

Rassegna di giurisprudenza a cura di Gennaro Notarnicola, Francesco Muscatello, Roberta Valla e Vincenzo Ninivaggi

La nostra rassegna di giurisprudenza affronta in questo numero temi diversi, con un approccio omogeneo, quello cioè teso a verificare l'apertura al nuovo e l'intensità delle garanzie di tutela.

La recente importante pronuncia della Corte di Giustizia (in cui ha trovato adesione la tesi patrocinata dal nostro segretario Patrizio Leozappa) in tema di escussione automatica della cauzione provvisoria e di modifica della compagine di un raggruppamento di imprese a fronte di una procedura di gara durata a lungo mette in luce il rigore della Corte di Lussemburgo nell'applicazione del principio di proporzionalità con riferimento al quale più cauto si rivela l'approccio del giudice nazionale.

Nella materia dei contratti pubblici segnaliamo una recentissima pronuncia della Sezione V recante affermazione della portata cogente dei principi del risultato e della fiducia, costituenti cardini del nuovo Codice.

Una riflessione utile potrebbe aprirsi sul riverbero dei predetti principi sul versante della tutela cautelare che, nella materia degli appalti – è opinione diffusa –, è divenuta del tutto residuale.

Qualche spiraglio nella barriera giurisprudenziale a presidio della lata discrezionalità in tema di interdittiva antimafia è aperto da un precedente del TAR Puglia ove si accenna alla necessità di un quadro indiziario quantomeno chiaro, certo ed obiettivo a fondamento di una misura così penalizzante.

Infine, sul fronte processuale, si segnala l'oscillante orientamento della giustizia amministrativa in fatto di compensazione delle spese di giudizio: nel nostro plesso giurisdizionale la discrezionalità riconosciuta al Giudice prevale sul criterio dell'esito della lite.

C.G.U.E., Ottava Sezione, sentenza del 26 settembre 2024, cause C-403/23 e C-404/23.

Con la pronuncia in commento, la CGUE è intervenuta in maniera decisiva sul tema della modifica dal punto di vista soggettivo di un raggruppamento temporaneo di imprese nel corso dello svolgimento di una procedura di affidamento e sull'incameramento in via automatica della cauzione provvisoria di un concorrente escluso dalla gara.

La vicenda al vaglio della Corte - sebbene riferita alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006, i cui principi ivi però ben possono applicarsi anche all'attuale quadro normativo – si riferisce ad una procedura di affidamento di un appalto diviso in lotti ad oggetto un servizio di illuminazione e di altri servizi connessi, caratterizzata in particolare da una significativa durata del procedimento, essendo stato questo oggetto di ben otto proroghe da parte della stazione appaltante al fine di consentire a questa di addivenire all'aggiudicazione.

In tale contesto, uno dei concorrenti partecipanti alla procedura, nella forma di costituendo r.t.i., intervenuta l'ottava (*sic!*) proroga della procedura, comunicava alla stazione appaltante la volontà di mantenere valida la propria offerta, evidenziando al contempo che due delle mandanti del raggruppamento non intendevano confermare la propria partecipazione al raggruppamento, circostanza che determinava l'esclusione del medesimo concorrente, nel suo complesso, da parte della stazione appaltante, motivata sostanzialmente sul presupposto che: (i) il diritto a svincolarsi dall'offerta sussisterebbe soltanto al concorrente nel suo complesso e non anche in capo ai singoli componenti del raggruppamento e che (ii) l'ipotesi del "recesso" della mandante dal raggruppamento costituirebbe condotta elusiva del controllo da parte della stazione appaltante circa il possesso ininterrotto dei requisiti da parte del concorrente.

A tale determinazione seguiva anche quella dell'incameramento da parte dell'Amministrazione delle cauzioni provvisorie prodotte dal medesimo concorrente in sede di partecipazione, per un importo pari a circa 3.000.000 di euro.

Respinto il ricorso di primo grado proposto dal concorrente escluso avverso i predetti provvedimenti, nel corso del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, il Giudice d'appello sospendeva il procedimento, sottoponendo alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) *“se la direttiva [2004/18], gli articoli 16 e 52 della [Carta], i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli (...) 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (articoli 11, comma 6, 37, commi 8, 9, 10, 18 e 19, 38, comma 1, lettera f) del [previgente codice dei contratti pubblici] che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della [Carta]”;*
- 2) *“se la direttiva [2004/18], gli articoli 16, 49, 50 e 52 della [Carta], l'articolo 4, Protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU, l'articolo 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli (...) 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (articoli 38, comma 1, lettera f), 48 e 75 del [previgente codice dei contratti pubblici]) che prevedano l'applicazione della sanzione d'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo”.*

Con riferimento alla prima questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, la Corte Europea ricorda che gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3 della direttiva 2004/18, *“conferiscono a un operatore economico il diritto di far valere, da un lato, le capacità economiche e finanziarie e, dall’altro, le capacità tecniche e professionali dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti, a condizione di dimostrare all’amministrazione aggiudicatrice che il raggruppamento disporrà dei mezzi necessari per l’esecuzione dell’appalto”*, precisando come tale interpretazione delle predette disposizioni sia pienamente conforme agli obiettivi eurounitari di apertura degli appalti alla massima concorrenza possibile.

Rileva la Curia che la disciplina di cui all’art. 37, co. 9, 10, 18 e 19 del d.lgs. 163/2006, a tenore del quale qualsiasi modifica riguardante l’originaria composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese era vietata, salvo che per l’ipotesi di fallimento di un componente, pena l’esclusione di tutto il concorrente dalla procedura, deve essere valutata alla luce dei principi generali del diritto dell’Unione, in particolare quello di parità di trattamento, obbligo di trasparenza e proporzionalità.

Afferma in proposito la Corte che tale disciplina del previgente codice dei contratti pubblici si pone in evidente contrasto con il principio di proporzionalità dal momento che l’articolo 47, paragrafo 3 e l’art. 48, paragrafo 4 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che ai componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese è consentito recedere dallo stesso raggruppamento, senza che ciò comporti violazione del principio della parità di trattamento, *“purchè sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti di tale raggruppamento soddisfano le condizioni di partecipazione alla procedura” e “dall’altro, che la continuazione della loro partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”*.

Tale contrasto, a detta della Corte di Giustizia, si rivela ancor più evidente nell’ipotesi in cui la stazione appaltante richieda a più riprese il differimento della data di validità delle offerte, con la conseguente immobilizzazione da parte dei concorrenti di fondamentali risorse, in termini di personale e di materiali, in previsione dell’eventuale aggiudicazione dell’appalto.

Ritengono i giudici europei, poi, che il Consiglio di Stato interpretava l’art. 11, co. 6 del d.lgs. 163/2006 nel senso che esso non comporta la scadenza *ex lege* dell’offerta una volta decorso il termine indicato in quest’ultima, sicchè l’offerente – essendo, nel caso di specie un concorrente plurisoggettivo – nel suo complesso doveva avvalersi espressamente della facoltà di svincolarsi dalla sua offerta, interpretazione, questa, frutto esclusivamente di elaborazione giurisprudenziale da parte dei giudici nazionali.

Rammenta, in proposito, la Curia che nell’ipotesi in cui le condizioni di partecipazione ad una procedura di affidamento derivino dall’interpretazione

giurisprudenziale della disciplina nazionale, tale situazione è da ritenersi *“particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, dal momento che il loro grado di conoscenza di tale diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quella degli offerenti dello Stato membro interessato”*.

Orbene, la CGUE conclude sulla prima questione pregiudiziale affermando che qualora l'Amministrazione aggiudicatrice ravvisi motivi facoltativi di esclusione, come tali non contemplati espressamente da alcuna disposizione di legge, deve *“prestare un'attenzione ancora maggiore”* al principio di proporzionalità laddove l'esclusione prevista dalla disciplina nazionale *“colpisca l'intero raggruppamento di operatori economici non per una violazione imputabile all'insieme dei suoi componenti, bensì per una violazione commessa soltanto da uno o più di essi”* e che il predetto principio di proporzionalità impone alla stazione appaltante *“di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato”* e di *“tenere conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in relazione al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento”*.

In definitiva, alla luce di tali principi, secondo la Corte l'art. 47, par. 3 e l'art. 48, par. 4 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione delle offerte che le sono state presentate, purchè sia dimostrato da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

Quanto alla seconda questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, relativa all'incameramento automatico della cauzione provvisoria del concorrente escluso, la Corte Europea, premette che, per un verso, *“la fissazione anticipata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara, dell'importo della cauzione provvisoria da costituire risponde alle esigenze derivanti dai principi di parità di trattamento tra gli offerenti, di trasparenza e di certezza del diritto, in quanto consente oggettivamente di evitare qualsiasi trattamento discriminatorio o arbitrario di questi ultimi da parte di tale amministrazione aggiudicatrice”*, e che, per l'altro, *“l'incameramento automatico di tale cauzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione*

individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità”.

In particolare, ricorda la Curia che da un lato l’incameramento della cauzione rappresenta un mezzo per lo Stato membro che consenta ad esso di perseguire i propri obiettivi legittimi consistenti nella responsabilizzazione degli operatori economici e nel compensare economicamente l’amministrazione aggiudicatrice per le spese sostenute per il controllo sulla regolarità delle offerte degli o.e., dall’altro l’importo che la cauzione raggiunge in una fattispecie come quella del procedimento in oggetto “*appare manifestamente recessivo rispetto allo svolgimento della procedura di appalto di cui trattasi*”, concludendo che “*il principio di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l’obbligo di trasparenza, quali enunciati dall’articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l’incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell’esclusione di quest’ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato*”.

In conclusione, la pronuncia in commento assume particolare rilevanza non soltanto per la natura delle questioni esaminate: in effetti la disciplina relativa alla modifica soggettiva del raggruppamento contenuta nel d.lgs. 163/2006 è stata sensibilmente modificata dai successivi codici dei contratti pubblici.

Essa, infatti, è significativa dal momento che ha acclarato un contrasto della normativa nazionale con i principi europei, laddove la giurisprudenza amministrativa, riferita a tale disciplina, ne aveva consolidato la interpretazione dichiarata ostativa al perseguimento dei principi dell’Unione dalla CGUE.

Cons. Stato, Sez. V, 13.9.2024 n. 7571, Pres. P.G.N. Lotti, Est. D. Caminiti
La forza cogente dei principi del “nuovo” codice degli appalti al vaglio del Consiglio di Stato

A poco più di un anno dall'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023), con la recente sentenza n. 7571/2024 la V sezione del Consiglio di Stato ha chiarito la portata precettiva dei principi del risultato e della fiducia e la loro corretta applicazione da parte degli enti appaltanti in materia di revoca dell'aggiudicazione.

L'aspetto più significativo della pronuncia in esame, forse, è quello di aver dato prova della forza cogente dei principi del “nuovo” codice degli appalti.

Il principio del risultato, chiarisce il Consiglio di Stato, è sì il principio ispiratore della nuova disciplina, sovraordinato agli altri (art. 1 del D.lg. 36/2023), ma in quanto principio immanente al sistema dei contratti pubblici è invocabile anche in relazione alla disciplina previgente.

Si tratta pertanto di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto, cui deve essere improntata la condotta dell'Amministrazione in tutte le fasi del rapporto, dall'affidamento (nel senso di giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto, all'esecuzione (nel senso di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto).

Tale canone deve essere coordinato con un altro principio fondante della nuova disciplina, quello della fiducia, teso a contrastare le interpretazioni eccessivamente formalistica, a scapito del raggiungimento del miglior risultato possibile.

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, dunque, il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inscindibilmente e costituiscono l'architave su cui si deve fondare l'interpretazione e l'applicazione del Codice.

Sulla stretta correlazione dei due principi si era già espressa la giurisprudenza, chiarendo che la positivizzazione in materia contrattuale del principio del risultato non deve interpretarsi come mero primato logico dell'approvvigionamento: non foss'altro perché tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenzia dalla logica del risultato “statico” di cui all' art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/90, per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione (Cons. St., sez. III, sent. n. 4701/2024)

La cogenza di tali principi (di cui alcuni dubitavano all'indomani dell'introduzione della nuova disciplina) sembra riflettersi in un nuovo approccio

interpretativo, più sostanzialistico, mirato a garantire il raggiungimento dell'interesse pubblico insito nel contratto.

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (Cons. Stato, sez. V, n. 1294 del 2024; Cons. Stato, sez. VII, n. 5789 del 2024 che ha ritenuto che nell'ipotesi di specie l'eccessiva "rigidità" della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, unita all'eccessivo "formalismo" con cui la stazione appaltante aveva gestito la gara, arrestata sul nascere, avessero nella sostanza frustrato i riportati principi che sebbene codificati soltanto con il d.lgs. n. 36 del 2023, non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, rappresentano comunque principi già immanenti dell'ordinamento).

TAR Puglia, Bari, Sez. II, 17.7.2024 n. 874 Pres. G. Serlenga, Est. A. Allegretta

Le interdittive antimafia e la libertà della paura

Sin dalla sua origine, la disciplina delle misure prefettizie antimafia non ha mai cessato di muoversi sul sottile crinale nella continua ricerca del miglior equilibrio possibile tra le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e di prevenzione dell'infiltrazione criminale e le libertà che si ricollegano all'esercizio dell'attività di impresa.

La funzione di massima anticipazione della soglia di tutela sottesa alle interdittive (Cons. St., sez. V, n. 8558/2022) da un lato giustifica le peculiarità e l'atipicità dei poteri istruttori rimessi all'Autorità prefettizia; dall'altro si scontra inevitabilmente con il carattere afflittivo di tali strumenti, che implicano una particolare forma di incapacità (a contrarre, a ottenere provvedimenti autorizzatori e concessori etc.), definita da alcuni come un sostanziale “*ergastolo imprenditoriale*”.

Il particolare tecnicismo e l'amplessissima discrezionalità che connota le valutazioni prefettizie sul rischio infiltrativo ha le sue ovvie ricadute sull'ambito e la portata del sindacato del giudice amministrativo, il quale soffre i limiti di un sindacato (tradizionalmente considerato “debole”) perché estraneo all'accertamento dei fatti posti a base del provvedimento.

Nella sentenza n. 874/2024, la II sezione del TAR di Bari ha ripercorso le rigorose condizioni di tassatività sostanziale e processuale che devono presidiare il sindacato amministrativo in tale delicata materia.

Sul piano della tassatività sostanziale, ha sottolineato il TAR, <<*deve evitarsi l'adozione di provvedimenti aprioristicamente diretti all'applicazione dell'interdittiva prefettizia in assenza di un forte quadro indiziario che denoti la realistica probabilità materiale del rischio infiltrativo e non la mera possibilità o semplice eventualità che esso si verifichi*>>.

Sul piano processuale, poi, pur sganciato dallo *standard* probatorio sotteso alla regola *bard*, tipico dell'accertamento in sede penale (che frustrerebbe irrimediabilmente la funzione preventiva dell'istituto), il sindacato del giudice amministrativo, se pur rigoroso, deve fondarsi su <<*una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere probabile il pericolo di infiltrazione mafiosa*>>; precisando che <<*sebbene basato su elementi “indiziari”, tale pericolo non può ovviamente desumersi da elementi immaginari o aleatori*>>.

Il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e <<*non può sostanzinarsi in un sospetto della pubblica amministrazione o in una vaga intuizione del giudice, che consegnerebbero questo istituto, pietra angolare del sistema normativo di prevenzione antimafia, ad un “diritto della paura”*>>.

Il TAR Bari, ponendosi nel solco della giurisprudenza del Consiglio di Stato (*ex multis*, Cons. Stato sent., sez. III, n. 6105/2019) ha così ricostruito il fondamento dell'istituto, definendo le interdittive antimafia in ciò che sono (“pietra angolare del sistema di prevenzione antimafia”) e ciò che non devono essere (“vaga intuizione del giudice, espressione di diritto della paura”).

Del resto, la libertà dalla paura non solo è il pilastro fondante dello Stato democratico ma è anche un processo alla cui tutela l'intero sistema giudiziario è chiamato a collaborare.

Cons. Stato, Sez. VI, 1.10.2024 n. 7874, Pres. G. Montedoro, Est. S. Toschei
Cons. Stato, Sez. V, 12.8.2024 n. 7090, Pres. F. Caringella, Est. D. Caminiti

La Sesta sezione del Consiglio di Stato si esprime, con la sentenza 7874 pubblicata il 1^o ottobre u.s., sulla questione della compensazione delle spese di lite: croce e delizia per gli avvocati.

In particolare, viene colà riformata una sentenza con cui il TAR Lombardia – Milano aveva proceduto alla compensazione delle spese di lite nonostante avesse accolto il ricorso proposto per ottenere l'accertamento del diritto all'accesso a tutti i documenti della procedura che aveva condotto ad un atto di pignoramento presso terzi da parte dell'Agenzia delle entrate – Riscossione: in assenza di costituzione della parte resistente, con sentenza 7 marzo 2024 n. 658, è stato accolto il ricorso, con declaratoria dell'obbligo di ostensione della documentazione fatta oggetto dell'istanza di accesso, compensando le spese di lite mediante il richiamo a *“peculiarità procedurali”*.

Per vero, l'avvenuta costituzione dell'Agenzia delle entrate – riscossione nel giudizio d'appello ha fatto emergere che i documenti richiesti con istanza del 29 settembre 2023 erano stati ammessi all'ostensione con provvedimento del 23 gennaio 2024 e quindi in epoca antecedente rispetto alla data di pubblicazione della sentenza, dopo che lo stesso appellante era stato invitato ad accedere direttamente al sito dell'Agenzia in data 2 ottobre 2023 al fine di verificare *“la vostra situazione debitoria, i canali di pagamento e conoscere le modalità per presentare l'eventuale istanza di dilazione, in alternativa, potete rivolgervi ad uno degli sportelli dell'Agente di Riscossione della provincia di Lecco che potranno evadere le vostre richieste”*.

Senonché, tali circostanze -ha rilevato il Consiglio di Stato- non erano note al momento della decisione in ordine alla regolazione delle spese di lite, in quanto offerte soltanto nel giudizio d'appello.

Da qui, la critica di una carenza nella motivazione: *“il pronunciamento del TAR Lombardia appare fortemente carente sotto il profilo della motivazione e evidentemente lacunoso, al limite della apoditticità, circa la indicazione delle ragioni che lo hanno indotto a disporre la compensazione delle spese di lite, nonostante un ampio ventaglio di elementi di condivisibilità delle ragioni sostenute in quel grado di giudizio dall'odierno appellante, neppure taciute da quel giudice”*.

Or, la Sezione rammenta che, *“in materia di definizione in ordine alle spese di lite, la giurisprudenza amministrativa sebbene abbia costantemente affermato (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VII, 1 agosto 2024 n. 6889, Sez. IV, 12 luglio 2024 n. 6262, Sez. II, 9 maggio 2024 n. 4201 e Sez. V, 22 aprile 2024 n. 3589) che il giudice di primo grado ha ampi poteri discrezionali in ordine alla statuizione sulle spese e, se del caso, al riconoscimento, sul piano equitativo, dei giusti motivi per far luogo alla compensazione delle spese giudiziali, ovvero per escluderla, ha parimenti decretato che tale discrezionalità presenta il limite che*

il giudice non può condannare alle spese la parte risultata vittoriosa in giudizio o disporre statuizioni abnormi, anche sulla compensazione delle spese, ponendo in essere statuizioni manifestamente irrazionali”.

Nello specifico si è affermato, con indirizzo consolidato, che *“nel processo amministrativo se la regolazione delle spese giudiziali non richiede una ampia motivazione, posto che esse, per principio generale, seguono la soccombenza, si pone invece un onere di più specifica motivazione laddove la regolazione delle spese prescinda da una vittoria in giudizio e risponda ad esigenze differenti”,* sicché *“quando si procede alla compensazione delle spese, l'onere della motivazione è rinforzato, al fine di mantenere inalterato il rapporto di regola ad eccezione esistente tra i principi di condanna del soccombente e di compensazione delle spese (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VII, 18 maggio 2023 n. 4953, Sez. V, 28 febbraio 2023 n. 2093 e Sez. VI, 16 marzo 2020 n. 1850)”*. Solo in difetto di costituzione dell'Amministrazione laddove vittoriosa il giudice è <esonerato> dal pronunciare sulle spese, mentre *“nel caso contrario il giudice deve disporre sul riparto delle spese in quanto, diversamente, la mancata presenza in giudizio dell'amministrazione finirebbe per costituire un arbitrario grimaldello processuale per andare esente dal comportamento dalla stessa tenuto sia prima che durante il contenzioso al quale ha costretto il ricorrente per ottenere soddisfazione”*.

La posizione del Consiglio di Stato è pregevole: nel senso che la mancata costituzione viene delineata come *“un comportamento processuale non collaborativo dell'amministrazione”* che, in ogni caso, non impedisce la ripetizione dei costi sopportati per il contributo unificato dal ricorrente vincitore.

Con sentenza pubblicata il 12 agosto con il n. 7090 la Quinta sezione ha invece respinto un appello avverso la sentenza, in forma semplificata, n. 974/2023 del TAR Liguria, anch'essa foriera di compensazione delle spese di lite nei confronti della parte vittoriosa.

La motivazione di tale scelta è particolarmente pregnante per l'articolazione delle attività difensive: essa viene, infatti, correlata al *“mancato rispetto del principio di chiarezza degli atti processuali di cui all'art. 3, comma 2, del Cod. proc. amm. e, inoltre, perché l'azione giudiziale di accesso è stata immotivatamente frazionata in due ricorsi sebbene le copie degli atti siano detenute dallo stesso soggetto, si riferiscano al medesimo controinteressato e attengano alla stessa posizione sostanziale”*.

In sede di gravame, l'originario ricorrente aveva eccepito che la compensazione delle spese di lite è subordinata alla presenza di gravi ed eccezionali ragioni che il giudice è tenuto ad indicare esplicitamente nella motivazione della sentenza e che quelle addotte dal TAR genovese nell'impugnata sentenza (mancato rispetto del principio di chiarezza e ingiustificato frazionamento del gravame) non integrerebbero alcuna delle ipotesi individuate dalla giurisprudenza al fine di giustificare la compensazione delle spese di lite (mutamento giurisprudenziale,

situazione di obiettiva incertezza sul diritto controverso, assoluta novità della questione, soccombenza reciproca e situazioni di analoga gravità ed eccezionalità).

Il Consiglio di Stato ha fatto richiamo alla considerazione che il giudice esercita un potere discrezionale nella regolazione delle spese di lite ed anche ai fini della loro compensazione: quest'ultimo è insindacabile in sede di appello, se non nell'ipotesi -più teorica che possibile- della condanna della parte totalmente vittoriosa oppure per il caso che la statuizione sulle spese sia manifestamente irrazionale o si riferisca al pagamento di somme palesemente inadeguate.

Giova osservare che, nel caso specifico, il Consiglio di Stato ha convalidato la decisione appellata atteso che *“il primo giudice a base della compensazione ha indicato condivisibilmente la violazione di ben due principi, quello della chiarezza degli atti processuali, expressis verbis richiamato dall'art. 26 c.p.a., e quello del frazionamento della domanda che, come noto, costituisce un abuso del processo. Ed invero l'art. 92 c.p.c., del pari richiamato dall'art. 26 c.p.a., esclude la ripetizione delle spese di lite eccessive e superflue e prevede la possibilità, indipendentemente dalla soccombenza, di condannare una parte alle spese, anche non ripetibili, per trasgressione del dovere di cui all'art. 88 (dovere di probità che implica il divieto di frazionamento della domanda) causate all'altra parte”*.

La compensazione delle spese di lite può, dunque, porsi anche come contemperamento degli opposti interessi: nel senso che la fondatezza della domanda azionata può restare assorbita, nella regolazione delle spese di lite, dall'avvenuta violazione dei doveri di strategia e condotta processuale incombenti sulla parte nell'esercizio del diritto ex art. 24 Cost. secondo la disciplina del Codice del processo amministrativo, ancorché sia risultata vittoriosa.