Consiglio di Stato, sez. V, 1 aprile 2009, n. 2070

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1423 del 2007, proposto dalla S. s.p.a., costituitasi in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con C.S. S.p.A., C.C.C., I.B.S.L. S.p.A., C.S.N., C. S.p.A. e I.S.I., rappresentata e difesa dagli avvocati B.B. e F.T., elettivamente domiciliata in Roma, l.M., n.7 presso lo studio del secondo difensore;

contro
la O. S.p.A., costituitasi in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con E.I. S.r.l., M.P. S.r.l., G.F. F.R. S.p.A., S. S.r.l., T. S.p.A., A. S.p.A. e S. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. V. V., con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via S. 2/A;

e nei confronti
dell'X. di MILANO,
non costituita in giudizio;
del prof. S.R., in qualità di Presidente del Collegio Sindacale dell'X. di Milano, non costituito in giudizio;
e sul ricorso in appello n. 1576 del 2007, proposto dalla O. S.p.A., costituitasi in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con E.I. S.r.l., M.P. S.r.l., G.F. F.R. S.p.A., S. S.r.l., T. S.p.A., A. S.p.A. e S. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. V.V. con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via S., n. 2/A;
contro
l'X. di MILANO,
non costituita in giudizio;

e nei confronti
della S. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con C.S. S.p.A., C.C.C., I.B.S.L. S.p.A., C.S.N., C. S.p.A. e I.S.I., rappresentata e difesa dagli avvocati B.B. e F.T., elettivamente domiciliata in Roma, l.M., n. 7, presso lo studio del secondo difensore;
del prof. S.R., in qualità di Presidente del Collegio Sindacale dell'X di Milano,
non costituito in giudizio;
della C.S. S.p.A., costituita in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio ed in qualità di mandante dell'A.T.I. con S. S.p.A., C.C.C., I.B.S.L. S.p.A., C.S.N., C. S.p.A. e I. S.I., rappresentata e difesa dagli avv.ti M.B. e C.B., nonché dell'avv. M.S., con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, v.P., n. 180;
e sul ricorso in appello n. 1621 del 2007, proposto dalla C.S. S.p.A., costituita in persona del legale rappresentante p.t., in proprio ed in qualità di mandante dell'A.T.I. costituita con S. S.p.A., C.C.C., I.B.S.L. S.p.A., C.S.N., C. S.p.A. e I.S.I., rappresentata e difesa dagli avv.ti M.B. e C.B., nonché dall'avv.

M.S., con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, v.P., n. 180;

contro

la O. S.p.A., costituita in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con E.I. S.r.l., M.P. S.r.l., G.F. S.p.A., S. S.r.l., T. S.p.A., A. S.p.A. e S. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. V.V., con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via S., n. 2/A;

e nei confronti

dell'X di MILANO,
non costituita in giudizio;
del prof. S.R., in qualità di Presidente del Collegio Sindacale dell'X di Milano,
non costituito in giudizio;
nonché della S. S.p.A., costituitasi in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con C.S. S.p.A., C.C.C., I.B.S.L. S.p.A., C.S.N., C. S.p.A. e I.S.I., rappresentata e difesa dagli avv.ti B.B. e F.T., elettivamente domiciliata in Roma, l. M., n. 7, presso lo studio del secondo difensore;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sede di Milano, sez. I, n. 44 del 16 gennaio 2007;
nonché sul ricorso in appello n. 2709 del 2008, proposto dalla O. S.p.A., costituitasi in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con E.I. S.r.l., M.P. S.r.l., G.F. S.p.A., S. S.r.l., T. S.p.A., A. S.p.A. e S. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. V.V., con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via S., n. 2/A;

contro

l'X dI MILANO, costituitasi in persona del Presidente e del Direttore generale, rappresentata e difesa dagli avv.ti G.B.P. e L.M., elettivamente domiciliata in Roma, via C., n. 5, presso lo studio del secondo difensore;

e nei confronti

della S. S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con C.S. S.p.A., C.C.C., I.B.S.L. S.p.A., C.S.N., CARBOTERMO S.p.A. e ITALIA SERVIZI INTEGRATI,
non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 300 del 7 febbraio 2008, pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sede di Milano, sez. I;
Visti i ricorsi con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio delle controparti intimate e, in particolare, gli appelli incidentali promossi dalla O. S.p.A.;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Viste le ordinanze n. 1589/2007, 1591/2007, 1592/2007 del 27 marzo 2007;
Viste le decisioni interlocutorie n. 2664/2008 del 5 giugno 2008 e le ordinanze n. 2075/2008 e 2076/2008 del 7 maggio 2008;
Visti gli atti tutti della causa;
Designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 21 novembre 2008 l'avv. T. per la S. S.p.A., l'avv. V. per la O. S.p.A., l'avv. B. per la C.S. S.p.A. e l'avv. M. per l'A. Milano;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. - Vengono in decisione i quattro appelli indicati in epigrafe. I primi tre, allibrati a registro generale con i nn. 1423/2007, 1576/2007 e 1621/2007 sono diretti contro la medesima sentenza (la n. 44/2007) e, dunque, vanno obbligatoriamente riuniti a norma dell'art. 335 c.p.c.; occorre riunire ai predetti appelli, per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, anche l'impugnazione iscritta con il n. 2709/2008, promossa contro la sentenza n. 300/2008.

2. - La complessa vicenda contenziosa sottoposta al vaglio del Collegio trae origine dalla gara, bandita nel 2005 dall'X di Milano, per l'affidamento, tra l'altro, della gestione integrata degli impianti di produzione centralizzata e distribuzione dell'energia termica per uso riscaldamento (c.d. "outsourcing" energetico). Nel mese di luglio del 2006 la gara fu aggiudicata in via provvisoria alla A.T.I. capeggiata dalla S. S.p.A., mentre si collocò al secondo posto la A.T.I. con capogruppo la O. S.p.A., unica altra concorrente.

3. - La O. insorse avanti al T.a.r. della Lombardia avverso la provvisoria aggiudicazione in favore della S. e il Tribunale adito, con la sentenza n. 44/2007, annullò, in accoglimento di una censura dedotta dalla società ricorrente, l'intera procedura di affidamento per l'assenza di garanzie dirette ad assicurare l'imparzialità dell'azione della stazione appaltante.

4. – Come accennato, contro la decisione hanno interposto appello la O. (n. 1576/2007), la S. (n. 1423/2007) e la C.S. S.p.A., nel prosieguo "C." (n. 1621/2007), mandante della S.

5. – Nelle more della decisione la A. per motivazioni differenti e indipendenti da quelle che sorreggono l'annullamento disposto dal T.a.r., ha deliberato, in autotutela, di non procedere all'aggiudicazione definitiva del servizio di outsourcing energetico e di bandire una nuova gara.

6. – Dall'iniziativa della A. sono germogliate quattro ulteriori impugnative, di cui due della O. (la n. 1153/2007 e la n. 1504/2007 R.G. T.a.r. della Lombardia) e due della S. (n. 639/2007 e 1229/2007 R.G. T.a.r. della Lombardia).
Il Tribunale ha tuttavia definito soltanto la posizione della O., pronunciandosi con la sentenza n. 300/2008; segnatamente è stato respinto il ricorso n. 1153/2007, mentre è stato dichiarato inammissibile il ricorso n. 1504/2007, con il relativo ricorso incidentale della S.
Contro la sentenza n. 300/2008 ha proposto impugnazione la O., mercé l'appello n. 2709/2008.

7. – In via assolutamente preliminare il Collegio ritiene di non dover sospendere la decisione in attesa della pronuncia del T.a.r. della Lombardia sugli ultimi due ricorsi promossi dalla S. Sebbene infatti l'art. 295 c.p.c. sia applicabile anche al processo amministrativo e pure nell'ipotesi, ricorrente in ispecie, in cui le controversie avvinte dal nesso di pregiudizialità pendano in differenti gradi di giudizio, è fuor di dubbio che la previsione non sia richiamata

espressamente dalle norme del rito e, quindi, ben può il giudice amministrativo discostarsene, come ha fatto la Sezione nelle precedenti ordinanze interlocutorie richiamate nell'epigrafe della presente decisione, allorquando sussistano altri, più duttili strumenti (come, ad esempio, il rinvio della discussione), per conseguire il medesimo risultato avuto di mira dal Codice di procedura civile.
Non sfugge peraltro al Collegio che l'art. 295 c.p.c., in materia di sospensione necessaria, risponde all'esigenza di scongiurare il prodursi di giudicati contrastanti; nondimeno la norma, specialmente all'indomani dell'introduzione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo, va interpretata restrittivamente e circoscritta nell'applicazione ai soli casi in cui sia effettivamente impossibile addivenire ad una pronuncia sul merito della lite in mancanza della preventiva definizione di una res iudicanda rimessa ad un giudice differente.
Prima di sospendere il processo ogni giudicante è quindi tenuto a verificare, con attento rigore, se effettivamente non esistano i presupposti per una rapida conclusione del giudizio attraverso l'immediata decisione della controversia.
Orbene, nel caso che occupa il Collegio, la possibilità di definire la lite è sicuramente maturata con la sentenza n. 300/2008 e dunque è possibile pervenire a un pronunciamento, senza attendere gli ulteriori provvedimenti del T.a.r. della Lombardia.

