

Pubblicato il 22/03/2021

N. 02436/2021 REG.PROV.COLL.
N. 07969/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7969 del 2020, proposto da

Maggioli s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiuseppe Venturella e Francesco Verrastro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Piergiuseppe Venturella in Roma, via San Sebastianello, 9;

contro

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Provincia di Livorno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federigo Barbensi e Teresa Viscomi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sapidata s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Pazzaglia, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Amilcare Ponchielli, 6;

per regolamento di competenza

dell'ordinanza collegiale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 09473/2020, resa tra le parti

Visto il regolamento di competenza chiesto dalla Maggioli s.p.a.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, della Provincia di Livorno e della Sapidata s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 15 e 16 Cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021 il Cons. Alberto Urso e preso atto delle note d'udienza depositate dagli avvocati Venturella, Verrastro e Pazzaglia ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, conv. legge n. 176 del 2020, e dell'art. 4 d.l. n. 28 del 2020, conv. legge n. 70 del 2020;

1. Con ricorso per regolamento di competenza la Maggioli s.p.a. ha impugnato l'ordinanza n. 9473 del 2020 del Tribunale amministrativo per il Lazio che ha dichiarato la propria incompetenza, in favore del Tribunale amministrativo per la Toscana, sul ricorso proposto dalla stessa Maggioli avverso la delibera n. 459 del 27 maggio 2020 dell'Anac - recante parere relativo alla procedura telematica per l'affidamento del servizio di gestione integrata per gli accertamenti elevati in violazione alle norme del nuovo codice della strada indetta dalla Provincia di Livorno con bando pubblicato sulla Gue il 14 gennaio 2020 - nonché avverso la successiva disposizione n. 1013 del 16 giugno 2020 della medesima Provincia di Livorno di annullamento in autotutela della suddetta procedura.

In specie, con l'ordinanza impugnata il Tribunale amministrativo per il Lazio ha declinato la propria competenza e riconosciuto quella del Tribunale amministrativo per la Toscana affermando, da un lato, che è impugnato un provvedimento di annullamento in autotutela adottato dalla Provincia di

Livorno per cui è competente il suddetto Tribunale amministrativo per la Toscana, dall'altro, che il parere dell'Anac non costituisce atto generale o normativo in grado di esercitare una *vis attractiva* a fini di competenza ai sensi dell'art. 13, comma 4-*bis*, Cod. proc. amm., né risulta sorretto da un'adesione di tutte le parti, necessaria alla sua vincolatività e conseguente impugnabilità.

2. Avverso tale ordinanza la Maggioli s.p.a. ha proposto regolamento di competenza deducendo che: *a)* il ricorso proposto ha ad oggetto la delibera dell'Anac, mentre la successiva disposizione di annullamento in autotutela è stata impugnata "*solo in via consequenziale*", con la formula "*nonché per quanto occorrer possa*", che denoterebbe "*il grado di subordine rispetto all'impugnazione dell'atto principale*"; *b)* è improprio il richiamo alla circostanza dell'omessa adesione alla vincolatività del parere, atteso che la Maggioli non ha potuto prestare detta adesione in quanto non coinvolta nella procedura di precontenzioso; il parere è in ogni caso impugnabile, e produce nella specie effetti che vanno al di là dell'ambito territoriale da cui la vicenda scaturisce, connotandosi quale atto di carattere generale; *c)* in relazione ai provvedimenti dell'Anac vige il regime di competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo per il Lazio, determinante il conseguente radicamento della competenza presso detto Tribunale amministrativo.

3. Resistono al regolamento la Provincia di Livorno e la Sapidata s.p.a., società costituita nel giudizio davanti al Tar, e dai cui rilievi è derivata la richiesta di parere all'Anac da parte della Provincia, seguita dall'annullamento in autotutela della procedura di gara; l'Anac, pure costituita in giudizio, aderisce al regolamento di competenza.

4. Alla camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021, tenuta con modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Il ricorso per regolamento di competenza è infondato, dovendo confermarsi la competenza del Tribunale amministrativo per la Toscana a conoscere della controversia; il che esime peraltro dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate.

5.1. La competenza, al pari della giurisdizione, si determina sulla base dell'oggetto della domanda in termini di *petitum* sostanziale.

Nel caso di specie, oggetto dell'impugnativa è costituito da un lato dalla delibera dell'Anac recante il parere sul quesito posto dalla Provincia di Livorno in relazione alla suddetta procedura di gara indetta dalla stessa Provincia; dall'altro il provvedimento di annullamento in autotutela della medesima procedura di gara e gli atti allo stesso correlati.

Come correttamente rilevato dall'ordinanza, il parere dell'Anac impugnato non risulta avere carattere vincolante, non essendovi evidenza, in specie, che a ciò abbiano previamente acconsentito *ex art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016* parti interessate diverse dall'amministrazione (cfr., al riguardo, quanto dedotto dalla stessa Anac nella memoria difensiva, in cui si dà conto che “*non ricorre nella fattispecie in esame*” il caso “*di istanza congiunta di precontenzioso*” occorrente alla vincolatività del parere; cfr., in tal senso, anche l'art. 4, comma 1, del Regolamento Anac in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016, adottato giusta delibera Anac n. 10 del 9 gennaio 2019, in cui si chiarisce che la mera istanza unilaterale non vale a rendere vincolante il parere richiesto); né il detto carattere non vincolante del parere risulta di per sé inciso dalla circostanza che la ricorrente non sia stata coinvolta nel relativo procedimento precontenzioso, non avendo potuto così aderirvi, trattandosi evidentemente di circostanza che alcun effetto ha sulla natura propria del parere stesso.

In tale contesto, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, richiamata peraltro anche dalla ricorrente, ha posto in risalto che “*il parere non vincolante [...] avendo carattere di manifestazione di giudizio, non presenta aspetti di autonoma lesività e non è, dunque, autonomamente impugnabile*”, con la precisazione che “*l'impugnabilità del parere non vincolante dell'ANAC non [è] da escludersi in assoluto [giacché esso] assume connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi ad una fattispecie concreta, sia fatto proprio dalla stazione appaltante, la quale, sulla base di esso, abbia assunto la relativa determinazione provvedimento*”; di qui la conclusione che

“l’impugnazione del parere facoltativo è consentita unitamente al provvedimento conclusivo della Stazione appaltante che ne abbia fatto applicazione” (Cons. Stato, VI, 11 marzo 2019, n. 1622).

Al riguardo, s’è posto in evidenza che la concreta lesività del parere non vincolante *“si manifesta solo nell’ipotesi in cui esso sia trasposto o richiamato nell’atto conclusivo del procedimento, potendo la sua incidenza sulla fattispecie essere valutata solo in relazione alla capacità di integrare la motivazione del provvedimento adottato dalla Stazione appaltante. Pertanto, nelle dette ipotesi di suddetta incidenza nella fattispecie concreta, esso è impugnabile unitamente al provvedimento finale che lo recepisce e del quale diviene presupposto o laddove esso diventi segmento procedimentale” (Cons. Stato, n. 1622 del 2019, cit.).*

È dunque evidente come il parere non vincolante dell’Anac sia privo di lesività propria e autonoma; il fatto che risulti impugnabile unitamente al provvedimento amministrativo che lo recepisce vale a significare proprio che è quest’ultimo a rendere concreta ed effettiva la lesione per l’interesse del privato.

5.2. Nella specie, detto provvedimento amministrativo coincide appunto con la disposizione con la quale la Provincia di Livorno ha annullato in autotutela la procedura di gara.

Siffatta disposizione risulta effettivamente impugnata dalla Maggioli; né le affermazioni volte a rappresentare una diversa conformazione della domanda, in specie sminuendo il portato di detta impugnazione, assumono rilievo ai fini della presente decisione.

Come già posto in risalto, infatti, la competenza va individuata sulla base del *petitum* in termini *sostanziali*.

Nel caso in esame, il provvedimento realmente lesivo per l’interesse giuridicamente rilevante della ricorrente risulta effettivamente impugnato; e per quanto la Maggioli enfatizzi al riguardo il carattere prudenziale di tale impugnazione, prospettando un interesse all’annullamento in sé del parere dell’Anac, la detta impugnazione rimane ferma nell’ambito domanda, né

forma oggetto di rinuncia: la ricorrente si limita semplicemente a qualificarne l'interesse in termini di eventualità (“*per quanto occorrer possa*”) e a paventarne - in sede di regolamento - la natura subordinata, ciò che peraltro non rileva in sé, atteso che l'impugnazione del provvedimento d'autotutela è indispensabile ai fini dell'azione, riguardando proprio l'atto dotato di effettiva e concreta lesività il cui (imprescindibile) gravame e conseguente scrutinio necessario rende irrilevante la rappresentata graduazione dell'interesse dedotto.

In tale contesto, è anzi la stessa ricorrente a dare evidenza che l'impugnazione del provvedimento di annullamento in autotutela è avvenuta “*per dimostrare il grado di lesività concreto, effettivo e attuale della Delibera ANAC*”: il che equivale ad ammettere che la reale lesione subita dalla Maggioli discende proprio dal suddetto provvedimento d'annullamento, dal quale (solo) riviene anche la (inautonoma) lesività del parere Anac.

Del resto, sempre la ricorrente declina in termini concreti l'effetto dannoso del provvedimento della Provincia di Livorno, ponendo in risalto che dallo stesso consegue la “*preclusione per la Ricorrente Maggioli di avanzare la propria domanda di partecipazione alla gara*”; allo stesso modo, tutti i profili di affermata illegittimità e lesività del parere dell'Anac non rilevano, in termini concreti e diretti, se non nella misura in cui detto parere confluisca e venga recepito dal successivo provvedimento amministrativo, nella specie coincidente con la suddetta disposizione di annullamento.

Per tali ragioni deve ritenersi che, al di là di quanto affermato dalla ricorrente nell'ambito del regolamento di competenza in ordine alla qualificazione della domanda e del relativo interesse, il *petitum* sostanziale invocato dalla Maggioli - desumibile dalle domande *effettivamente* proposte, nei termini suindicati - coincida invero con l'annullamento del provvedimento lesivo (*i.e.*, la disposizione d'annullamento in autotutela adottata dalla Provincia), unitamente alla delibera dell'Anac che ne sorregge e sostanzia la motivazione.

Del resto, in assenza d'una impugnazione effettivamente proposta avverso il detto provvedimento d'annullamento, il ricorso presenterebbe rilevanti profili

d'inammissibilità per carenza d'interesse, finendo per il vertere esclusivamente su un atto privo d'intrinseca lesività: anche in tale prospettiva, in virtù del principio di conservazione degli atti e dei loro effetti, deve dunque accogliersi l'interpretazione - conforme d'altra parte al testo del ricorso, e alle stesse indicazioni all'uopo fornite dalla Maggioli nei termini suindicati - per cui il provvedimento (lesivo) d'annullamento in autotutela forma *effettivamente* oggetto d'impugnazione, unitamente al parere Anac che ne integra la motivazione.

5.3. Alla luce di ciò, sono corrette le conclusioni cui il Tribunale amministrativo è pervenuto in punto di competenza.

A norma dell'art. 13, comma 4-*bis*, Cod. proc. amm., infatti, in casi di connessione la competenza si radica in ragione del «*provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere*», e cioè dell'atto dal quale promana la lesione in capo al ricorrente, in specie coincidente con la suddetta disposizione della Provincia di Livorno.

In senso inverso, non vale il richiamare la natura funzionale della competenza del Tribunale amministrativo per il Lazio sui provvedimenti dell'Anac *ex art.* 135, comma 1, lett. *c*), in relazione all'art. 133, comma 1, lett. *l*), Cod. proc. amm., atteso che *funzionale, ex art.* 14, comma 3, Cod. proc. amm., è anche la competenza del Tribunale amministrativo periferico rispetto a tutti i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture *ex art.* 119, comma 1, lett. *a*), Cod. proc. amm., incluso - *ex art.* 120, comma 1 e 5, Cod. proc. amm. - il bando di gara, e dunque anche il relativo provvedimento d'annullamento in autotutela; e tale competenza funzionale, così come non subisce la *vis attractiva* di atti generali o normativi *ex art.* 13, comma 4-*bis*, Cod. proc. amm. (su tutte, cfr. Cons. Stato, V, 24 ottobre 2019, n. 7263), allo stesso modo non può essere derogata in virtù di un atto presupposto, privo di carattere generale o normativo (in specie, un parere a carattere non vincolante adottato in ordine a un quesito relativo a una specifica procedura di gara, e il cui richiamo nell'ambito di procedure affini

non vale a mutarlo *sic et simpliciter* in atto di natura generale o normativa) pur soggetto a (diversa) competenza funzionale.

6. Per le suesposte ragioni il ricorso per regolamento di competenza va respinto, dovendo confermarsi la competenza del Tribunale amministrativo per la Toscana a conoscere della controversia.

6.1. Ricorrono giusti motivi, rappresentati dalla particolarità della fattispecie, per disporre l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul regolamento di competenza in epigrafe, lo respinge dichiarando competente il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana.

Compensa integralmente fra le parti le spese del presente giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. n. 137 del 2020, conv. in l. n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO