giuridica della perdita di *chance*, nonché al danno risarcibile.

In particolare, la fissazione con sentenza della consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara di Fastweb nella misura del 20%, da una parte potrebbe far ritenere in qualche modo già effettuata, implicitamente, una opzione per uno dei metodi – ontologico o eziologico – utilizzati dalla giurisprudenza e, dall'altra, potrebbe porre un problema di coerenza tra l'affermazione, nei sensi sopra esposti, della consistenza della *chance* e la questione della risarcibilità della stessa, apparendo i due profili, sopra indicati, strettamente correlati.

Le affermazioni contenute nella sentenza di rimessione in ordine alla sussistenza del nesso di causalità ed alla consistenza della *chance* di aggiudicazione – quest'ultima calcolata secondo una percentuale correlata al numero dei potenziali concorrenti di una gara virtuale – potrebbero, così, implicare l'utilizzazione di un metodo di accertamento dell'illecito e di liquidazione del danno, la cui correttezza potrebbe apparire strettamente correlata ai quesiti prospettati sulla ricostruzione dell'illecito e sulle conseguenze sull'esistenza e sulla liquidazione del danno da perdita di *chance*; quesiti, peraltro, risolvibili in astratto anche attraverso l'individuazione di percorsi ricostruttivi alternativi ovvero intermedi e comunque eclettici rispetto alla dicotomia tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica".

In una situazione del genere, caratterizzata dall'incertezza sopra descritta, la pronuncia dell'Adunanza plenaria, da una parte, potrebbe inammissibilmente interferire con profili già esaminati dalla Sezione con la sentenza non definitiva; dall'altra, potrebbe risultare in qualche modo condizionata dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla Sezione e dalle scelte già operate con sentenza, così escludendo la possibilità stessa di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali scelte. Verrebbe, in tal modo, esclusa la possibilità dell'affermazione di un principio di diritto conseguente ad un esame pieno delle fattispecie.

Nel secondo caso l'Adunanza plenaria ha assunto una decisione più articolata. Con riferimento ad alcuni quesiti ha rilevato che il contenuto del provvedimento di rimessione, in realtà, ha già un contenuto decisorio onde ritiene di non pronunciarsi.

Su altri quesiti la Sezione ha individuato un punto controverso da esaminarsi da parte dell'Adunanza plenaria come questione preliminare^[2].

L'Adunanza osserva, invece, che non è vincolata all'ordine di esame suggerito dall'ordinanza di rimessione, spettando alla stessa Adunanza plenaria stabilire l'esatto ordine

di soluzione delle questioni.

Nel caso di specie non può essere seguito l'ordine suggerito dalla Sezione rimettente: se è vero infatti che, normalmente, il ricorso incidentale escludente deve essere esaminato prima del ricorso principale, è altresì vero che una regola del genere non può valere per la (diversa) questione della corretta notificazione del ricorso principale.

Dalla soluzione di tale problema dipende, infatti, la corretta costituzione del rapporto giuridico processuale, ed è palese che, in mancanza di questa, non può nemmeno passarsi all'esame del ricorso incidentale, che, appunto, suppone la regolare instaurazione del giudizio.

Quanto agli altri quesiti, con riferimento al primo concernente la necessità o, meno, in caso di procedura di aggiudicazione in forma aggregata, di provvedere alla notificazione del ricorso introduttivo del giudizio non solo al soggetto capofila che ha curato la procedura e che ha adottato il provvedimento (o i provvedimenti) impugnati ma anche a tutti i soggetti che aderiscono alla procedura di aggiudicazione in forma aggregata, il Collegio osserva che appare preferibile quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui è sufficiente la notifica alla sola amministrazione capofila, che abbia curato la procedura concorsuale attraverso l'emanazione del bando, la costituzione della Commissione giudicatrice, l'adozione degli atti di gara e l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione atteso che l'art. 41 c.p.a. identifica l'amministrazione cui deve essere notificato il ricorso introduttivo del giudizio esclusivamente in quella che ha emesso l'atto impugnato.

Viceversa, solo quando l'atto finale sia imputabile a più amministrazioni, come accade per gli atti di concerto o per gli accordi di programma, la legittimazione passiva riguarda tutte le amministrazioni interessate.

Quanto, poi, alle ulteriori questioni prospettate con l'ordinanza, l'Adunanza ritiene opportuno che, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., comma 1, ultimo periodo, la controversia sia restituita alla III Sezione, perché la stessa meglio chiarisca, ove ritenga di rimettere nuovamente gli atti a questa Adunanza, il contenuto e la portata delle questioni rimesse^[3].

^[1] Con sentenza non definitiva n. 118 del 2018, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, accertata la consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara vantata dalla società ricorrente nella misura del 20%, aveva prospettato la questione relativa all'astratta risarcibilità di tale posizione giuridica atteso il contrasto di giurisprudenza tra pronunce aderenti alla teoria della *chance* ontologica e quelle che invece optano per la *chance* eziologica. Nell'ambito della dicotomia dei danni risarcibili ex art. 1223 cod. civ., la teoria della *chance* ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio.

La teoria eziologica intende, invece, la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.

[2] L'ordinanza di rimessione è del Consiglio di Stato, Sez. III, 21 settembre 2017, n. 4403.

[3] Per una ricostruzione della casistica di pronunce dell'Adunanza plenaria di restituzione degli atti alla Sezione ai sensi dell'art. 99, comma 1, ultimo alinea, c.p.a. si rinvia al sito www.giustizia-amministrativa.it, News US in data 18 maggio 2018, *L'Adunanza plenaria arricchisce la casistica delle ipotesi di rinvio degli atti alla sezione ex art. 99, comma 1, ultimo periodo c.p.a.*

[LEGGI l'ordinanza 00007/2018 REG. Prov. Coll.](#)

[LEGGI la sentenza non definitiva 00013/2017 Reg. Ric. A.P.](#)