8. – Tanto chiarito, è a dirsi che la complessa matassa delle questioni devolute alla cognizione del Collegio va dipanata muovendo dal prioritario esame dell'appello n. 1576/2007. Con tale gravame la O., ancorché vittoriosa in primo grado, ha chiesto la riforma parziale della sentenza n. 44/2007 sotto due profili: per un verso, la società ricorrente si duole del silenzio serbato dal primo Giudice sulle istanze di accesso agli atti di gara, formulate nel corso del processo ai sensi dell'art. 21 della L. n. 1034/1971 e 25 della L. n. 241/1990; per altro verso, lamenta, sulla base di plurime argomentazioni, l'erroneità della decisione gravata per avere il Tribunale disposto l'annullamento dell'intera gara, in luogo della caducazione della sola aggiudicazione provvisoria in favore della S., come richiesto in via principale (anche in ragione dell'asserita incompetenza della Commissione giudicatrice).
9. – L'intero impianto del gravame promosso dalla O. poggia in sostanza sulla contestazione dell'ordine con il quale il T.a.r. ha preso in esame le censure dedotte in prime cure.

9.1. - La doglianza è infondata.
Sebbene attenga al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, corollario a sua volta del più generale principio della domanda, l'obbligo del giudice, anche amministrativo, di esaminare i motivi di ricorso secondo l'ordine stabilito dalla parte in relazione al grado decrescente di soddisfazione del proprio interesse al bene della vita perseguito nel caso concreto, nondimeno detto vincolo per il giudicante cessa di fronte all'eventuale contrasto delle richieste di parte con le predominanti regole della logica processuale.
Tanto si verifica nella fattispecie. In realtà, la O. non pretende soltanto di ripristinare in appello la corretta graduazione delle lagnanze articolate nella sua originaria impugnativa, ma punta soprattutto ad ottenere una pronuncia della Sezione diretta a modificare gli effetti promananti, secondo quanto deciso dal T.a.r., dall'accoglimento di una conforme domanda del pari formulata in prime cure dalla stessa società appellante.

9.2. - L'affermazione impone una spiegazione. Nel ricorso di primo grado la O. ha rivolto contro gli atti della gara indetta dalla X due diversi ordini di censure: una prima serie di doglianze era dichiaratamente orientata ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in favore della S., mentre la seconda serie di motivi, espressamente proposti in via subordinata, mirava invece all'annullamento dell'intera procedura di gara.
Sennonché l'impostazione del primitivo ricorso, apparentemente lineare e aderente agli schemi difensivi normalmente seguiti in tal genere di controversie, presentava però una significativa peculiarità, avendo la O. posto un identico motivo a fondamento del petitum cassatorio sia dell'aggiudicazione provvisoria (sub 1.2. dell'originaria impugnativa) sia dell'intera gara (sub 2.1. del medesimo ricorso). In entrambi i casi la società appellante ha difatti denunciato il presunto vizio di illegittimità asseritamente consistito nella violazione del principio di imparzialità, derivante dalla contitolarità in capo del dottor S. R. delle cariche di Presidente del Collegio sindacale dell'X e di sindaco effettivo della C.
Il Tribunale ha ritenuto la censura fondata e tuttavia l'ha accolta facendone derivare le conseguenze indicate dalla O. sub 2.1. (ossia la caducazione dell'intera gara) e dichiarando (sia pure impropriamente dal punto di vista terminologico) "assorbita" l'identica doglianza sub 1.2. (relativa all'illegittima partecipazione della S.). Tanto emerge con evidenza dalla lettura della motivazione (v. a pag. 9 della sentenza, in fine).

9.3. - Si chiarisce pertanto il senso di quanto affermato sub §. 9.1.. Posto che la O. ha indicato il motivo, poi accolto, come uno dei due da esaminarsi in via principale, non può ora pretendere di calibrare in suo favore anche gli effetti che, secondo il giudizio del Tribunale, scaturivano da quell'accoglimento. Al più, potrebbe contestarsi la correttezza delle conseguenze selezionate dal giudicante (sul punto v., però, infra, i §§. 9.5. e ss.), ma sicuramente sfugge alla parte, per rientrare nell'alveo esclusivo della potestà giurisdizionale, il governo della fase decisoria, ivi inclusi i suoi contenuti, qualora l'iter cognitorio seguito dal giudicante risulti allineato al percorso suggerito dal ricorrente. Diversamente opinando, si perverrebbe al risultato, non ammesso dall'ordinamento, di consentire alla parte di condizionare gli esiti del sillogismo giudiziario, riservato unicamente all'intermediazione esegetica dei singoli giudici ed emendabile soltanto attraverso la verifica processuale della esatta applicazione delle regole della logica, del diritto sostanziale e del rito.

