Le Sezioni unite della Corte di cassazione estendono il controllo sui "limiti esterni" della giurisdizione alle condizioni dell'azione di annullamento proposta davanti al G.A., configurando un diniego di giustizia (per manifesto contrasto con i principi espressi dalla Corte UE), nell'ipotesi di esclusione della legittimazione al ricorso in presenza di identiche censure contrapposte

Cass. civ., s.u., sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226 – Pres. Amoroso, Est. De Chiara

Giurisdizione e competenza – Ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione – Interpretazione della norma processuale amministrativa concernente una condizione dell'azione – Contrasto con l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia – Diniego di giustizia

Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in giudicando, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia». (1)

---

(1) I.- Il caso.

La pronuncia è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in sede di ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, 22 dicembre 2014, n. 6284 che ha confermato la legittimità dell'esclusione del raggruppamento appellante principale per vizi delle dichiarazioni relative ai requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 ed ha ribadito l'improcedibilità – già accertata in primo grado - dei motivi aggiunti, riproposti in appello, con cui veniva contestata l'ammissione alla gara del raggruppamento avversario, poi dichiarato aggiudicatario, motivi che dunque non ha esaminato nel merito; con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha precisato che non poteva trovare applicazione l'orientamento, favorevole all'esame di tutti i motivi di esclusione, riferiti a entrambe le parti concorrenti, assunto dall'Adunanza plenaria con la sentenza 25 febbraio 2014, n. 9 (in *Foro it*., 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI), non ricorrendo, infatti, una ipotesi di censure simmetricamente escludenti, riferita dal precedente in questione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, laddove, nel caso in esame, il rapporto verteva tra censure proposte con il ricorso principale (avverso il provvedimento di esclusione) e censure proposte con motivi aggiunti al ricorso principale (avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara alla contro interessata). Inoltre, l'interesse finale alla ripetizione della gara per effetto dell'esclusione di entrambi i concorrenti, a base dell'azione delle appellanti, non aveva corrispondenza con un dovere giuridico della stazione appaltante di disporre tale ripetizione, rientrante invece nel suo potere discrezionale. L'appello incidentale della aggiudicataria veniva conseguente dichiarato improcedibile.

La parte soccombente ha proposto ricorso per cassazione articolando due motivi.

In particolare, con il primo motivo, ha dedotto l'illegittimo rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale, posto in essere dal Consiglio di Stato ricusando di esaminare nel merito le questioni, già sollevate nel giudizio di primo grado con i motivi aggiunti, aventi ad oggetto la contestazione della sussistenza dei requisiti di ammissione alla gara, di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, in capo al raggruppamento a favore del quale era stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva.

E' stato lamentato il contrasto della decisione del Consiglio di Stato con il principio di diritto sancito, nella interpretazione dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, dalla Corte di giustizia 4 luglio 2013 C-100/12, *Fastweb* (in *Foro it.*, 2015, IV, 311, n. con nota di CONDORELLI), secondo la quale tale norma esclude cha l'esame del ricorso principale proposto da un concorrente contro l'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente sia precluso dall'accoglimento del ricorso incidentale con cui si deduca, fondatamente, che il ricorrente principale non doveva essere ammesso alla gara. Tale principio è stato confermato e precisato dalla successiva elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia UE sino alla recente sentenza Corte giust. UE, sez. VIII, 10 maggio 2017, n. C-131/16 *Archus* (oggetto della News US del 19 maggio 2017 cui si rinvia per ogni approfondimento circa i precedenti in tema della Corte di giustizia UE) che, in fattispecie identica a quella scrutinata dalla sezioni unite, ha affermato che "*La direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico*".

II.- La pronuncia delle Sezioni unite.

Le Sezioni unite hanno ritenuto fondato il ricorso dopo aver premesso un'ampia ricostruzione sulla nozione di vizio di difetto giurisdizione così come evolutivamente interpretata nella propria giurisprudenza.

In particolare hanno osservato che:

a) l'art. 111, ult. comma, Cost., ha introdotto un precetto di carattere limitativo del sindacato esercitabile dalla Corte di cassazione sulle sentenze dei giudici speciali in genere, consentito invece per qualsiasi «violazione di legge» dal penultimo comma del medesimo art. 111 Cost.. Nella giurisprudenza delle Sezioni unite è costante l'affermazione che il sindacato da esse esercitato sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ha per oggetto l'osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione, non già dei suoi limiti interni;

b) l'interpretazione tradizionale – definita statica – del vizio di difetto di giurisdizione si registra allorché il Consiglio di Stato abbia ecceduto l'ambito della propria giurisdizione invadendo quello della giurisdizione del giudice ordinario o di altro giudice speciale, o l'ambito riservato al legislatore o all'autorità amministrativa, o abbia esteso anche al merito il giudizio sull'atto amministrativo nei casi in cui il ricorso è consentito per soli vizi di legittimità, oppure, al contrario, abbia infondatamente negato di essere titolare del potere giurisdizionale sull'assunto che esso spetti al giudice ordinario o ad altro giudice speciale ovvero non spetti ad alcun giudice; le questioni di giurisdizione riguardano, cioè, il "riparto" oppure il "difetto assoluto" di giurisdizione, a seconda che si tratti dell'individuazione della magistratura competente o dell'inesistenza di una qualsiasi magistratura competente, per essere la controversia non risolvibile davanti a un giudice;

c) ai limiti interni della giurisdizione attengono in genere gli errori *in iudicando* o *in procedendo*, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali, che pertanto non costituiscono vizio attinente alla giurisdizione ancorché si siano concretati in violazioni dei principi del giusto processo consacrati nel novellato art. 111 Cost.;

d) ciò vale anche per le norme del diritto dell'Unione europea, la cui violazione, per giurisprudenza parimenti consolidata, non costituisce, in quanto tale, vizio attinente alla giurisdizione neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni interpretative relative ai trattati e agli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 FUE;

e) in epoca più recente, alla tradizionale interpretazione "statica" – propria delle disposizioni codicistiche – del concetto di giurisdizione rilevante ai fini dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si è andata affiancando una ulteriore interpretazione, "dinamica" o "funzionale", sottesa agli artt. 24, primo comma, 113, primo e secondo comma, Cost. e al primo comma dello stesso art. 111, come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2;

f) secondo tale più recente orientamento: «*attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce (…) non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio*»; sicché «*è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca*»; così Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254 (in *Foro it.*, 2009, I, 731, con nota di PALMIERI A., *id*., 2009, 10, I, 2721 nota di PAGNI; *Corriere giur*., 2009, 647, con nota di DI MAJO, PICOZZA; *Giornale dir. amm.*, 2009, 385 (m), con nota di TORCHIA; *Foro amm. CDS* 2008, 10, 2639 con nota di SATTA; *Dir. proc. amm*. 2009, 2, 460 con nota di GRECO; *Guida al diritto* 2009, 4, 64 con nota di FORLENZA; *Resp. civ. e prev*. 2009, 6, 1310 con nota di PATRITO) che sviluppa implicazioni delle precedenti ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 (in *Foro it.*, 2007, I, 3181, con note di DE NICTOLIS, LAMORGESE; *Dir. proc. amm*. 2006, 4, 1007 con nota di MALINCONICO e ALLENA; *Guida al diritto* 2006, 28, 48 con nota di CARUSO; *Corriere del merito* 2006, 8-9, 1096 con nota di MADDALENA) e 16 novembre 2007, n. 23741;

g) si precisa, al riguardo, che nonostante la nuova accezione dinamica, resta ferma, anche nella giurisprudenza di legittimità posteriore a Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008,

n. 30254, l'esclusione da tale categoria delle questioni attinenti alla mera violazione del diritto dell'Unione europea e dei principi del giusto processo;

h) alla regola della non estensione agli errori *in iudicando* o *in procedendo* del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia (Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327, con nota di OCCHETTI);

i) sulla scorta di tali premesse le Sezioni unite concludono nel senso che in presenza di un ricorso al giudice amministrativo, con cui il concorrente escluso da una gara di appalto contesti sia la propria esclusione che l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario, la declaratoria di improcedibilità dei motivi di ricorso riguardanti l'ammissione dell'aggiudicatario, quale conseguenza del rigetto dei motivi riguardanti l'esclusione del ricorrente, integri gli estremi del diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, sul presupposto che tale declaratoria violi una norma di diritto dell'Unione europea come interpretata dalla Corte di giustizia. Le sezioni unite giungono a tale conclusione precisando che:

i1) anche nella nuova accezione funzionale il difetto di presupposti processuali o di condizioni dell'azione – qual è il rilevato difetto di legittimazione e la carenza di interesse - non sono qualificabili come questioni attinenti alla giurisdizione;

i2) neppure la prospettata violazione di una norma dell'Unione europea consente di ritenere il motivo di ricorso in esame qualificabile come questione attinente alla giurisdizione e ciò neppure in considerazione della "gravità" della violazione per la sua incidenza sulla effettività dell'ordinamento sovranazionale e per le possibili conseguenze negative cui espone il nostro paese di fronte a tale ordinamento, anche in termini di responsabilità erariale per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza nei confronti dei soggetti lesi nei diritti tutelati dalle norme del medesimo ordinamento; né rileva la possibile violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni relative all'interpretazione delle norme dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 FUE;

i3) il mancato esame dei motivi di ricorso, da parte del Consiglio di Stato, per difetto di legittimazione o interesse ad agire del ricorrente, ossia per il difetto di condizioni dell'azione, può tuttavia considerarsi attinente alla giurisdizione nella prospettiva – parimenti dedotta dal ricorrente – del radicale stravolgimento delle norme dell'Unione europea come interpretate dalla Corte di giustizia, incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale, che ridonda in rifiuto di giurisdizione, secondo quanto affermato dalla precitata Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, per la quale «*è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia*»;

i4) a tale principio la pronuncia in rassegna ha inteso dare continuità tenuto conto che le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, negli ambiti di diretta operatività del diritto dell'Unione europea, vanno considerate quali ipotesi di radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in

manifesto diniego di giustizia, nel senso indicato a partire da Cass. civ., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428, in considerazione anzitutto della particolare posizione istituzionale della Corte di giustizia e del principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea su quello nazionale, stante il carattere vincolante per i giudici nazionali dell'interpretazione del diritto dell'Unione elaborata dalla Corte di giustizia e tenuto conto che i giudici nazionali sono tenuti a non applicare il diritto interno tutte le volte che questo contrasti con norme dell'Unione direttamente applicabili;

i5) aggiungono le sezioni unite che, allorché l'applicazione della norma interna si traduce nel disconoscimento del diritto ad ottenere dal giudice una decisione di merito, garantito invece all'attore dall'ordinamento dell'Unione, tale applicazione è ben qualificabile come radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in denegata giustizia. Ciò per due concomitanti ragioni: per il carattere manifesto della violazione, essendosi esaurito, con l'espresso intervento della Corte di giustizia, ogni margine di opinabilità per il giudice nazionale, che perciò si pone in aperto contrasto con tale Corte; e perché l'erronea applicazione della norma interna incide in senso limitativo sul fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale come definito dall'ordinamento dell'Unione a garanzia (anche) della propria effettività;

i6) precisano inoltre che in senso contrario alla tesi accolta non è invocabile neppure la riserva alla discrezionalità dei singoli Stati membri della disciplina dei profili processuali tenuto conto che tale discrezionalità, però, ha un limite fondamentale posto a garanzia dell'effettività dell'ordinamento dell'Unione, e cioè il diritto, riconosciuto a ogni persona che lamenti la violazione di diritti o libertà garantiti da tale ordinamento, a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Una norma dell'Unione che imponga al giudice nazionale, in determinati casi, di esaminare nel merito la domanda di tutela di un diritto riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione stessa, costituisce applicazione di tale principio. Pertanto, la decisione del giudice nazionale che neghi l'esame del merito della domanda in applicazione di una regola processuale interna contrastante con il diritto dell'Unione direttamente applicabile, quale risultante dall'interpretazione della Corte di giustizia, nega apertamente all'attore la tutela giurisdizionale (nell'ampiezza) riconosciutagli invece dal diritto dell'Unione;

