

N. 03187/2014REG.PROV.COLL.
N. 01437/2014 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1437 del 2014, proposto da:

Arga Medicali S.r.l.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Giuseppe Di Gravio Gizzi, in Roma, via Anapo n. 29;

contro

- Regione Calabria,

in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Naimo, con domicilio eletto presso Graziano Pungi, in Roma, via Ottaviano n. 9;

- Autorità Regionale Unica Appaltante S.U.A. Calabria,

non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

Formedical Co. Srl e Grifols Italia Spa,

non costituitesi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO - SEZIONE

II n. 00248/2014.

Visto il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2014, il Cons.

Roberto Capuzzi;

Uditi per le parti, alla stessa camera di consiglio, gli avvocati Verbaro e Naimo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società odierna appellante esponeva con ricorso in ottemperanza davanti al Tar Calabria, sede di Catanzaro:

- che in data 2-3 maggio 2012 era stata esclusa dalla procedura aperta per la fornitura in service di sistemi per gruppi sanguigni, sacche, prodotti per donazioni, trasfusioni per violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2006, in quanto, nella documentazione prodotta dalla ditta ausiliaria soc. Fresenius, la commissione di gara riscontrava l'assenza delle dichiarazioni "*di molti procuratori special?*";

- che il detto provvedimento di esclusione era impugnato davanti al Tar Calabria, sede di Catanzaro, il quale accoglieva l'istanza di sospensione cautelare con ordinanza n. 380 del 20.7.2012 con conseguente riammissione con riserva della ricorrente per la prosecuzione della gara, ordinanza confermata dal Consiglio di Stato con pronuncia n. 3546 dell'1.9.2012;
- che con sentenza n. 127 del 6.2.2013 il Tar adito accoglieva il ricorso con annullamento del provvedimento di esclusione e conferma della riammissione alla gara, ritenendo che i procuratori speciali della società ausiliaria Fresenius non avessero l'obbligo di presentare la dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006;
- che, interposto appello da parte della Regione Calabria, il Consiglio di Stato, senza pronunciarsi sulla richiesta di sospensione, fissava la udienza di merito per il giorno 3.5.2013;
- che nelle more della definizione dell'appello la Regione Calabria, in data 12.4.2013, depositava nel giudizio avanti al Consiglio di Stato *“verbale di seduta riservata dei giorni 5 e 8 aprile 2013”*, dal quale risultava che la Commissione, a seguito di riesame della documentazione amministrativa di Fresenius, aveva ritenuto che *“a parte i procuratori speciali, diversi membri del Consiglio di Amministrazione risultano amministratori muniti di potere di rappresentanza....”*, concludendo, quindi, per la nuova esclusione dalla gara della ricorrente, per la mancanza di tutte le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 da parte dell'ausiliaria Fresenius;
- che all'udienza del 3.5.2013 il Consiglio di Stato disponeva

incombenti istruttori, rinviando la decisione al 17.10.2013;

-che l'operatività della sentenza del Tar Calabria n. 127/2013 risultava ostacolata dal nuovo verbale di esclusione e che detta esclusione, con inammissibile integrazione postuma della motivazione da parte regionale, costituiva una palese violazione e voluta elusione della richiamata pronuncia, posta strumentalmente in essere per interferire con la medesima e con il giudizio pendente dinanzi al Consiglio di Stato; evidenziava, altresì, che detta integrazione motivazionale consisteva nel riesame di un'attività già esaurita, non incideva su questioni certe e assodate ma su aspetti aperti a più interpretazioni, era intervenuta due settimane prima dell'udienza finale di discussione del ricorso davanti al giudice di appello impedendo in tal modo ogni possibilità di difesa; proprio le modalità e la tempistica di adozione dell'atto dimostravano la strumentalità dell'azione amministrativa; ingiustificata, inoltre, era la decisione di "riesumere" un procedimento da tempo concluso quale quello dell'esame della documentazione amministrativa, essendo la gara arrivata a conclusione anche con l'apertura delle offerte, pur in presenza di una sentenza esecutiva; palesemente forzata era la decisione di esclusione, non derivante dalla conoscenza di nuovi atti o documenti ma espressione di una vera e propria integrazione postuma della motivazione iniziale;

- la ricorrente precisava che la Commissione aveva errato perché il richiamato art. 38 fa riferimento "*agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza*", per cui, al cospetto di un assetto societario della soc. Fresenius in cui è previsto un amministratore delegato, irrilevante

sarebbe la presenza di altri consiglieri di amministrazione; la riedizione del potere, discrezionale, ma non vincolato da parte dell'Amministrazione era, dunque, diretta esclusivamente a conseguire l'obiettivo, negato dalla sentenza del Tar, di escludere ad ogni costo la ditta ricorrente dalla gara.