9.4. – Si è accennato alla necessità di verificare se il primo Giudice abbia correttamente individuato la natura e l'entità delle conseguenze scaturenti dallo specifico vizio accertato. Siffatto scrutinio postula, dal punto di vista logico, il preventivo approfondimento del differente quesito sotteso agli appelli interposti dalla S. e dalla C., le quali dubitano, in via più radicale, della fondatezza della censura accolta dal T.a.r. della Lombardia. I due profili sono strettamente embricati e reciprocamente interferenti: O. ritiene che il Tribunale abbia esattamente colto l'aspetto di illegittimità della procedura di affidamento per violazione delle garanzie di imparzialità, ma reputa al contempo che il T.a.r. abbia sbagliato nell'annullare l'intera gara; S. e C. ritengono invece che il Collegio milanese abbia erroneamente accolto il motivo dedotto dalla controparte, dal momento che, a loro dire, la contitolarità di

cariche in capo al dott. R. non poteva in alcun modo incidere sulla legittimità della procedura.
Pur nella consapevolezza di alterare la linearità dell'esposizione, è dunque insuperabile l'esigenza di affrontare prioritariamente alcune delle censure proposte dalla S. e dalla C. nelle rispettive impugnazioni: è evidente infatti che l'eventuale fondatezza dei rispettivi appelli comporterebbe il ripristino dell'aggiudicazione provvisoria annullata in prime cure e pure il superamento della doglianza della O.

9.5. – Ad avviso del Collegio il T.a.r. ha ben deciso sotto ogni profilo.

9.6. – In disparte la valutazione dell'idoneità della previsione alla quale il Tribunale ha ritenuto di poter ancorare l'accertamento dell'invalidità della procedura (ossia l'art. 12, comma 4, della L.R. Lombardia 10 giugno 1996, n. 13, norma sulla quale si tornerà, infra, sub 9.8 e 14.2.), è indiscutibile che la pronuncia di annullamento sia incentrata sul riscontro di una violazione di legge concretatasi nell'inosservanza del principio di imparzialità al quale deve conformarsi, sotto ogni aspetto, la pubblica amministrazione.
L'imparzialità dell'azione amministrativa è notoriamente uno dei tre fondamentali pilastri (insieme alla legalità e il buon andamento) sui quali poggia l'intero statuto costituzionale dell'amministrazione italiana.
Icasticamente può quindi affermarsi che l'amministrazione o è imparziale o non è.
Discende dalle premesse l'immediata precettività dell'art. 97 Cost. quale idoneo parametro normativo di valutazione della legittimità dell'attività amministrativa, trattandosi di una declinazione, sul versante ordinamentale, del principio di uguaglianza, scolpito dall'art. 3 della Carta Fondamentale.
Occorre precisare che l'art. 97 Cost. governa e regola "tutta l'attività amministrativa", ossia di quella gestoria, anche non autoritativa, e pure di quella organizzativa (esplicitamente menzionata nel primo comma dell'art. 97 Cost.) perché due sono le dimensioni del principio di imparzialità: imparzialità dell'organizzazione e imparzialità dell'azione.
Del principio di imparzialità sono dunque predicabili l'immanenza e la pervasività, di guisa che la violazione del canone costituzionale può venire in rilievo anche in fattispecie sprovviste di tipizzazione normativa.
Sono due anche le peculiarità del vizio di violazione di legge per lesione dell'imparzialità: per un verso, esso conosce una soglia di "tutela anticipata"; per altro verso, esso, ricorrendo alcune circostanze, può invalidare un atto e, talora, un più ampio plesso di attività amministrativa, incidendo ab externo sulla fattispecie procedimentale, pure indipendentemente da un rapporto di presupposizione tra provvedimenti.
In ordine al primo aspetto va osservato che, a differenza degli altri vizi, la violazione del principio di imparzialità non richiede, volendo utilizzare una metafora penalistica, la "consumazione" dell'illegittimità e, d'altronde, nemmeno occorre dimostrare la sussistenza di un "elemento sintomatico" del vizio, come invece è necessario e sufficiente per l'eccesso di potere. L'imparzialità amministrativa è bensì vulnerata dalla potenzialità astratta della lesione della parità di trattamento e, quindi, dal solo "sospetto" di una disparità. Non è dunque necessario allegare e comprovare che il rischio di parzialità si sia effettivamente concretato in un risultato