l) accertata l'ammissibilità del ricorso e dopo aver precisato che spetta alle sezioni unite giudicare dello scostamento rispetto alle norme dell'Unione europea, «*individuando ed interpretando il precedente o i precedenti della Corte di giustizia*», la Corte regolatrice ha accolto il ricorso richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia UE formatasi sui casi *Fasweb* cit., e *Puligenica* (sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, in *Foro it.*, 2016, IV, 324, con nota critica di SIGISMONDI) e ritenendola applicabile anche in assenza di ricorsi contrapposti con censure simmetriche – come invece affermato da Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 2014 cit., – purchè, come nel caso di specie, venga in rilievo un'ipotesi d'inammissibilità delle offerte di entrambi i concorrenti per motivi identici e a condizione che le contestazioni incrociate siano mosse nell'ambito di un unico processo e che l'esclusione del concorrente non sia già divenuta definitiva, anche a seguito di rigetto della relativa impugnazione con decisione passata in giudicato, prima della proposizione del ricorso (secondo quanto precisato da Corte di giustizia UE, sentenza 21 dicembre 2016, C- 355/15, *GesmbH* in *Gazzetta forense*, 2017, 80, con nota di GILIBERTI, e *Archus cit.*). Aggiunge, in relazione all'interesse alla decisione,

che basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione, donde l'irrilevanza della discrezionalità della stazione appaltante nel decidere sul rinnovo della gara.

III. – Il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato ammesso dall'art. 111 Cost. "per i soli limiti inerenti la giurisdizione", è stato caratterizzato da un percorso interpretativo di progressivo ampliamento degli ambiti di controllo, estesi sino a ricomprendere le modalità di esercizio della funzione giurisdizionale, comprese le regole sostanziali e quelle processuali sulle condizioni dell'azione, ben oltre dunque i c.d. "limiti esterni", soprattutto negli ambiti materiali di normazione assoggettati alla disciplina del diritto comunitario.

Il percorso sistematico e argomentativo può essere di seguito così sintetizzato:

m) il superamento della impostazione tradizionale incentrata sulla nozione di "limiti esterni" è segnato dalla menzionata Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2008 n. 30254 cit. (e dalle ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660) che, nella sostanza, richiamato il principio di ragionevole durata del processo e di effettività della tutela giurisdizionale, ha annullato, ravvisando una questione di giurisdizione, Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in tema di pregiudizialità amministrativa sul presupposto che "*sarebbe norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti della attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca*". In questo modo il sindacato è stato esteso dall'*an* al *quomodo* e cioè alle modalità di esercizio del potere giurisdizionale, aprendo di fatto al sindacato su norme sostanziali e processuali interne ai distinti plessi giurisdizionali, in precedenza sempre escluso;

n) il sindacato su principi e norme processuali proprie del giudizio amministrativo è stato tuttavia escluso ancora da Cass. civ., sez. un., 21 giugno 2012 n. 10294 (in *Guida al diritto*, 2012, 31, 39 con nota di PAPPALARDO) avente ad oggetto la domanda di cassazione della decisione n. 4 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, in contrasto con il principio di diritto espresso da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11 del 2008, incentrato sull'obbligo di esame di entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti, ha invece affermato, in via generale, la regola della pregiudizialità del ricorso incidentale cd. escludente nei contenziosi relativi alle gare di appalto in quanto la verifica della legittimazione della parte ricorrente assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito. Con tale pronuncia le sezioni unite hanno ritenuto il ricorso *ammissibile* in quanto "le norme sulla giurisdizione hanno subito una profonda evoluzione, passando da limite ai poteri del giudice nei confronti dell'Amministrazione o di altri giudici *a strumento per una più appropriata tutela delle parti* (Corte cost. n. 77 del 2007)"; pertanto "*può insorgere una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione (C. cass. n. 30254 del 2008). Al riguardo non va, tuttavia, trascurato che, nei limiti del ragionevole, il Legislatore è libero di fissare presupposti e condizioni per attivare o coltivare un processo, per cui se muovendosi nell'ambito di tali ultime disposizioni, il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda potrà semmai discutersi di violazione o falsa applicazione delle medesime, ma non di rifiuto di una tutela che la stessa legge non accorda in difetto di date condizioni o presupposti.*"; le Sezioni unite, pur non condividendo l'iter argomentativo dell'Adunanza Plenaria, hanno concluso nel senso di non poter accogliere il

ricorso disponendo l'annullamento sul presupposto che "*Si tratta, però, di considerazioni che non bastano a giustificare la cassazione della decisione impugnata, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate*";

