

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Processo amministrativo - Appello - Su decisioni del Trga Bolzano - Integrazione del collegio - Consigliere di Stato di lingua tedesca - Astensione - Istanza cautelare - Decisione - Possibilità.

Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 10 settembre 2021, n. 4872

“[...] le norme primarie di regolazione della materia, sopra riportate, devono essere interpretate in modo costituzionalmente orientato, nel senso di ritenere che le stesse consentano - in presenza dei suddetti “inconvenienti di fatto” che impediscono l’integrazione dell’organo decidente con il consigliere di Stato di lingua tedesca - di adottare una misura cautelare d’urgenza [...]”.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l’art. 98 cod. proc. amm.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Caldaro Sulla Strada del Vino e di Acp - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e di Carron Bau s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la domanda di sospensione dell’efficacia della sentenza impugnata di rigetto del ricorso di primo grado, presentata in via incidentale dalla parte appellante principale;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2021 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Maria Alessandra Sandulli, Luca Graziani, Paolo Carbone e l’avv. dello Stato Alessandro Jacoangeli.

Considerato:

che la questione all’esame del Collegio attiene alla legittimità degli atti della procedura di gara, sopra soglia comunitaria, indetta dall’Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici, servizi e forniture, relativi ai lavori di risanamento e ampliamento della scuola media di Caldaro;

che l’appalto è stato aggiudicato a Carron Bau s.r.l., con deliberazione della Giunta comunale 9 febbraio 2021, n. 58;

che la seconda in graduatoria, Plattner s.p.a. ha impugnato, innanzi al Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione Autonoma di Bolzano, il suddetto provvedimento di aggiudicazione;

che il Tribunale regionale, con sentenza 7 giugno 2021, n. 174, ha rigettato il ricorso principale e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale;

che la ricorrente in primo grado ha proposto appello, con richiesta di domanda cautelare;

che si è costituita in giudizio la società controinteressata, la quale, proponendo anche appello incidentale, ha chiesto il rinvio della causa in quanto il Collegio non sarebbe legittimamente composto per l'assenza del consigliere di Stato di lingua tedesca, con la conseguente possibilità di proporre ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione nel caso di eventuale decisione, anche cautelare, assunta senza l'obbligatoria presenza del suddetto consigliere;

che l'appellante principale ha insistito per l'adozione della misura cautelare richiesta, al fine di assicurare i principi costituzionali ed europei di effettività della tutela giurisdizionale;

che la domanda cautelare è andata in decisione all'esito della camera di consiglio del 9 settembre 2021;

che, in via preliminare, il Collegio rileva che non sussistono i presupposti per disporre il rinvio della decisione cautelare;

che le norme relative alla composizione del Collegio sono le seguenti: i) l'art. 93 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) prevede che *«delle sezioni del Consiglio di Stato investite dei giudizi d'appello sulle decisioni dell'autonoma sezione di Bolzano del tribunale regionale di giustizia amministrativa (...) fa parte un consigliere appartenente al gruppo di lingua tedesca ovvero al gruppo di lingua ladina della provincia di Bolzano»*; ii) l'art. 14 del decreto del Presidente della Repubblica 6 aprile 1984, n. 426 dispone che, in attuazione del suddetto art. 93, sono nominati *«due consiglieri di Stato, appartenenti al gruppo di lingua tedesca della provincia di Bolzano»*, scelti tra determinate categorie e che la nomina *«è disposta con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, con l'assenso del consiglio provinciale di Bolzano»*, con l'aggiunta che *«per la nomina è richiesto altresì il parere del consiglio di presidenza della giustizia amministrativa»*; iii) l'art. 6, comma 5, cod. proc. amm. dispone che per *«gli appelli avverso le pronunce della sezione autonoma di Bolzano del Tribunale regionale di giustizia amministrativa si applicano anche le disposizioni dello statuto speciale e delle relative norme di attuazione»*;

che, ai fini della decisione della domanda cautelare, non è presente nel Collegio l'unico componente di lingua tedesca allo stato nominato e in servizio presso il Consiglio di Stato, consigliere Thomas Mathà, in quanto per lo stesso si è posta la necessità di astenersi (art. 17 cod. proc. amm.), avendo rivestito una rilevante qualifica direttiva nell'Autorità che ha adottato i provvedimenti impugnati in questa sede, ed è stato autorizzato dal presidente titolare della sezione di appartenenza;

che il Collegio ritiene che non si debba disporre il rinvio richiesto, che sussista la propria giurisdizione e che, conseguentemente, possa essere esaminata la domanda cautelare proposta dall'appellante principale;

che l'astensione obbligatoria è finalizzata a garantire il principio costituzionale di imparzialità-terzietà del giudice, per evitare la preesistenza di valutazioni da parte dello stesso giudice sulla vicenda amministrativa oggetto del processo;

che gli artt. 24, primo comma, e 111, secondo comma, Cost. impongono di assicurare il principio di effettività della tutela giurisdizionale anche nella fase cautelare, il che presuppone «*la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale*» (Corte cost. n. 156 del 1963);

che, nel caso in esame, alla luce degli indicati principi costituzionali, le norme primarie di regolazione della materia, sopra riportate, devono essere interpretate in modo costituzionalmente orientato, nel senso di ritenere che le stesse consentano - in presenza dei suddetti "inconvenienti di fatto" che impediscono l'integrazione dell'organo decidente con il consigliere di Stato di lingua tedesca - di adottare una misura cautelare d'urgenza;

che non sussistono, all'esito di una delibazione tipica della presente fase, i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare proposta;

che l'art. 119, comma 4, cod. proc. amm. dispone che la tutela cautelare può essere concessa in «*caso di estrema gravità ed urgenza*»;

che l'art. 5, comma 6, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, prevede che - in caso di esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, come nella specie - il giudice deve comparare l'interesse dell'operatore economico con quello del soggetto pubblico «*alla celere realizzazione dell'opera*» e che «*in ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore (...) non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica*»;

che i lavori oggetto della procedura di appalto, a seguito della stipulazione del contratto, sono iniziati il 23 aprile 2021 e si trovano in uno stadio avanzato di esecuzione, senza che tale dato possa considerarsi inficiato dai rilievi effettuati, con relazione depositata il 7 settembre 2021, dal consulente tecnico di parte appellante;

che, pertanto, all'esito di un complessivo bilanciamento degli interessi sottesi alla vicenda amministrativa in esame che valorizza anche la natura dell'opera pubblica da realizzare, non sussistono i presupposti per accogliere la domanda cautelare;

che le questioni di merito, incluse quelle relative all'appello incidentale, verranno esaminate all'udienza pubblica del 16 dicembre 2021.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta:

- a) rigetta la domanda cautelare proposta con l'appello principale indicato in epigrafe;
- b) fissa, per la discussione nel merito, l'udienza pubblica del 16 dicembre 2021;
- c) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese della presente fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE

Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE

Carmine Volpe