illegittimo, bastando invece che il prodursi del vulnus del bene giuridico tutelato e, con esso, la correlata diminuzione del prestigio della amministrazione, si prospetti quale mera eventualità. Ed invero, concorrono a moltiplicare e a enfatizzare gli effetti patologici del vizio i connessi principi di pubblicità e di trasparenza, convergendo il loro sinergico operare nell'immagine di un'amministrazione che, oltre ad essere realmente imparziale, appaia anche tale. L'imparzialità è difatti un primario valore giuridico, posto a presidio della stessa credibilità degli uffici pubblici, posto che in assenza della fiducia dei cittadini, gli apparati burocratici non sarebbero in grado di conseguire in maniera adeguata, come loro dovere, gli obiettivi prefissati dal Legislatore. In tali considerazioni si radica, del resto, anche la costruzione contabilistica del "danno all'immagine" della pubblica amministrazione.
Riguardo la rilevanza "esterna" del principio in disamina è a dirsi che il vizio di parzialità può riconnettersi a situazioni estranee all'atto in sé considerato e piuttosto riferibili al contesto organizzativo in cui ne è maturata l'adozione. Onde contenere la potenzialità invalidante del criterio testé enunciato e allo scopo di circoscriverne utilmente i confini applicativi occorre evidentemente definire in maniera puntuale le situazioni suscettibili di pregiudicare, nei sensi sopra indicati, l'attività dell'amministrazione e, soprattutto, di tali situazioni bisogna individuare gli specifici nessi idonei a sorreggere, sul piano della ragionevolezza, il sospetto della parzialità. E' quindi fisiologico che, qualora il vizio non sia macroscopico, rimanga affidato all'intermediazione giurisdizionale il compito di precisare la regola del caso concreto.

9.7. – Non risulta che nella fattispecie il T.a.r. della Lombardia si sia discostato dai richiamati principi. Il primo Giudice ha correttamente divisato che la contemporanea titolarità in capo al dottor R. della carica di presidente di un organo, precisamente del collegio sindacale, della A. (la stazione appaltante) e di componente di un organo societario (ancora il collegio sindacale) di un'impresa appartenente ad una delle compagini in gara configurasse, in potenza, un conflitto di interessi, in grado obiettivamente di ingenerare - anche in considerazione dei penetranti poteri di controllo e di informativa spettanti ai sindaci – un dubbio circa l'effettiva imparzialità dello svolgimento della procedura e, ancor prima, in ordine alla stessa attività amministrativa prodromica alla gara.
Come correttamente osservato dal T.a.r. non è in discussione l'onestà del dottor R., ma certamente rileva, quand'anche accidentale, la situazione di latente incompatibilità conseguente ad una duplice appartenenza che, sebbene non sanzionata in maniera specifica da alcuna disposizione, è indubbiamente contraria ai principi dell'ordinamento amministrativo e che, pertanto, inficia ab imis l'azione amministrativa dell'X. Abbondano, inoltre, nel caso in esame i nessi identificativi del dubbio di parzialità, potendosi aggiungere ai profili individuati dal primo Giudice (nei poteri di controllo, verifica e informazione, del collegio sindacale), anche le circostanze di fatto, rappresentate dall'attiva partecipazione del dottor R. in seno alle riunioni del consiglio di amministrazione dell'X, avendo egli collaborato, seppure a mero titolo consulenziale e propositivo, alla predisposizione delle regole di gara, con particolare riferimento a quelle sulla composizione della commissione giudicatrice, come segnalato dalla O. mediante la produzione, in data 10 novembre 2008,

di copia dei relativi verbali (v., tra le altre, la delibera del consiglio di amministrazione dell'X n. 4 del 6 marzo 2006).

9.8. – Passando infine ad esaminare l'obiezione della O. ritiene il Collegio che il T.a.r., in tale situazione, non potesse limitarsi ad escludere la S, dovendo piuttosto annullare l'intera gara, come ha condivisibilmente disposto.
Nel contrario argomentare della O. alligna una evidente fallacia: non era infatti viziata la posizione della C., e quindi dell'ATI capeggiata dalla S., giacché il difetto della procedura rimontava unicamente alla genesi della normativa di gara e, in ultima istanza, all'assetto organizzativo della X. Nel quadro sopra descritto escludere la S. avrebbe significato porre ingiustamente a carico di un concorrente incolpevole le conseguenze di un fatto ascrivibile alla stazione appaltante. Di ciò ha dato ben conto il Tribunale nella cui lettura estensiva dell'art. 12 della L.R. n. 13/1996 si coglie lo sforzo di colmare una lacuna della normativa regionale che reca si una disciplina delle cause di ineleggibilità alle cariche di sindaci e di amministratori, ma non contiene, come sarebbe necessario, alcuna norma sulle incompatibilità dei componenti degli organi una volta nominati (potendosi sensatamente affermare che l'ipotetica previsione, sanzionata con la decadenza, del divieto per i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, almeno per tutta la durata della carica, di assumere incarichi analoghi in imprese private operanti nei settori di attività della X, avrebbe probabilmente scongiurato il prodursi del vizio all'origine dell'annullamento). Per tali ragioni, dunque, il Tribunale, una volta accolto il motivo incentrato sulla denunciata violazione del principio di imparzialità, non avrebbe potuto scindere, siccome infondatamente preteso dalla società appellante, il profilo relativo alla regolarità dell'intera gara da quello, più circoscritto e logicamente subvalente, della legittimità del solo provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

10. – Dai superiori rilievi discende quindi, in relazione all'appello n. 1576/2007, oltre al superamento dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalla S. (secondo cui l'impugnazione della O. dovrebbe dichiararsi inammissibile per difetto di soccombenza dell'appellante), la conferma in parte qua della decisione impugnata, posto che il primo Giudice si è strettamente attenuto all'ordine di graduazione delle censure formulato dalla società ricorrente, discostandosene solo nella determinazione degli effetti i quali, seppure non corrispondenti alle finalità auspicate dalla O., risultano, per quanto detto, giuridicamente congruenti e logicamente condivisibili.

10.1. – Nemmeno invalida la sentenza appellata l'omesso esame dell'altro motivo dedotto in via principale (incompetenza della Commissione di gara a deliberare l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto), giacché l'ideale accoglimento della censura (peraltro non graduata rispetto a quella accolta) nulla avrebbe aggiunto all'utilità conseguita dalla O. e pertanto, ancorché prima facie infondato (tanto si argomenta dall'art. 6, comma 3, lett. l), dello statuto dell'X, dall'art. 6, secondo comma, del Regolamento dei contratti di appalto e delle prestazioni in economia e dalla normativa di gara, punto 7.2.8. del disciplinare, il cui combinato disposto assegna al consiglio di amministrazione dell'Ente l'approvazione dei contratti), è stato correttamente "assorbito" dal primo Giudice (nel senso della sopravvenuta carenza di interesse al suo esame, essendo stato accolta l'altra, più radicale censura).

10.2. – L'eliminazione dell'architrave argomentativo sul quale poggia l'intera difesa della O. comporta il collasso, nell'improcedibilità, di molta parte della sua complessiva impugnazione, articolatasi in due distinti ricorsi di secondo grado, accomunati da un identico finalismo.
Se, invero, la società non può pretendere di ottenere in appello l'aggiudicazione di una procedura correttamente annullata dal T.a.r. della Lombardia (da cui il rigetto di parte dell'appello n. 1576/2007), allora, da un lato, vanno dichiarate improcedibili sia la pretesa di ottenere una pronuncia sulle istanze di accesso formulate in via istruttoria (d'altronde siffatta richiesta è divenuta improcedibile anche perché la O. ha poi avuto accesso al materiale documentale richiesto alla X in forza dell'ordinanza n. 1591/2007 di questa Sezione) sia le residue motivazioni del ricorso n. 1576/2007; dall'altro lato, il parziale rigetto, nei termini sopra precisati, travolge, per sopravvenuta carenza di interesse, anche parte dell'appello n. 2709/2008.

10.3. – Quest'ultimo punto merita un chiarimento. Ed invero, nella sentenza n. 300/2008 il T.a.r. della Lombardia, dopo aver rigettato per infondatezza il ricorso promosso dalla O. contro la deliberazione della X di non aggiudicare più la gara, ha ravvisato (coerentemente, almeno dal punto di vista del ragionamento svolto dal Tribunale) una carenza di interesse della stessa ricorrente a censurare, col ricorso n. 1504/2007, la partecipazione della S. alla prima gara per profili rimasti estranei all'originaria impugnativa decisa con la sentenza n. 44/2007.
Dopo aver doverosamente precisato che l'atto in questione (ossia la deliberazione del Consiglio di amministrazione dell'X n. 4 dell'8 marzo 2007) non è qualificabile come provvedimento di secondo grado e tanto meno come "revoca", consistendo piuttosto in un atto conclusivo della gara, contemplato espressamente dalla relativa normativa (art. 13 del bando e punti 7.2.9., 7.2.11., 8.1., 8.2. e 8.3.) e pure da quella di rango primario (v. l'art. 81, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006), occorre comunque osservare che, sulla scorta di quanto sopra considerato, tutte le doglianze formulate dalla O. avanti al T.a.r. e riproposte in appello non meritano di essere esaminate, essendo le stesse destinate a cadere, per difetto di interesse, insieme alla fondamentale pretesa della società appellante, testé respinta in via definitiva, di vedersi aggiudicata la gara.
Riguardo a tale aspetto della controversia nemmeno rileva ai fini del decidere il profilo, suggestivamente dedotto dalla O., della denunciata nullità del provvedimento in autotutela successivamente adottato. Anche tale accertamento rimane in concreto precluso al Collegio stante l'insuperabile l'argomento per cui, una volta definitivamente stabilita l'illegittimità della prima procedura, si è altrettanto definitivamente consumato ogni residuo interesse strumentale (perché finalizzato a mantenere utilità all'appello n. 1576/2007) della O. ad ottenere la rimozione del predetto provvedimento di non aggiudicazione e, pertanto, il tema della validità della deliberazione succitata diviene estraneo al presente grado di giudizio (se non nei limiti della dichiarazione di sopravvenuta improcedibilità del relativo gravame).