o) l'apertura alla nuova concezione della giurisdizione, quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ha trovato successivamente ulteriore specificazione nell'orientamento secondo cui "*alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia*" (tra le molte, Cass. civ., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428 in *Diritto e Giustizia online* 2012, 18 settembre con nota di VALERINI); 30 ottobre 2013, n. 24468 (in *Diritto & Giustizia* 2013, 31 ottobre con nota di BASSO); 12 dicembre 2013, n. 27847 (in *Guida al diritto* 2014, 12, 61 con nota di CASTRO); 4 febbraio 2014, n. 2403; 6 febbraio 2015, n. 2242 (in *Foro it*. 2016, 1, I, 327 con nota di OCCHETTI); 31 maggio 2016, n. 11380; 17 gennaio 2107, n. 964 (in *Foro it*. 2017, 2, I, 509); 19 settembre 2017, n. 21620). Di tale principio generale è stata fatta applicazione nella specifica materia processuale da Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242 citata, che ha annullato Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2013, n. 815 ravvisando un contrasto con la sentenza della Corte di giustizia *Fastweb*; il discrimine rispetto a Cass. civ., sez. un., 21 giugno 2012 n. 10294 - che era giunta a conclusioni opposte - è dunque rappresentato dall'esistenza di una violazione grave o manifesta di una disposizione comunitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia, che comporta un aprioristico diniego di accesso alla tutela giurisdizionale;

p) il principio di diritto di cui al punto che precede è stato infine nuovamente applicato dalla sentenza in rassegna alle condizioni dell'azione nel processo amministrativo, confermando una chiara apertura ad un diffuso controllo sugli *errores in procedendo* relativi all'applicazione di regole processuali interne incidenti nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale in materia disciplinata dal diritto comunitario, in contrasto con statuizioni della Corte di giustizia UE: il settore di maggiore rilevanza appare indubbiamente quello della direttiva ricorsi in materia di appalti ma qualunque regola processuale sulla ammissibilità del ricorso su cui si sia pronunciata la Corte di giustizia (quale ad esempio il termine per ricorrere, il potere di disapplicazione del provvedimento difforme dal paradigma europeo, la legittimazione ad agire in materia ambientale e quella degli effetti preclusivi del giudicato nazionale in contrasto col diritto comunitario) diventa sindacabile ai sensi dell'art. 111 Cost.;

q) tale principio è stato di recente esteso anche alle pronunce della Corte EDU al fine di prevenire la formazione di giudicati su sentenze del g.a. in contrasto con le statuizioni di tale Corte; sul punto si segnala Cass. civ., sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891 (in *Foro it*. 2016, I, 1667 con nota critica di PERRINO; *Dir. mercato lav.*, 2016, 465, con nota di CALOJA, nonché oggetto della News US del 18 aprile 2016, cui si rinvia per i relativi approfondimenti di dottrina e giurisprudenza), la quale - preso atto che la Corte EDU, con sentenza 4 febbraio 2014, *Staibano* e *Mottola*, ha dichiarato non conforme alla CEDU la norma nazionale prevista dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 recante un termine di decadenza dell'azione in materia di pubblico impiego fissato in via transitoria all'indomani del mutato riparto di

giurisdizione - ha qualificato come abnorme la decisione in rito del Consiglio di Stato (peraltro adottata in conformità a un orientamento fino ad allora consolidato anche della stessa Cassazione e della Corte costituzionale ma contrastante con una sopravvenuta decisione della Cedu) ed ha sollevato q.l.c. della norma; sull'intera vicenda e per una sua accurata ricostruzione storica, si veda ora Cons. Stato, Ad. plen. 20 dicembre 2017, n. 12 oggetto della News US del 28 dicembre 2017);