- che la sentenza n. 127/2013, nell'annullare il provvedimento di esclusione, aveva attribuito alla ricorrente il bene della vita costituito dalla partecipazione alla gara e quindi la rinnovazione dell'esclusione si sarebbe posta in violazione della detta sentenza, in quanto volta a perseguire esiti corrispondenti a quelli ritenuti illegittimi dalla sentenza medesima;

In via subordinata la ricorrente chiedeva, ove non si fosse ritenuto di aderire alla prospettata ipotesi di elusione della sentenza non sospesa, la conversione del rito ex art. 32 c.p.a. in "ordinario", proposto per l'impugnazione del verbale riservato del 5-8-aprile 2013, di cui denunciava i seguenti vizi di legittimità:

- a. violazione del principio di buona fede e affidamento. Sviamento;
- b. violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento;
- c. violazione dei principi in materia di riesame e autotutela per mancata ponderazione dei contrapposti interessi e per la mancata motivazione in ordine all'interesse pubblico;
- d. sulla pretesa omessa dichiarazione di amministratori della ditta ausiliaria Fresenius: l'obbligo di presentare le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006 non riguarda le ditte che partecipano quali ausiliarie;

e. irrilevanza della questione sottesa al nuovo provvedimento d'esclusione. Omesso esercizio del potere di soccorso;

f. assenza dell'obbligo di presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. 163/2006 da parte di tutti i consiglieri d'amministrazione.

Si costituiva in giudizio la Regione Calabria, chiedendo il rigetto del ricorso perché improcedibile, inammissibile e/o infondato.

Con motivi aggiunti depositati in data 19.6.2013 la società ricorrente impugnava i verbali del 27 e 30 maggio 2013, con i quali la Regione Calabria SUA reiterava e confermava la esclusione dalla gara operata con il verbale di seduta riservata dei giorni 5 e 8 aprile 2013.

In particolare la ricorrente evidenziava che con il nuovo verbale del 30 maggio 2013 era ribadita l'esclusione di Arga Medicali in quanto la ditta ausiliaria Fresenius Kabi non aveva reso tutte le dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. b), c) ed m-ter) del d.lgs. 163/2006, precisandosi che: *“Nella seduta riservata del 27 maggio 2013, il Seggio di gara, dopo attenta disamina del ricorso presentato, conferma le proprie decisioni già espresse nel verbale di sedute riservate del 5 e 8 aprile 2013, non ravvedendo le motivazioni addotte a sostegno del ricorso e confermando la validità di quanto indicato nell'art. 6 del disciplinare di gara circa l'istituto dell'avvalimento”*.

La ricorrente, evidenziata l'inutilità dei nuovi verbali, meramente confermativi di quanto già in precedenza disposto, riproponeva le ragioni già esposte con il ricorso introduttivo, sia sotto il profilo della elusione della sentenza n. 127/2013 del Tar, sia, in via subordinata, sotto il profilo della illegittimità dei nuovi verbali di esclusione.

Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 19 luglio

2013, la ricorrente impugnava, previa sospensione cautelare, ai fini della dichiarazione di inefficacia ex art. 114 lett. c) c.p.a., in quanto emessi in elusione della sentenza n. 127 del 6.2.2013, il decreto del dirigente SUA n. 9390 del 27 giugno 2013 con cui “*si è proceduto all’aggiudicazione dei lotti relativi alla gara in oggetto*”, nonché i verbali già impugnati con il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti.

Successivamente, con memoria depositata in data 19.12.2013, la ricorrente evidenziava che il Consiglio di Stato, con sentenza n. 5694 del 28 maggio 2013, aveva confermato la pronuncia n. 127/2013 del Tar in ordine alla illegittimità del primo provvedimento di esclusione. Replicava la Regione Calabria contestando le argomentazioni del ricorso e dei motivi aggiunti.

Il Tar, dopo avere premesso che il giudizio contemplava un’azione riconducibile ad un giudizio di ottemperanza ex art. 114, co. 4, lett. c), c.p.a., ed un’azione, alternativa e subordinata, di annullamento, richiamava il contenuto della Adunanza Plenaria n. 2 del 2013, che ha chiarito che, nell’ipotesi dell’instaurazione di due distinti giudizi, il giudice è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all’ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell’azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorii.

Nel caso in esame, il Tar riteneva che il provvedimento di nuova

esclusione dalla gara, di cui al verbale dei giorni 5 e 8 aprile 2013 (successivamente confermato dagli ulteriori atti impugnati con motivi aggiunti), non si ponesse in elusione della sentenza n. 127/2013 passata in giudicato a seguito della conferma del Consiglio di Stato, atteso che il provvedimento medesimo risultava essere stato assunto nell'ambito di quei poteri che costituiscono espressione della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione, i quali, pur a seguito della pronuncia demolitoria, residuano in capo alla medesima, all'interno del procedimento amministrativo. Il provvedimento di esclusione, infatti, si fonda sull'obbligo di dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 in capo ai membri del consiglio di amministrazione muniti di poteri di rappresentanza della società ausiliaria, ch'è dichiarazione obiettivamente diversa ed autonoma rispetto a quella censurata con il ricorso che aveva condotto alla pronuncia n. 127/2013 e ciò a prescindere da ogni valutazione, da compiersi nella naturale sede del giudizio ordinario di cognizione, relativamente alla correttezza e legittimità dei presupposti e delle ragioni giuridiche che esprimono la motivazione stessa.

Pertanto il Tar rigettava la domanda ex art. 114, co. 4, c.p.a., mentre riteneva che la trattazione della domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati dovesse avvenire con rito ordinario, per cui disponeva, previa conversione del rito, la rimessione a ruolo della causa per la trattazione in udienza pubblica, che fissava per il giorno 11 luglio 2014.

Nell'atto di appello la società premette che la sentenza ha risolto una

questione di natura cognitoria; all'uopo richiama la giurisprudenza secondo la quale le decisioni adottate in sede di ottemperanza sono inappellabili solo se contengono disposizioni meramente attuative del giudicato mentre quando risolvono questioni di natura cognitoria, in rito o in merito, sono soggette all'appello.

Nel merito deduce la erroneità della sentenza in quanto:

- i nuovi verbali adottati dalla amministrazione, che portavano alla esclusione della società per violazione dell'obbligo di dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti da parte dei membri del consiglio di amministrazione muniti di potere di rappresentanza, integravano una evidente elusione del giudicato, aggirandolo e giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo con sentenze aventi la forza del giudicato;

-la Adunanza Plenaria n.2/2013 ha ritenuto che la riedizione del potere deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli al fine di non vanificare la portata del giudicato; inoltre la giurisprudenza ha sottolineato che alla amministrazione è inibito di modificare in senso peggiorativo le valutazioni a suo tempo effettuate ed il giudicato non restituisce alla amministrazione il suo ampio potere, ma la rivalutazione rimane circoscritta ai punti oggetto di specifiche statuizioni dovendo considerarsi cristallizzati gli aspetti non controversi del precedente giudizio (Cons. Stato, IV, 2 dicembre 2013 n.5727; 17 gennaio 2013 n.275; 356 del 22 gennaio 2013);

-i requisiti di partecipazione della ricorrente erano stati esaustivamente esaminati nella seduta del 3 maggio 2012, durante la

quale la commissione aveva ritenuto mancante la sola dichiarazione di alcuni procuratori speciali e non quella degli amministratori con poteri rappresentanza; la nuova esclusione di cui alla seduta riservata del 5-8 aprile 2013 è derivata non da documentazione nuova, vista e valutata per la prima volta, ma dalla asserita mancanza degli originari requisiti di partecipazione, che la commissione aveva ritenuto sussistenti nella seduta del 3 maggio 2012;

-non si tratta quindi di poteri residuali, ma di poteri già esercitati e riaperti, finalizzati a contrastare gli effetti della sentenza del Tar ed a condizionare l'esito del giudizio di appello come verrebbe reso evidente dalla cronologia in cui erano intervenuti i nuovi atti della commissione, a ridosso peraltro dalla fase della aggiudicazione;

-è mancata una attività istruttoria, la partecipazione procedimentale della società, la indicazione dell'interesse per l'esercizio del potere di autotutela;

-per l'effetto devolutivo dell'appello e per esigenze di garanzia della effettività degli strumenti di tutela giurisdizionale, specie in sede esecutiva, opererebbe il principio generale della ritenzione della causa da parte del Consiglio di Stato senza rinvio al primo giudice.

Si è costituita la Regione Calabria deducendo:

-la competenza per la esecuzione della sentenza di primo grado, confermata in appello, è del Tar ai sensi dell'art. 113 c.p.a.;

-i nuovi provvedimenti attengono alla omissione relativa alle dichiarazioni degli amministratori con poteri di rappresentanza, aspetto che non era stato preso in esame nella sentenza del Tar

confermata in appello;

-non vi è stata violazione del giudicato, ben potendo l'amministrazione sollevare, all'esito dell'annullamento del precedente provvedimento, la questione dell'omessa produzione da parte dei componenti del consiglio di amministrazione della dichiarazione ex art. 38 codice dei contratti;

- la stazione appaltante non aveva il potere di consentire di integrare ex art. 46 del codice dei contratti la insufficiente documentazione già prodotta dalla ricorrente, in violazione della *par condicio* delle imprese partecipanti;

-anche la Corte di Giustizia ha fissato il principio che spetta alla amministrazione aggiudicatrice osservare i criteri da essa stessa fissati a pena di esclusione (sent. 10 ottobre 2013 causa C-336/12 punto 40; conforme Cons. Stato, Sez. III, 14 dic. 2011 n.6569; 2 luglio 2013 n.3550).

- l'art. 43 della direttiva 2004/18 (che l'art. 46 del codice dei contratti recepisce), riguarda il contenuto dei verbali ed è estraneo al contenuto della norma nazionale, l'art. 51 della Direttiva prevede che l'amministrazione può invitare gli operatori economici ad integrare o chiedere i certificati o documenti presentati ai sensi degli artt. da 45 a 50, ma nei limiti chiariti dalla pronunzia della Corte di Giustizia del 10 ottobre 2013: pertanto la appellata chiede che vengano rimesse alla Corte di Giustizia ex 267 par. 3 TFUE le seguenti questioni:

a) *“se l'art. 45 della Direttiva 2004/18 vada interpretato nel senso che i Consiglieri di Amministrazione della Società di capitali, che abbia optato nel*

proprio Statuto per il sistema di amministrazione collegiale tramite Consiglio di Amministrazione, debbano essere considerate “persone che esercitano potere di rappresentanza”, anche in caso di nomina di Amministratore Delegato, tenuto conto del diritto interno ed in particolare degli artt. 2381 e 2392 del c.c.”;

b) *“se l’art. 51 della direttiva 2004 /18 e altre disposizioni del diritto comunitario, come ad esempio i principi di trasparenza e parità di trattamento, debbano interpretarsi nel senso che ostano ad una normativa statale, quale l’art. 46 del d.lgs. 163/06, per come interpretato in sede giurisdizionale con la pronuncia n.21/12 dall’A.P., che impone alla Stazione appaltante di chiedere ai partecipanti ulteriore documentazione, o di valutare ex post la sostanziale assenza di pregiudizio penale pure in caso di omessa produzione-sanzionata a pena di esclusione- delle relative dichiarazioni, ed anche in ipotesi quale quella della causa principale, ove l’omissione riguarda i Consiglieri di Amministrazione del C.d.a. di Società di capitali che ha optato per il sistema di amministrazione collegiale tramite Consiglio di Amministrazione”;*

c) *“ se in caso di pronunciamento positivo sui primi due quesiti, o anche sul primo di essi, possa il giudice nazionale e segnatamente il giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato formatosi sulla vicenda in oggetto e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario”.*

Alla camera di consiglio dell’ 8 maggio 2014, dopo la discussione orale, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Va premesso che in tema di ricorso per l’ottemperanza, ai sensi

dell'art. 113, co. 1, c.p.a., il criterio dirimente della competenza va ricercato nel dispositivo della sentenza di secondo grado, che, ove si limiti semplicemente a rigettare l'appello, varrà a radicare il giudizio di ottemperanza presso il Tar, qualora invece contenga statuizioni che evidenzino uno scollamento dal percorso motivazionale e, conseguentemente, dal dispositivo della decisione gravata e nei casi in cui emergano formule come *”respinto con diversa motivazione”*, comporterà l'attribuzione della competenza per il giudizio di ottemperanza al Consiglio di Stato.

Nel caso in esame, in cui la sentenza di secondo grado si è limitata a confermare quella del Tar n. 127/2013, con motivazione che ha lo stesso contenuto dispositivo e conformativo della sentenza di primo grado, la competenza è stata esattamente radicata dalla appellante davanti al Tar, mentre l'adito giudice d'appello ne conosce in quanto investito in sede d'impugnazione della sentenza di primo grado; peraltro le questioni da trattare nel presente giudizio, in quanto inerenti i limiti del potere di riedizione da parte della amministrazione conseguenti all'annullamento disposto giurisdizionalmente, esulano dai concreti meccanismi ordinatori ed attuativi del giudicato, questi ultimi rimessi alla esclusiva competenza del Tar.

Nel merito la questione sostanziale dell'odierno giudizio è quella di verificare se il provvedimento di nuova esclusione dalla gara disposto dalla amministrazione, di cui al verbale dei giorni 5 e 8 aprile 2013 (successivamente confermato dagli ulteriori atti impugnati dalla appellante in primo grado con motivi aggiunti), non si ponga in

elusione della sopradetta sentenza Tar n. 127/2013 passata in giudicato a seguito della conferma del Consiglio di Stato.

Il Tar ha richiamato i principi posti dalla sentenza della Adunanza Plenaria n. 2 del 15 gennaio 2013, ritenendo che la nuova disposta esclusione dalla gara sia stata assunta nell'ambito di quei poteri che costituiscono espressione della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione, i quali, pur a seguito della pronuncia demolitoria, residuano in capo alla medesima, all'interno del procedimento amministrativo.

Per il Tar i nuovi provvedimenti di esclusione si fondano sull'obbligo di dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 dei membri del consiglio di amministrazione muniti di poteri di rappresentanza della società ausiliaria Fresenius e dunque su una motivazione obiettivamente diversa ed autonoma rispetto a quella censurata con il ricorso che aveva condotto alla pronuncia n. 127/2013, limitata alla mancanza della dichiarazione, sempre ex art. 38 del codice dei contratti, dei procuratori speciali, rimanendo peraltro impregiudicata ogni valutazione da compiersi nella naturale sede del giudizio ordinario di cognizione relativamente alla correttezza e legittimità dei presupposti e delle ragioni giuridiche alla base della nuova motivazione.

Secondo il Tar, la rivalutazione in sede procedimentale di elementi pur in precedenza già valutati non sarebbe di per sé idonea a qualificare come elusiva della sentenza passata in giudicato la nuova attività valutativa posta in essere, dovendo, quest'ultima, essere esaminata sotto il profilo della legittimità dei relativi presupposti, in

relazione al potere, eventualmente anche di autotutela, esercitato dall'amministrazione, alla luce e nell'ambito delle censure formulate dall'interessato.

La Sezione ritiene di dover condividere tali argomentazioni del Tar in quanto conformi ai principi desumibili dalla prevalente giurisprudenza sui limiti, da parte della amministrazione, del potere di riedizione e di nuova valutazione conseguente all'annullamento giurisdizionale.

Va premesso che uno dei principi cardine del nostro processo amministrativo è quello che l'atto annullato giudizialmente può essere reiterato dall'Amministrazione, riacquistando la stessa il proprio potere discrezionale sulla questione controversa, sempre che il nuovo atto non riproduca i vizi del precedente annullato (*ex plurimis* Cons. Stato, III, 26.3.2012, n. 1714; IV, 06.03.2012, n. 1261; VI, 10.3.2011, n. 1545).

Poiché in teoria l'amministrazione potrebbe pronunciarsi un numero di volte, sia pure in astratto, infinito sullo stesso affare ponendo ogni volta a sostegno del nuovo provvedimento fatti nuovi (in quanto non precedentemente esaminati) con l'effetto che verrebbe vanificata la portata accertativa e conformativa di ogni decisione, a fronte delle contrapposte esigenze che vengono in rilievo (da un lato, della amministrazione, di determinarsi nuovamente a seguito di un giudicato di annullamento, dall'altro, dell'amministrato, di conseguire il bene della vita cui aspirava con il giudicato di annullamento), la giurisprudenza amministrativa ha da tempo individuato, in via pretoria, la necessità che la controversia fra l'amministrazione e

L'amministrato trovi una soluzione definitiva, impedendo che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, formalmente conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato.

E' stato così escluso che ogni questione insorta dopo la formazione del giudicato attenga all'ambito dell'esecuzione dello stesso e dunque alla cognizione del giudice dell'ottemperanza, ma nel contempo è stato imposto all'Amministrazione, dopo un giudicato di annullamento da cui derivino margini di riedizione del potere, di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, in seguito non potendo più tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati. (Cons. Stato, V, 6 febbraio 1999, n. 134; IV, 5 agosto 2003, n. 4539; VI, 09 febbraio 2010, n. 633).

Come è stato anche di recente ribadito, tale principio viene a contemperare esigenze all'apparenza inconciliabili e cioè la forza della *res indicata* e la funzione ed utilità di quest'ultima, la continuità del potere amministrativo ex art. 97 della Costituzione ed il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 della Costituzione medesima; si è altresì osservato che nell'ordinamento italiano non trova riconoscimento la teoria c.d. del "*one-shot*" (una sola *chance*) viceversa ammessa in altri ordinamenti, principio che nel sistema italiano è stato temperato accordandosi all'amministrazione due "*chances*", con l'effetto che l'annullamento di un provvedimento

amministrativo a carattere discrezionale, che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, non determina la sicura soddisfazione del bene della vita ambito, obbligando semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza, potendo essa, quantomeno in sede di prima riedizione del potere e per una sola volta, evidenziare ulteriori elementi preclusivi, "facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento dell'istanza del privato" (così, da ultimo, Cons. Stato, IV, 4 marzo 2014, n. 1018).

Nel caso in esame è quindi evidente che la stazione appaltante poteva una volta per tutte sollevare nel corso del procedimento, all'esito dell'annullamento del precedente provvedimento (che, si ripete concerneva solo la omessa produzione della dichiarazione, ex art. 38 del codice dei contratti dei procuratori speciali), la diversa questione della omessa produzione della dichiarazione stessa da parte dei componenti del consiglio di amministrazione, mentre l'annullamento disposto giudizialmente sulla prima questione non pregiudicava l'ulteriore pronuncia assunta, la cui legittimità, peraltro, sarà autonomamente vagliata dal Tar in via ordinaria.

Il passaggio, richiamato dall'appellante, contenuto nella sentenza di appello n. 5694/2013 ("*..evidentemente avendo tenuto presente l'assetto societario della Fresenius che vedeva una amministratore delegato..cumulante in sé tutti i poteri di rappresentanza della società*") non rappresenta certo un limite insuperabile del giudicato, trattandosi di un mero *obiter dictum*

della sentenza, non invocabile al fine di sostenere la denunziata violazione del giudicato, in quanto inserito in un contesto in cui veniva appunto stigmatizzato che il limite del *petitum* concerneva la omessa dichiarazione dei soli procuratori speciali e che nulla era eccepito da parte della commissione con riguardo alla mancata dichiarazione degli amministratori con poteri di rappresentanza.

Gli altri profili dedotti dalla Regione Calabria, ed in specie le questioni pregiudiziali di rimessione alla Corte di Giustizia della Comunità Europea della normativa interna, in ipotesi, potranno trovare il loro esame in sede di ordinario giudizio di cognizione davanti al Tar, anche tenendo conto dei recentissimi sviluppi della giurisprudenza amministrativa di questo Consiglio di Stato in materia di interpretazione dell'articolo 38 del codice dei contratti (cfr. la ordinanza della Sezione Terza, n. 2214 del 29 aprile 2014 di rimessione alla A.P.).

In conclusione l'appello non merita accoglimento e la sentenza del Tar deve essere confermata.

Spese ed onorari del grado possono essere integralmente compensati tra le parti, alla luce della peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)