11. – Non inficia quest'ultima conclusione l'invocazione dell'interesse della O. a conseguire comunque un risarcimento del danno, posto che l'annullamento della gara rende inaccoglibile la pretesa ad una riparazione in forma specifica attraverso

l'aggiudicazione; inoltre, pur andando al di là dell'unica richiesta risarcitoria formulata dalla O. (l'aggiudicazione, per l'appunto, come forma di risarcimento in forma specifica), deve rilevarsi che nemmeno residua spazio per una condanna per equivalente, perché la O., sottraendosi all'onere di puntuale allegazione, nulla ha dedotto, né in primo né in secondo grado, riguardo i pretesi danni subiti per aver inutilmente partecipato ad una gara viziata ab origine. Non è stato riempito di contenuti concreti, insomma, l'ipotetico interesse negativo tutelato dall'istituto della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, giacché non è stato indicato l'ammontare delle spese sopportate per prendere parte alla gara annullata né si è precisato, con riferimento agli ipotizzabili pregiudizi subiti, il mancato guadagno, inteso come conseguenza della perdita di eventuali altre contemporanee occasioni di lavoro.

12. – La conferma della sentenza n. 44/2007 determina anche l'improcedibilità dell'appello n. 2709/2008 nella parte diretta contro il rigetto dell'originario ricorso n. 1153/2007. L'interesse della O. a contestare la deliberazione della X in ordine alla scelta di non aggiudicare più la prima gara trovava infatti unico alimento, come dimostrato dal collegamento teleologico tra le due ulteriori impugnative promosse avanti al T.a.r., nella speranza di poter rimettere in discussione l'aggiudicazione provvisoria in favore della S. Come accennato, la consolidazione della decisione n. 44/2007 preclude in via definitiva il raggiungimento di questo scopo e, quindi, appare evidente la sopravvenuta carenza dell'interesse della O. a contestare la riferita decisione della A., posto che, quand'anche essa fosse annullata, comunque non potrebbe disporsi la rinnovazione della gara provvisoriamente aggiudicata alla S. e poi integralmente annullata dal Tribunale lombardo.

13. - Va dunque dichiarato improcedibile (nella parte in cui deduce ulteriori motivi contro la mancata esclusione della S. e pure laddove contesta la decisione di A. di non aggiudicare) e respinto, nel resto (id est, la domanda risarcitoria), l'appello n. 2709/2008.

14. - Residua, in ultimo, l'esame degli appelli n. 1423/2007 e n. 1621/2007 e dei relativi appelli incidentali proposti dalla O.

14.1. – Con l'appello n. 1423/2007 la S. ha innanzitutto eccepito in via preliminare l'inammissibilità e l'improcedibilità del ricorso di primo grado della O., avendo la controinteressata impugnato unicamente l'aggiudicazione provvisoria e non quella definitiva sulla quale soltanto potrebbe, a detta della S., radicarsi l'interesse all'impugnativa.
Si tratta di eccezione palesemente infondata in diritto e che, per di più, nemmeno si attaglia alla particolarità della fattispecie concreta.
La maggioritaria giurisprudenza di questo Consiglio (tra le molte decisioni valga la citazione del precedente della Sezione del 28 maggio 2004, n. 3465), non superabile, ad avviso del Collegio, sulla base degli elementi offerti dalla presente controversia, ha statuito nel senso della facoltatività, per la parte interessata, di tutelarsi avverso l'aggiudicazione provvisoria, salvo l'onere di impugnare autonomamente anche l'aggiudicazione definitiva, se e quando intervenuta, pena altrimenti l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del primo ricorso.
Calato l'enunciato principio di diritto alla vicenda in esame, va osservato che la O. ha ritualmente esercitato una facoltà riconosciuta

dal "diritto amministrativo vivente" forgiato da questo Istituto e pure deve soggiungersi che, nel caso specifico, non è intervenuta alcuna aggiudicazione definitiva, avendo l'A. optato per l'abbandono della prima procedura mercé una delibera del pari impugnata in prime cure dalla O.

14.2. – Con una diversa batteria di censure la S. contesta poi la correttezza della sentenza n. 44/2007, sostenendo, per un verso, che il T.a.r. avrebbe erroneamente interpretato l'art. 12, comma 4, della L.R. Lombardia n. 13/1996, estendendone l'applicazione a fattispecie, come quella devoluta alla cognizione del Collegio, palesemente esulanti dalla lettera e dallo scopo della disposizione e, per altro verso, lamenta il travisamento consistito nel ravvisare, con le gravi conseguenze fattene derivare, un pericolo per la neutralità della procedura scaturente dalla posizione del dottor R., in relazione alla quale difettava, in astratto, qualunque tipizzata incompatibilità e, in concreto, qualsiasi ingerenza sullo svolgimento della procedura, con conseguente violazione dei principi della tassatività delle cause di esclusione e della par condicio tra i partecipanti.
Su queste ultime argomentazioni valga il richiamo di tutto quanto osservato, supra, sub 9.5., 9.6. e 9.7., con la precisazione che, nel caso in esame, non viene in rilievo alcun malgoverno dei principi evocati dal momento che non vi è stata esclusione dell'ATI capeggiata dalla S., ma l'annullamento dell'intera procedura. Le precedenti osservazioni, alle quali qui si rinvia, conducono il Collegio a formulare un giudizio di infondatezza delle relative censure.
Analoga sorte spetta anche alla doglianza costruita sulla tesi dell'erronea interpretazione, da parte del T.a.r., del dettato normativo regionale. Sul punto è però necessario precisare, ad integrazione di quanto già osservato sub 9.8., che il comma 4 del summenzionato art. 12 recita: «Sono in eleggibili a Sindaco coloro i quali siano Sindaci o amministratori o consulenti di imprenditori o di società fornitrici delle X od operanti in concorrenza con le stesse».
Obiettivamente il precetto individua una causa di ineleggibilità all'Organo di controllo. Sennonché appare indiscutibile che anche tale previsione, inopportunamente orbata dell'indispensabile completamento interdittivo sul piano delle incompatibilità dei soggetti assurti alla carica sindacale, trovi giustificazione nel generale principio di imparzialità amministrativa, al quale peraltro il T.a.r. si è esplicitamente richiamato, giacché diretta a scongiurare l'insorgere di situazioni, anche solo potenziali, suscettibili di generare dubbi sulla piena trasparenza dell'operato amministrativo.
I rilievi della S. non intercettano pertanto la traiettoria ermeneutica tracciata dall'argomentare del Tribunale la cui motivazione, seppure perfettibile nel rinvio ai pertinenti formanti di rango costituzionale, merita integrale condivisione.

14.3. - Non si discosta dall'ordito impugnatorio imbastito dalla S. l'appello n. 1621/2007 interposto dalla C. e, quindi, anch'esso, sebbene ammissibile (dovendo riconoscersi, sulla base dello stato attuale della giurisprudenza, l'autonoma legittimazione della mandante a ricorrere contro gli atti di una gara già gravati dalla mandataria), si infrange contro le medesime ragioni ostative all'accoglimento del ricorso promosso dalla società capogruppo.

14.4. – Il rigetto dei due gravami testé esaminati rende improcedibili gli appelli incidentali della O., in quanto espressamente subordinati dalla società all'ipotetico accoglimento delle due impugnazioni principali. La mancata verificazione dell'evento dedotto in siffatta

condizione preclude la cognizione del Collegio (che in ogni caso sarebbe inutile, stante quanto sopra deciso in ordine ai ricorsi della O.).

15. – In conclusione, nessuno degli appelli esaminati giunge a infirmare le sentenze gravate.

16. – La reciproca soccombenza parziale giustifica la compensazione integrale delle spese processuali tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti indicati in epigrafe:

1) respinge in parte e, nel resto, dichiara improcedibile l'appello n. 1576/2007 e, per l'effetto, dichiara in parte improcedibile l'appello n. 2709/2008;

2) respinge, nel resto, l'appello n. 2709/2008;

3) respinge gli appelli n. 1423/2007 e n. 1621/2007 e, per l'effetto, dichiara improcedibili i relativi appelli incidentali;

4) compensa integralmente tra le parti costituite le spese processuali del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 21 novembre 2008, con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti	- Presidente
Aldo Fera	- Consigliere
Aniello Cerreto	- Consigliere
Nicola Russo	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere estensore

L'ESTENSORE
f.to Gabriele Carlotti

IL PRESIDENTE
f.to Cesare Lamberti

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il.....01/04/09.....
(Art. 55,L. 27/4/1982,n. 186)

IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi