

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n.3829
IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE, SESTA SEZIONE
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al n. r.g. 5188/2007, proposto da A. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati F.S. e C.A. ed elettivamente domiciliata presso lo studio C., in Roma;

contro

la Fondazione A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati G.C. e R. I. ed elettivamente domiciliata nello studio del secondo, in Roma;

e nei confronti di

L. s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato C.M., presso cui è elettivamente domiciliata, in Roma;

per l'annullamento o la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Roma, sez. III-quater, 26 marzo 2007 n. 2585;

Visto il ricorso in appello;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'appellata e della controinteressata;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 21 aprile 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi l'avv. S. per l'appellante e l'avv. I. per l'appellata nonché, su delega dell'avv. M., per la controinteressata;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso al Tar Lazio - Roma, notificato in data 10 giugno 2004, la società A. s.r.l. - premesso di essere titolare di un contratto di appalto di servizi di biglietteria e di distribuzione pubblicitaria con scadenza 30 giugno 2004, relativo alle manifestazioni promosse dalla Fondazione A. -, chiedeva l'annullamento del provvedimento col quale la Fondazione aveva affidato direttamente alla L. l'appalto di quei servizi, senza esperire, malgrado la sua qualità di organismo di diritto pubblico, la procedura di evidenza pubblica di cui al d.lgs. n. 157/1995.

Chiedeva altresì il risarcimento del danno da perdita della chance di vittoria di cui essa avrebbe fruito in caso di indizione di gara pubblica, assumendo come base di calcolo, per quantificare il danno, l'utile conseguito finora quale precedente gestore del servizio.

1.1. La Fondazione e la L. si costituivano e nel corso del giudizio di primo grado proponevano separati regolamenti di giurisdizione, chiedendo che fosse affermata la giurisdizione del giudice ordinario.

1.2. Il Tar Lazio disponeva la sospensione del processo in pendenza del regolamento di giurisdizione.

1.3. Le sezioni unite della Cassazione si pronunciavano sul regolamento di giurisdizione con ordinanza 12 gennaio - 8 febbraio 2006 n. 2637, con cui hanno affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, qualificando:

a) la Fondazione A. come organismo di diritto pubblico, nonostante la veste formale di fondazione di diritto privato;

b) il contratto di <<sponsorizzazione>> intercorso tra l'A. e la società L. come appalto di servizi sottoposto al d.lgs. n. 157/1995.

1.4. L'ordinanza delle sezioni unite risulta notificata alla A. in data 17 febbraio 2006, e comunicata di ufficio dalla cancelleria della Cassazione alla segreteria del Tar Lazio con atti pervenuti al Tar il 17 febbraio e il 1° marzo 2006.

1.5. Con decreto presidenziale del 3 marzo 2006, apposto sulla copertina del fascicolo di ufficio del Tar, è stata fissata d'ufficio l'udienza di prosecuzione del giudizio a seguito della cessazione della causa sospensiva, per la data dell'11 maggio 2006.

1.6. La data della nuova udienza risulta comunicata alle parti del giudizio di primo grado con biglietto di segreteria datato 3 marzo 2006.

1.7. All'udienza dell'11 maggio 2006 la causa è stata cancellata dal ruolo, secondo quanto si afferma nell'atto di appello, su sollecitazione del collegio giudicante, ma la circostanza non emerge dal verbale di udienza, da cui si evince che la cancellazione è stata disposta su istanza delle parti presenti (A. e la Fondazione, risultando assente L.).

1.8. Con atto notificato alle altre parti il 26 maggio 2006 la Amit ha tuzioristicamente riassunto il giudizio e chiesto la fissazione dell'udienza di merito.

1.9. La nuova udienza è stata fissata per il 18 dicembre 2006.

1.10. A detta udienza le controparti hanno eccepito la tardività dell'atto di riassunzione, che a loro dire doveva intervenire entro tre mesi (termine dimezzato rispetto a quello ordinario di sei mesi, trattandosi del rito speciale ex art. 23-bis, l. Tar), decorrente dalla notifica dell'ordinanza delle sezioni unite, e dunque entro il 17 maggio 2006.

A. nel corso della discussione si è opposta a tale eccezione e ha fatto verbalizzare la richiesta di concessione dell'errore scusabile, come risulta dal verbale dell'udienza del 18 dicembre 2006.

1.11. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe:

a) ha esaminato le varie tesi giurisprudenziali relative a modalità e termini di prosecuzione del giudizio dopo la cessazione di una causa di sospensione;

b) ha affermato la tesi dell'applicazione analogica dell'art. 24, l. Tar, dettato per la prosecuzione del giudizio dopo la sua interruzione, statuendo che, anche in caso di sospensione del giudizio, il processo va riassunto con atto da notificarsi entro il termine perentorio di sei mesi dalla conoscenza legale della cessazione della causa di sospensione;

c) ha ritenuto che nel rito dell'art. 23-bis, l. Tar, il termine di sei mesi per la riassunzione del giudizio sia dimezzato e sia dunque di tre mesi;

d) ha negato la concessione dell'errore scusabile ritenendo che non vi fosse una oggettiva difficoltà interpretativa;

e) ha dichiarato il ricorso improcedibile per tardività dell'atto di riassunzione.

2. Ha proposto appello l'originaria ricorrente, con cui da un lato si contestano le statuizioni della sentenza, e dall'altro lato si ripropongono i motivi del ricorso di primo grado.

L'appello espone le varie tesi giurisprudenziali e dottrinali in tema di modalità e termini di prosecuzione del giudizio dopo una sospensione. Evidenzia che secondo la tesi giurisprudenziale prevalente non occorrerebbe un atto di riassunzione, ma solo una istanza di fissazione di udienza, da presentarsi entro il termine biennale di perenzione, che

decorrerebbe dalla conoscenza legale della cessazione della causa di sospensione.

L'appello lamenta che, nella specie, l'udienza di prosecuzione era stata oltretutto fissata di ufficio, sicché non occorre né atto di riassunzione, né istanza di fissazione di udienza.

Si espone che in applicazione analogica dell'art. 35, l. Tar, che regola la prosecuzione del giudizio davanti al Tar dopo sentenza del Consiglio di Stato di annullamento con rinvio, l'udienza di prosecuzione andrebbe fissata di ufficio, anche quando c'è stata una sospensione del processo, come correttamente ha fatto nella specie la segreteria del Tar.

In ogni caso, dato il contrasto di giurisprudenza, il Tar avrebbe dovuto concedere l'errore scusabile, essendovi oggettiva incertezza interpretativa.

2.1. L'appellata e la controinteressata contestano l'appello e ritengono corretta la tesi seguita dal Tar.

3. La materia del contendere è, anzitutto, quella, in rito, delle modalità e termini di prosecuzione del giudizio, dopo che esso è stato sospeso (nella specie, per regolamento di giurisdizione), ed è cessata la causa di sospensione.

Si tratta di questione su cui si registrano in giurisprudenza soluzioni non univoche, e su cui si impone una rimeditazione di carattere generale, alla luce del principio di ragionevole durata del processo.

3.1. La questione specifica attiene alle modalità e termini di prosecuzione del processo amministrativo dopo sospensione per regolamento di giurisdizione, ma la questione va affrontata, oltre che nei suoi termini specifici, inserendola in quella più generale di modalità e termini di prosecuzione del processo amministrativo dopo qualsivoglia causa di sospensione (querela di falso, incidente di costituzionalità, incidente comunitario, sospensione ex art. 295 c.p.c.).

3.2. Per il caso specifico, che ricorre nella specie, in cui la Cassazione conferma la giurisdizione del giudice presso cui pende il processo nel corso del quale è stato sollevato il regolamento di giurisdizione, per il giudizio civile è dettata una regola espressa: se la Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti debbono riassumere il processo (sempre che sia stato sospeso) entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza (art. 367, co. 2, c.p.c.).

Tale regola è coerente, nel giudizio civile, con quella generale dettata dall'art. 297 c.p.c. in ordine alla prosecuzione del processo che era stato sospeso, quando cessa la causa di sospensione: infatti anche in tale ipotesi generale il processo va proseguito entro sei mesi, su impulso di parte.

La differenza tra art. 297 c.p.c. (ipotesi generale) e art. 367 c.p.c. (ipotesi speciale), è che nell'ipotesi generale è sufficiente una istanza di fissazione di udienza, da proporsi con ricorso; nell'ipotesi speciale occorre un atto di riassunzione del processo.

3.3. Nel processo amministrativo manca una regola espressa. Se, dunque, il regolamento di giurisdizione viene proposto in pendenza di un processo amministrativo, e la Cassazione conferma la giurisdizione del giudice amministrativo, occorre stabilire:

- se occorra un atto di riassunzione del processo, ovvero sia sufficiente un'istanza di fissazione dell'udienza;
- in che termine l'atto di riassunzione o l'istanza di fissazione di udienza vanno presentati.

In giurisprudenza si registrano soluzioni disparate.

3.4. Secondo un isolato precedente (Cons. St., sez. VI, 7 agosto 1987 n. 565), occorre un atto di riassunzione del giudizio entro sei mesi, in applicazione dell'art. 50 c.p.c. Tale soluzione non è da condividere, in quanto l'art. 50 c.p.c. è dettato per l'ipotesi in cui il processo debba proseguire non davanti al giudice presso cui già pende, ma davanti a giudice diverso, per ragioni di competenza. Tale regola è stata applicata dalla giurisprudenza civile delle sezioni unite anche per fondare la *translatio iudicii*, quando la causa debba trasmigrare davanti ad un giudice diverso per motivi di giurisdizione (Cass., sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4109). E la stessa giurisprudenza amministrativa applica l'art. 50 c.p.c. quando afferma il difetto della propria giurisdizione e indica alle parti il diverso ordine giudiziario avente giurisdizione, fissando in sei mesi il termine per la riassunzione della causa davanti a tale giudice (Cons. St., sez. VI, 13 marzo 2008 n. 1059; Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2008 n. 2231; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2008 n. 2957; Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3065). Ma in entrambe le ipotesi, come si vede, la necessità di un atto di riassunzione trova il suo fondamento nella circostanza che la causa deve proseguire davanti ad un giudice diverso rispetto a quello presso cui pende.

3.5. Secondo una diversa soluzione, seguita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, dalla data della pronuncia della Cassazione sul regolamento di giurisdizione inizia a decorrere l'ordinario termine biennale di perenzione, che le parti possono evitare compiendo gli atti idonei a tale scopo e, in particolare, richiedendo la fissazione d'udienza; a meno che non si tratti di un tipo di giudizio (ad es. quello elettorale) in cui alla fissazione d'udienza deve provvedersi d'ufficio non appena consti che la Corte di cassazione ha ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo avanti al quale correttamente il giudizio era stato instaurato (Cons. St., sez. V, 13 ottobre 1988 n. 558; Cons. St., sez. V, 27 maggio 1988 n. 370; Cons. St., sez. V, 10 dicembre 1985 n. 473; Cons. St., sez. V, 9 febbraio 1985 n. 77).

Tale soluzione va incontro all'obiezione critica di lasciare uno spazio temporale di decisione alla parte interessata troppo lungo, pari a due anni. Tale spazio temporale così lungo è incompatibile con l'esigenza che i processi si svolgano celermente e senza stasi temporali eccessive, per evitarne l'irragionevole durata che è fonte di responsabilità per lo Stato.

Tutti i protagonisti della vicenda processuale, debbono cooperare affinché il processo si svolga celermente, e le stesse norme processuali debbono essere strutturate in modo tale da conseguire l'obiettivo del processo celere e giusto. Sicché, a fronte di una lacuna normativa, da colmare in via di interpretazione estensiva o analogica, anche l'interprete, tra più possibili soluzioni, deve prescegliere quella che meglio soddisfa l'obiettivo del processo celere, scartando una soluzione, come quella appena esposta, che allunga irragionevolmente i tempi processuali.

Pertanto, la soluzione secondo cui, sospeso il processo per regolamento di giurisdizione, esso, dopo la sentenza della Cassazione, può proseguire mediante istanza di fissazione di udienza da presentarsi entro il termine biennale di perenzione, sebbene sia stata finora seguita non di rado dalla giurisprudenza, è soluzione in palese contrasto con

l'obiettivo del processo celere, e pertanto da abbandonare, ove si consideri, altresì, che è soluzione non ancorata a dati normativi certi. E che si tratti di soluzione da superare, si desume anche dalle recenti innovazioni al processo civile, che hanno ridotto da sei mesi a tre il termine di prosecuzione del giudizio dopo una sospensione o interruzione, e a sei mesi il termine annuale per le impugnazioni (A.S.1082-B, definitivamente approvato).

3.6. Secondo la soluzione seguita dal Tar con la pronuncia oggetto del presente appello, dovrebbe trovare applicazione analogica l'art. 24, co. 2, l. Tar, dettato per l'interruzione del processo, a tenore del quale il processo va riassunto entro sei mesi dalla conoscenza legale dell'evento interruttivo.

La tesi si presta all'obiezione critica che la disposizione è dettata per il caso di interruzione del processo, che è ipotesi ben diversa dalla sua semplice sospensione.

Infatti in caso di interruzione del processo, questo può proseguire solo con una modifica soggettiva delle parti o dei difensori (eredi della parte, diverso difensore): di qui la necessità di un atto di riassunzione, vale a dire una nuova notifica dell'originario ricorso, che serve a far conoscere il processo a soggetti che finora non ne avevano avuto conoscenza.

Diverso è il caso di sospensione del processo, in cui le parti conoscono già del processo e della sua sospensione e in cui, cessata la causa di sospensione, il processo prosegue tra le parti originarie, sicché non sorge la necessità di un atto di riassunzione, ma solo di far conoscere la data di prosecuzione del giudizio.

3.7. Secondo un'altra tesi, che risulta seguita da pronunce di Tar (Tar Campania - Napoli, sez. I, 11 aprile 2001 n. 1611; Tar Calabria, 18 maggio 1995 n. 543; Tar Marche, 26 settembre 1991 n. 527), sarebbe applicabile anche nel processo amministrativo l'art. 367, co. 2, c.p.c., dunque occorrerebbe uno specifico atto di riassunzione del processo (Tar Umbria, 20 marzo 1996 n. 139), e il termine sarebbe di sei mesi decorrenti dalla conoscenza legale della sentenza della Cassazione.

La soluzione si presta alla obiezione critica che un atto di riassunzione del processo non sembra necessario laddove il processo prosegue tra le parti originarie, e davanti al medesimo giudice.

La riassunzione, infatti, che implica il rinnovo della notifica del ricorso, ha la sua ragion d'essere quando occorre far conoscere il ricorso a parti o difensori diversi (a seguito di interruzione del processo), o a un giudice diverso (a seguito di translatio iudicii).

La riassunzione è invece un atto inutile nel diverso caso di processo che prosegue tra le parti originarie e davanti al medesimo giudice: esigerla, significa gravare la parte di oneri e costi inutili - costi di notificazione, costi di riscrittura del ricorso, nuovo contributo unificato -, che contrastano con i principi di economia processuale e di effettività della tutela.

Non a caso, l'art. 367 c.p.c. è stato ritenuto dalle sezioni unite applicabile anche al processo amministrativo per il diverso caso di translatio iudicii, in cui il processo viene trasferito da un ordine giudiziario ad un altro (Cass., sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4109).

4. Estendendo il campo di indagine al di fuori del caso di prosecuzione del giudizio sospeso a seguito di regolamento di

giurisdizione, e esaminando le ipotesi di prosecuzione del giudizio sospeso per altre cause, parimenti si riscontrano soluzioni non concordi.

4.1. Infatti, per l'ipotesi di prosecuzione del giudizio sospeso a seguito di incidente di costituzionalità, si ritiene applicabile l'art. 297 c.p.c., e dunque si ritiene che è sufficiente una istanza di fissazione di udienza, da presentarsi entro sei mesi da quando si ha conoscenza legale della sentenza della Corte costituzionale (Cons. St., sez. IV, 14 aprile 1998 n. 610; Cons. St., sez. VI, 25 ottobre 1996 n. 1397; Cons. giust. sic., 21 luglio 2008 n. 651; Tar Lazio - Roma, sez. I, 22 febbraio 2006 n. 1355)

4.2. Per altri casi di sospensione ex art. 295 c.p.c., secondo una parte della giurisprudenza, per la prosecuzione del giudizio dopo che lo stesso è stato sospeso (o ai sensi dell'art. 295 c.p.c., ivi compreso l'incidente di falso, o per una pregiudiziale comunitaria), non occorre un atto di riassunzione (come nel processo civile), ma è sufficiente un'istanza di fissazione di udienza, da presentarsi nel termine biennale di perenzione, decorrente dalla notizia della cessazione della causa di sospensione (Cons. St., sez. IV, 9 ottobre 2002 n. 5364; Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 2000 n. 911; Cons. giust. sic., 3 giugno 1999 n. 213; Cons. St., sez. IV, 14 aprile 1998 n. 610; Cons. St., sez. IV, 14 luglio 1997 n. 706; Cons. St., sez. VI, 25 ottobre 1996 n. 1397).

4.3. Secondo una diversa tesi, pure seguita dal Consiglio di Stato, anche nel processo amministrativo troverebbero applicazione gli artt. 297 e 307 c.p.c. con la conseguenza che in caso di sospensione del giudizio senza che sia fissata l'udienza di prosecuzione, le parti devono chiedere la fissazione dell'udienza entro il termine perentorio di sei mesi dalla conoscenza della cessazione della causa di sospensione: peraltro tali pronunce aderiscono a siffatta soluzione senza indicare perché tale tesi è preferibile a quella del termine biennale (Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008 n. 133; Cons. St., sez. IV, 11 luglio 2002 n. 3926; Cons. St., sez. IV, 6 novembre 1998 n. 1461; Tar Lazio - Roma, sez. II-ter, 20 novembre 2006 n. 12795, ord.).

4.4. Secondo una tesi dottrinale, elaborata prima della l. n. 205/2000, dovrebbe trovare applicazione l'art. 35, co. 4, l. Tar (nel testo anteriore alla l. n. 205/2000), dettato per la riassunzione del giudizio davanti al Tar dopo una decisione con rinvio del Consiglio di Stato (vale a dire riassunzione del giudizio entro sessanta giorni dalla notificazione della decisione ovvero un anno dalla pubblicazione).

Tale soluzione ha ora perso la sua base normativa, perché l'art. 35, co. 4, è stato novellato dalla l. n. 205/2000, nel senso che a seguito di decisione del Consiglio di Stato di annullamento con rinvio, il giudizio prosegue con fissazione di ufficio dell'udienza.

Ma dopo la novella legislativa occorre interrogarsi, essendovi sul punto un espresso motivo di appello, se la norma, nella sua nuova formulazione, dettata per il caso specifico di una decisione con rinvio adottata dal Consiglio di Stato, possa estendersi al caso, diverso, di decisione regolatrice della giurisdizione, adottata dalla Cassazione, e, più in generale, ai casi in cui il processo è sospeso in pendenza di un incidente processuale davanti ad altro giudice, ogni qualvolta il giudice che decide l'incidente dispone la restituzione degli atti al giudice a quo.

5. Così ricostruito il quadro normativo e dato conto delle incertezze della giurisprudenza, il Collegio ritiene di dover optare per una soluzione unitaria, per tutti i casi di prosecuzione del giudizio dopo che esso sia stato, per qualsivoglia ragione, sospeso.

5.1. Si sono già sopra indicate le tesi che non possono essere condivise. Si opera di seguito una sintesi risolutiva.

5.2. La soluzione della questione va trovata valorizzando il dato sistematico unitamente ai principi di economia processuale ed effettività della tutela.

Il dato sistematico, che si desume dagli artt. 50, 297, 367 c.p.c., e 24, l. Tar, è che quando il processo subisce una stasi (per interruzione, sospensione, declaratoria di difetto di giurisdizione), per la sua prosecuzione il termine di sei mesi dalla conoscenza legale della cessazione della stasi costituisce una regola pressoché generale e ragionevole, perché compatibile con il principio di celerità processuale.

Per converso, la tesi che ritiene applicabile il termine biennale di perenzione, non trova un puntuale appiglio normativo, cui ancorarsi quanto meno in via analogica, e contrasta con l'esigenza di celerità del processo che costituisce corollario del fondamentale principio di ragionevole durata.

L'altro dato sistematico, che si desume dagli artt. 297, 303, 367, c.p.c., e 24 l. Tar, è che un atto di riassunzione del processo, che implica nuova notifica del ricorso, si rende necessario quando c'è una modifica soggettiva delle parti o dei difensori (a seguito di interruzione del processo), o del giudice (a seguito di difetto di giurisdizione e conseguente *translatio iudicii*), mentre è superfluo se il processo prosegue tra le parti originarie, davanti al medesimo giudice.

5.3. Coniugando tali dati, si può affermare, applicando analogicamente ma chirurgicamente gli artt. 297 e 367 c.p.c., che, sospeso il processo amministrativo, una volta cessata la causa di sospensione, per la prosecuzione del processo è sufficiente un'istanza di fissazione di udienza, da depositare entro sei mesi dalla conoscenza legale che è cessata la causa di sospensione (*id est*: dalla conoscenza legale della sentenza della Cassazione resa in sede di regolamento di giurisdizione; ma lo stesso deve dirsi quando il processo è sospeso per pregiudiziale costituzionale o comunitaria, o per incidente di falso, o per pregiudiziale civile, nel qual caso l'istanza deve essere presentata entro sei mesi dalla conoscenza legale della sentenza della Corte cost. o della C. giust. CE, o della sentenza che decide sulla questione di falso o su altra questione pregiudiziale).

5.4. Siffatta soluzione è coerente con quella seguita dalla giurisprudenza amministrativa quanto alla prosecuzione del processo amministrativo a seguito di incidente di costituzionalità, nel qual caso si afferma che in applicazione dell'art. 297 c.p.c., è sufficiente un'istanza di fissazione di udienza, entro sei mesi decorrenti dalla conoscenza legale della sentenza della Corte costituzionale.

5.5. Va poi precisato che nei giudizi sottoposti a dimezzamento dei termini, come quelli che seguono il rito dell'art. 23-bis, l. Tar, il termine di sei mesi per la prosecuzione o riassunzione del giudizio è ridotto a tre (Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2001 n. 2940).

6. Va invece disattesa, per quanto suggestiva, la tesi di parte appellante, che propende per l'applicazione analogica dell'art. 35, co. 4, l. Tar.

La norma prevede la rapida fissazione di ufficio dell'udienza di prosecuzione del giudizio, quando la sentenza del Tar è annullata con rinvio da parte del Consiglio di Stato.

La tesi dell'estensione della norma al caso di prosecuzione del giudizio dopo una sospensione non ha finora avuto applicazione da parte della giurisprudenza.

Essa si presta alle seguenti obiezioni:

- a) in considerazione del tempo trascorso per la fase per cui dura la sospensione, e dell'esito della causa o dell'incidente pregiudiziale, è opportuno che sia la parte interessata a chiedere la fissazione di udienza, manifestando così il suo interesse alla prosecuzione del giudizio (interesse che potrebbe anche venire meno, alla luce del contenuto della pronuncia pregiudiziale della Corte cost., della C. Giust. CE, della Corte di Cassazione, o di altro giudice che decide la questione pregiudiziale);
- b) la disposizione dell'art. 35, co. 4, è dettata per un caso in cui il processo non ha subito una sospensione;
- c) la disposizione è dettata per il caso specifico in cui il processo si era già concluso con sentenza, e la sentenza è stata annullata con rinvio;
- d) la disposizione si riferisce solo al giudizio di primo grado, mentre un problema di prosecuzione del giudizio a seguito di una sospensione si pone anche in grado di appello;
- e) il processo amministrativo è retto dall'impulso di parte, per cui le norme che prevedono impulsi di ufficio sono di stretta interpretazione e non possono essere estese analogicamente.

7. Così risolta la questione di diritto, se ne desume che nel caso di specie, vertendosi in materia sottoposta al rito speciale dell'art. 23-bis, l. Tar, l'atto di impulso di parte andava effettuato entro tre mesi dalla notizia legale dell'ordinanza delle sezioni unite della Cassazione, e dunque entro il 17 maggio 2006. L'atto, proposto solo il 26 maggio 2006, è pertanto tardivo.

8. Né può condividersi la tesi di parte appellante secondo cui essendovi stata una fissazione di ufficio dell'udienza, l'impulso di parte non era necessario, o comunque vi sarebbe stato uno slittamento in avanti della decorrenza del termine di tre mesi.

Invero, laddove si richieda un impulso di parte per la prosecuzione del giudizio (sia esso un'istanza di fissazione o una riassunzione), tale impulso di parte non può essere validamente sostituito da un'iniziativa di ufficio, idonea ad impedire decadenze. La soluzione negativa si impone in ossequio sia al principio dispositivo che a quello del contraddittorio e della parità delle parti.

Pertanto nella specie la fissazione d'ufficio dell'udienza di discussione è tamquam non esset e non ha impedito la decadenza già verificatasi.

9. Ritenuto tardivo l'atto di impulso di parte, occorre tuttavia valutare se ricorrono i presupposti per la rimessione in termini, riconosciuto l'errore scusabile.

9.1. Nonostante ne sia stato espressamente richiesto, il Tar ha negato la concessione dell'errore scusabile, ritenendo non esservi contrasto interpretativo, alla luce della plenaria n. 5/2002.

La plenaria n. 5/2002 riguarda, tuttavia, solo l'ambito del dimezzamento dei termini processuali nel rito dell'art. 23-bis, l. Tar.

L'errore scusabile era stato invece invocato sul presupposto delle incertezze giurisprudenziali sulla diversa questione

dei termini di prosecuzione del processo dopo la sua sospensione, questione controversa a prescindere da quella del dimezzamento nel rito speciale.

Ora, il Tar ha mostrato piena consapevolezza delle diverse tesi giurisprudenziali sulla questione principale, e ha accolto una tesi nuova nel panorama giurisprudenziale, applicando analogicamente l'art. 24, l. Tar.

Avrebbe, pertanto, dovuto concedere l'errore scusabile, non solo in considerazione del contrasto di giurisprudenza e della tesi nuova seguita nel caso specifico, ma anche in considerazione dell'equivoco oggettivamente ingenerato dalla segreteria e dal Presidente del Tar, essendo stata fissata d'ufficio l'udienza di prosecuzione, facendo ragionevolmente confidare la parte nella non necessità di un impulso privato.

9.2. L'errore scusabile può essere concesso d'ufficio, e anche in grado di appello, e il Collegio ritiene di poterlo concedere in questa sede.

Nella specie, non occorre tuttavia annullare la sentenza e rinviare al Tar. Invero, l'annullamento della sentenza di primo grado con rinvio per mancata concessione dell'errore scusabile viene ordinariamente disposto quando il giudice di appello concede l'errore scusabile in luogo del giudice di primo grado e rimette la parte in termini per compiere una attività necessaria in primo grado, quale l'integrazione del contraddittorio, non svolta a causa del diniego di rimessione in termini (Cons. St., sez. V, 24 maggio 2004 n. 3358; Cons. St., sez. V, 1 marzo 2000 n. 1069; Cons. St., sez. V, 25 novembre 1998 n. 1713).

Nel caso di specie, invece, l'atto di impulso di parte per proseguire il processo è stato già posto in essere, ancorché con un ritardo di pochi giorni, sicché non occorre, ad avviso della Sezione, rinnovare l'atto, ma solo riconoscere la scusabilità del ritardo.

Va poi osservato che pacificamente questo Consesso ritiene che la causa vada decisa nel merito, senza annullare la sentenza con rinvio, quando il giudice di primo grado dichiara erroneamente il ricorso irricevibile, inammissibile, decaduto, come nella specie (Cons. St., ad. plen., 6 giugno 1990 n. 5; Cons. St., ad. plen., 26 ottobre 1979 n. 25; Cons. St., ad. plen., 4 luglio 1978 n. 20; Cons. St., ad. plen., 30 giugno 1978 n. 18).

In termini generali, ove vi siano casi limite in cui è dubbio se la sentenza di primo grado vada annullata con rinvio, ovvero se la causa vada trattenuta per essere decisa nel merito dal giudice di appello, i criteri guida per la soluzione del dubbio devono essere quello della tutela del contraddittorio e quello della celerità del giudizio in ossequio al principio di ragionevole durata.

Pertanto, ove non vi sia lesione del contraddittorio e del diritto di difesa, va privilegiata la soluzione che garantisce il più celere svolgimento del processo.

Nel caso di specie, la definizione del giudizio nel merito da parte del giudice di appello, senza rinvio al Tar, non pregiudica il contraddittorio e il diritto di difesa, garantendo al contempo la maggiore celerità del giudizio.

10. Ritenuto scusabile il ritardo commesso dalla parte, e ritenuto che il ricorso vada deciso nel merito, da parte del Consiglio di Stato senza rinvio al Tar, occorre passare all'esame del merito.

Ad avviso della Sezione nel caso specifico il merito va deciso in modo vincolato e consequenziale alle statuizioni

delle sezioni unite, ancorché si tratti di statuizioni formulate ai fini del regolamento di giurisdizione.

E' vero, infatti, che quando la Cassazione decide sulla giurisdizione, le sue statuizioni non pregiudicano il merito (art. 386 c.p.c.), tuttavia, nel caso specifico, per il peculiare modo di atteggiarsi della giurisdizione sui pubblici appalti (ancorata a nozioni soggettive e oggettive di natura sostanziale), la Cassazione, per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sul processo in esame, ha operato qualificazioni giuridiche oggettive e soggettive che sono vincolanti nel giudizio di merito, non potendo essere sconfessate senza negare la giurisdizione del giudice amministrativo, che però è stata affermata dalla Cassazione in modo vincolante.

Infatti la Cassazione per affermare la giurisdizione del g.a. ha sostenuto che la A. è un organismo di diritto pubblico, tenuto a seguire procedure di evidenza pubblica nell'affidamento dei propri appalti, e che il contratto da essa stipulato con L. rientra nel novero degli appalti di servizi soggetti al d.lgs. n. 157/1995.

Le due affermazioni implicano, in tal modo, la soluzione non della sola questione di giurisdizione, ma anche delle questioni di merito controverse, che si incentrano, appunto, sull'illegittimità dell'affidamento a trattativa privata in luogo dell'indizione e affidamento con procedura di evidenza pubblica.

E' stato dunque già acclarato che la A., in quanto organismo di diritto pubblico, dovesse seguire una procedura di evidenza pubblica, avendo il contratto posto in essere tutti i connotati di un appalto di servizi, ancorché presentasse pure profili della sponsorizzazione (che comunque non è tipo contrattuale diverso dall'appalto comunitario, ma pur sempre ad esso riconducibile).

Non è mai stato contestata l'applicabilità del d.lgs. n. 157/1995 sotto il profilo dell'importo contrattuale posto a base dell'appalto.

Ma anche ove l'importo fosse inferiore alla soglia comunitaria prevista dal citato d.lgs., si imporrebbe comunque, in ossequio alla giurisprudenza comunitaria, il rispetto dei principi del Trattato CE a tutela della concorrenza, che impongono comunque di seguire procedure di evidenza pubblica.

Il ricorso di primo grado va pertanto accolto dovendosi affermare l'illegittimità dell'affidamento diretto a trattativa privata di un contratto che doveva invece seguire procedure di evidenza pubblica.

Avendo nel frattempo il contratto avuto integrale esecuzione, le ragioni della società ricorrente possono trovare soddisfazione solo mediante tutela risarcitoria per equivalente.

11. Residua, pertanto, solo la risoluzione della questione di merito in ordine all'an e al quantum del richiesto risarcimento del danno.

11.1. Sussiste, ad avviso del Collegio, la responsabilità dell'amministrazione, sotto il profilo della colpa, non ravvisandosi situazioni di oggettiva incertezza o oscurità normativa.

11.2. Il danno consiste nella perdita della chance di partecipazione e di vittoria che la ricorrente avrebbe potuto spendere se fosse stato bandito un pubblico appalto.

11.3. La chance è ristorabile ogni qualvolta la possibilità di vittoria sia seria, anche se non necessariamente superiore al 50% (Cass., sez. lav., 13 giugno 1991 n. 6657).

11.4. Il danno da perdita di chance può essere liquidato solo in via equitativa, avuto riguardo al grado di probabilità che la società ricorrente avrebbe avuto di aggiudicarsi la gara ove la stessa fosse stata bandita, secondo il criterio civilistico che determina il danno da perdita di occasione favorevole in via equitativa in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta.

11.5. In particolare, la giurisprudenza ha osservato che il risarcimento per equivalente della perdita di chance viene quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara o concorso (Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6281).

11.6. La tecnica del risarcimento per equivalente della perdita di chance - mediante determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara o concorso - è di complessa applicazione quando una gara non c'è mai stata, - come accade nel caso di specie, di illegittimo affidamento a trattativa privata - sicché occorre ipotizzare in via di medie e presunzioni quale sarebbe stato il numero presumibile di partecipanti alla gara, se gara vi fosse stata, e di dividere l'utile presumibile di impresa per il numero presuntivo di partecipanti: il quoziente costituisce la misura del danno risarcibile (Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6281).

11.7. Data la situazione di incertezza in ordine al possibile esito favorevole di una gara che non c'è mai stata e che non può più esserci, si deve consentire nella specie solo il ristoro della perdita della chance di vittoria, con criteri equitativi.

Si deve invece escludere il ristoro di altri voci di danno quali i costi di partecipazione alla gara (mai sostenuti), o il danno all'immagine professionale o il danno curriculare, nel caso di specie così ipotetici e privi di prova da sfuggire anche alla logica della perdita di chance.

11.8. In applicazione dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, la Fondazione A. dovrà formulare alla parte appellante una proposta di risarcimento per equivalente quantificato secondo i criteri che seguono.

Anzitutto occorrerà quantificare l'utile annuo in base al contratto affidato a trattativa privata a L., moltiplicato per il numero di anni di prevista durata del contratto. Occorrerà tener conto del periodo di durata del contratto originariamente pattuito, e non anche di eventuali proroghe o rinnovi. L'utile va quantificato in via equitativa e forfetaria sulla base delle risultanze del contratto stipulato, tenendo conto delle somme complessivamente pagate dalla Fondazione a L. e ipotizzando un utile forfetario del dieci per cento rispetto a tali somme; non si terrà invece conto, stante l'utilizzo del criterio equitativo, né dell'utile in termini di ritorno pubblicitario, di difficile e opinabile quantificazione in questa fase, né dell'utile effettivamente conseguito da L., né dell'utile conseguito dalla società appellante nel precedente contratto di cui era titolare.

L'importo così quantificato andrà diviso per dieci, atteso che il Collegio ipotizza una possibile partecipazione alla gara di dieci concorrenti, se gara vi fosse stata, e dunque

quantifica nel 10% la possibilità di vittoria di parte appellante.

L'utile forfetario del 10%, dopo essere stato diviso per dieci, e dunque abbattuto del 90%, dovrà subire un ulteriore abbattimento del 50%, dovendosi detrarre dal mancato utile l'aliunde perceptum o percipiendum.

Infatti è ragionevole ritenere che la società appellante durante il periodo di vigenza del contratto tra Accademia e L., abbia utilizzato e mezzi e maestranze in altri appalti, o avrebbe potuto impiegarli con la dovuta diligenza professionale (Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2763; Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007 n. 1114; Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2006 n. 6059).

11.9. In sintesi, A. dovrà seguire i seguenti criteri:

a) determinazione delle somme complessivamente erogate a L. durante il periodo originariamente pattuito di vigenza del contratto; quantificazione dell'utile nella misura forfetaria del 10% di tali somme;

b) divisione dell'importo sub a) per dieci;

c) abbattimento del 50% dell'importo sub b).

11.10. La proposta andrà formulata dall'A. alla società appellante entro sessanta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza.

12. Nei suesposti termini l'appello va accolto.

Le spese di lite vanno poste a carico della Fondazione A. in favore dell'appellante, e vengono liquidate, per il doppio grado di giudizio, in complessivi euro settemila (7.000).

Tra l'appellante e la controinteressata le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso di primo grado, condanna la Fondazione A. al risarcimento del danno per equivalente da liquidarsi in via equitativa, ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, secondo i criteri di cui in motivazione.

Condanna la Fondazione al rimborso delle spese di lite in favore dell'appellante, nella misura complessiva di euro 7.000 (settemila) per il doppio grado di giudizio.

Compensa le spese tra l'appellante e la controinteressata.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 aprile 2009, con la partecipazione di:

Giovanni Ruoppolo	- Presidente
Paolo Buonvino	- Consigliere
Rosanna De Nictolis	- Consigliere relatore ed estensore
Maurizio Meschino	- Consigliere
Roberto Chieppa	- Consigliere