r) le Sezioni unite non escludono dal proprio sindacato neppure gli errori *in iudicando* in presenza di un "radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia" (punto 2.4 della motivazione), aprendo di fatto al sindacato sulla violazione di legge - nazionale o comunitaria – escluso invece per le sentenze dei giudici speciali dall'art. 111 Cost.; si amplia in tal modo notevolmente la nozione di «motivi inerenti la giurisdizione» – sotto il profilo della astratta ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost. – mentre il sindacato cassatorio pare limitato alle ipotesi di violazione grave o manifesta delle norme sostanziali e processuali che ridondano in diniego di giustizia, senza attingere le opzioni interpretative «*non implausibili*» purchè non abnormi, potendo solo queste ultime configurare un «*aprioristico diniego di giustizia*» (così da ultimo Cass. civ., sez. un., 19 settembre 2017 n. 21620). Su questi aspetti in senso critico si veda VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.; *idem*, «*sui motivi inerenti alla giurisdizione*», in *Riv. dir. proc*. 2015, 632 ss.; *idem*, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»*?, in *Riv. dir. proc*. 2017, 106 ss. secondo il quale così operando le Sezioni unite intendono assicurarsi un potere di controllo nel *merito* delle pronunce del Consiglio di Stato assai prossimo a quello esercitato sulle Corti d'appello, introducendo in via di fatto una giurisdizione unica, anche sotto il profilo strutturale, incompatibile con la Costituzione vigente; nello stesso senso, di recente, PATRONI GRIFFI, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex articolo 111 della Costituzione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

s) l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso appena descritto, è dovuta – come si legge nella motivazione della sentenza in rassegna - a molteplici fattori, quali il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto dell'Unione europea; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo. Il punto di partenza di tale percorso è rappresentato dall'asserito incontrollato ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva (determinato dal d. lgs. n. 80 del 1998) e dalla devoluzione in favore del giudice amministrativo della tutela risarcitoria degli interessi legittimi; si veda al riguardo BILE, *Un qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur*., 1998, 1475 ss. e VITTORIA, *Sparse considerazioni in tema di difetto di giurisdizione*, in *Corr. giur*., 2007, p. 1041 ss.;

t) sulla problematica in esame si veda l'ampio studio dell'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa dal titolo "***Il diniego di giurisdizione***" predisposto su richiesta del primo Presidente della Corte di cassazione nell'ambito dell'approfondimento disposto dalle sezioni unite investite della controversia all'origine della decisione in rassegna.

IV.- Per la ricostruzione del dibattito e per i riferimenti di dottrina e di giurisprudenza sul controverso tema della legittimazione a ricorrere avverso l'aggiudicazione di un appalto pubblico dell'offerente escluso, si rinvia alle seguenti News US:

u) 7 aprile 2016 avente ad oggetto Corte UE 5 aprile 2016, *Puligienica cit.*, (secondo cui «*L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente»);*

v) 4 gennaio 2017 avente ad oggetto Corte giustizia UE 21 dicembre 2016 GesmbH *(secondo cui «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa»);*

w) 19 gennaio 2017 avente ad oggetto Corte cost., 22 novembre 2016 n. 245 (pubblicata altresì in *Foro it.*, 2017, I, 75), *secondo la quale è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 9, comma 1, e 14, comma 1, della legge della Regione Liguria 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale), promossa dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria in riferimento agli artt. 3, 97 e 117, primo e secondo comma, lettere e) e s), della Costituzione; la Consulta fonda il giudizio di inammissibilità condividendo i principi affermati dal giudice amministrativo sulla carenza di legittimazione a ricorrere delle imprese che impugnano procedure di gara alle quali non hanno preso parte, negando per tale via la tutela del c.d. interesse strumentale;*

x) 4 aprile 2017 avente ad oggetto T.a.r. per la Liguria, ordinanza n. 263 del 2017, secondo cui «*Va rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione»);*

y) 19 maggio 2017 avente ad oggetto Corte giustizia UE, Sez. VIII, 10 maggio 2017, C- 131/16, *Archus,* secondo cui «*La direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico»)*;

z) 10 novembre avente ad oggetto Consiglio di Stato, Sez. V – ordinanza 6 novembre 2017 n. 5103, secondo cui «*Va rimessa all'Adunanza plenaria la questione se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate»).*

V.- Prima della sentenza *Puligienica,* il complesso quadro delle norme e dei principi che governano i rapporti fra ricorso principale ed incidentale risultava essenzialmente delineato dalle seguenti pronunce:

aa) Corte giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*, in *Foro it*., 2014, IV, 3395 con nota di TRAVI, secondo cui "*qualora per mezzo di un ricorso incidentale l'aggiudicatario di una procedura di assegnazione di un appalto deduca che l'offerta del ricorrente principale sarebbe stata da escludere dalla gara a causa del mancato rispetto delle specifiche tecniche prescritte dalla stazione appaltante, sì da rendere inammissibile l'impugnazione (a sua volta incentrata sulla non conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alle medesime specifiche tecniche) proposta dallo stesso, il diritto dei partecipanti a una gara a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che entrambe le domande siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia*";

bb) Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 - in *Foro it.,* 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI cui si rinvia per ogni approfondimento, che, all'indomani della sentenza *Fastweb* aveva raggiunto il punto di equilibrio (recepito esplicitamente anche da Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.,* 2016, I, 327) fra istanze europee e caratteristiche ineludibili dell'ordinamento processuale amministrativo – secondo cui, in estrema sintesi, l'obbligo di esaminare sempre e comunque entrambi i ricorsi (con il risultato certo di fare cadere l'intera procedura di gara arrecando gravi danni all'economia nazionale e incrementando gli esborsi a titolo di risarcimento del danno), limitando l'obbligo dell'esame congiunto, in puntuale applicazione degli argomenti sviluppati dalla sentenza *Fastweb*, alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe

(c.d. simmetria invalidante); questo costrutto è stato poi rimesso in discussione dalla sentenza *Puligienica* nella parte in cui ha stabilito (§§ 28 – 30), superando le conclusioni cui era giunta la precedente decisione *Fastweb* (§§ 31-33), che l'obbligo del giudice di esaminare entrambi i ricorsi prescinde dal numero di imprese rimaste in gara e dalla natura del vizio;

cc) successivamente alla pubblicazione della sentenza *Puligienica*, le conclusioni cui è pervenuta la sentenza *GesmbH*, sono state anticipate dal Consiglio di Stato in una sequela di pronunce, fra cui si segnalano: Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; per tali arresti, è inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'impresa che non abbia partecipato *ab imis* alla procedura, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione o della mancata presentazione della domanda, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedimentali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto o strumentale, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara; Cons. Stato sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, secondo cui non potrebbe ammettersi l'impugnativa dell'aggiudicazione di una gara da parte di un'impresa che certamente da un tale annullamento non potrebbe ricavare alcun vantaggio (anche di ordine strumentale in quanto relativo alla possibilità di ripetizione della gara), perché non ha partecipato alla medesima gara, o non ha proposto censure nei confronti di tutte le imprese che la precedono in graduatoria (ovvero non le ha evocate in giudizio) e di cui si lamenta, però la illegittimità della mancata esclusione; tali conclusioni dovranno ora essere rimeditate alla luce della sentenza della Corte di giustizia *Archus* e della pronuncia delle sezioni unite in rassegna.

VI.- Circa la impossibilità di configurare la tutela del c.d. interesse strumentale nell'attuale ordinamento del processo amministrativo, caratterizzato dalla peculiare disciplina delle condizioni delle azioni (in particolare interesse ad agire e legittimazione), strumentale alla realizzazione del giusto processo ex art. 111 Cost., si veda:

dd) Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 (specie §§ 5 ss., e 9.2. ss., in *Foro it*., 2015, III, 265, con nota di TRAVI; *Riv. dir. proc.*, 2015, 1256, con nota di FANELLI; *Giur. it*., 2015, 2192 con nota di FOLLIERI; *Dir. proc. ammin*., 2016, 205, con nota di PERFETTI e TROPEA, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza); Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro it*., 2015, III, 345 cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza; tutte nel senso: I) di non consentire la tutela del c.d. interesse strumentale perché in contrasto con le esigenze di evitare l'abuso del processo ed il sindacato su poteri non ancora esercitati dalla stazione appaltante; II) di considerare il processo quale risorsa scarsa da attingere solo dopo essere stato superato il filtro delle condizioni dell'azione in cui è insito un giudizio di meritevolezza della pretesa; III) di esigere che il processo sia volto a tutelare interessi concreti ed attuali e non futuri ed incerti, di mero fatto quando non emulativi, per giunta rimessi ad una incoercibile nuova determinazione dell'Amministrazione;

ee) in dottrina DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, IV ed., Milano, 2017, 759 ss, 2056 ss., nega in radice che l'interesse strumentale sia configurabile quale interesse

legittimo; SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, IV, 336, secondo cui il punto di maggiore criticità nell'indirizzo a base della sentenza *Puligienica*, consiste nel fatto che esso «*…si pone in contrasto diretto con i principî di fondo del nostro ordinamento processuale, del quale vengono disgregati la coerenza interna e i principî fondanti. Si pone allora una seria questione di compatibilità tra la prospettiva comunitaria e il sistema di principî (e per certi aspetti di valori) definito dalla Costituzione italiana (che disegna il diritto alla tutela giurisdizionale e il principio di azionabilità nei confronti delle decisioni dell'amministrazione in chiave espressamente soggettiva e in modo non condizionato dalla materia): un problema che sta emergendo in modo sempre più consistente, nonostante la dichiarata autonomia riconosciuta agli Stati membri nella definizione delle proprie regole processuali (come esempio problematico, v. quanto ora previsto dall'art. 95 d.leg. 16 novembre 2015 n. 180, che, nell'ambito del contenzioso relativo alle procedure di risoluzione degli enti creditizi, da un lato esclude espressamente la possibilità di far ricorso alla consulenza tecnica, limitando oggettivamente le possibilità di conoscenza del fatto da parte del giudice e, dall'altro, consente che gli effetti di una eventuale illegittimità della procedura si producano esclusivamente sul piano risarcitorio, recependo in questo modo le previsioni espressamente stabilite dall'art. 85, § 3, secondo periodo, e § 4, 2° comma, della direttiva 2014/59/Ue). Un ordine di limitazioni simili previste da una disposizione di legge nazionale, infatti, erano state considerate costituzionalmente illegittime da Corte cost. 22 dicembre 1961, n. 70, Foro it., 1962, I, 13, e Giur. cost., 1961, 1282,* con nota di CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Cost. e «due process of law clause»).*»;

ff) la opposta tesi della configurabilità, anche in termini di veri e propri diritti, di situazioni soggettive procedimentali, come situazioni giuridiche autonome rispetto al contenuto sostanziale del provvedimento finale, è stata sostenuta da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione* in, *Dir. amm*. 2005, 3, 557; questa tesi è stata respinta dall'indirizzo dominante nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che rifiuta la possibilità di risarcire il danno ogni qual volta non sia riconoscibile con certezza la spettanza del bene della vita finale (sull'inquadramento generale v. Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, oggetto della News US in data 16 maggio 2017 e in *Foro it.*, 2017, III, 433, con nota di TRAVI; Ad. plen. n. 5 del 2015 cit.; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit., cui si rinvia per ogni approfondimento); per questa via si esclude il danno da mero ritardo procedimentale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4570; Sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239, oggetto della News US in data 31 marzo 2016 cui si rinvia per ogni approfondimento); dalla lesione di un mero interesse di fatto o emulativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1436; Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675, in *Riv. neldiritto*, 2015, 1033, con nota di GALATI, cui si rinvia per ogni approfondimento); da annullamento del provvedimento amministrativo per vizi puramente formali (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3520; Sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3255); e si mantiene un atteggiamento rigoroso, sotto il profilo causale e statistico, circa i

presupposti per il riconoscimento del danno da perdita di *chance* specie per le gare di appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, in *Foro it*., 2016, III; 468, con nota di CONDORELLI; Sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249, *id.*, 2015, III, 440, con nota di TRIMARCHI BANFI; Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, *id*., 2015, III, 106, con nota di GALLI; sul versante civile v. da ultimo Cass. civ., Sez. I, 29 novembre 2016, n. 24295, *id.*, 1374, con nota di DI ROSA cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);

gg) più di recente, la tematica della rilevanza dell'interesse strumentale nel settore dei contratti pubblici è stata riproposta da Cons. Stato, Sezione III – ordinanza 7 novembre 2017 n. 5138 (oggetto della News del 14 novembre 2017 cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e di giurisprudenza), secondo cui «*Vanno rimesse all'Adunanza plenaria le seguenti questioni: 1. Se, avuto anche riguardo al mutato quadro ordinamentale, i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n.1/2003 possano essere ulteriormente precisati nel senso che l'onere di impugnazione immediata del bando sussiste anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, il luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo. 2. Se l'onere di immediata impugnazione del bando possa affermarsi più in generale per tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché con riferimento agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi. 3. ……4. Se, nel caso di contestazione del criterio di aggiudicazione o, in generale, della impugnazione di atti della procedura immediatamente lesivi, sia necessario, ai fini della legittimazione a ricorrere, che l'operatore economico abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, ovvero sia sufficiente la dimostrazione della qualità di operatore economico del settore, in possesso dei requisiti generali necessari per partecipare alla selezione"*».