

La Corte di giustizia UE torna a pronunciare sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nel contenzioso appalti e afferma la possibilità di adire direttamente la Corte di giustizia anche in presenza di una pronuncia dell'Adunanza plenaria

[Corte giust. comm. ue, Grande Sezione, 5 aprile 2016, n. C-689/13, Puligienica](#)

1. La Corte di giustizia dell'UE, nella solennità della composizione allargata - pronunciando sulle interferenze fra la norma del processo amministrativo (art. 99, co.3, c.p.a.) che obbliga la singola Sezione del Consiglio di Stato a non discostarsi dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria e l'obbligo sancito dall'art. 267 del Trattato FUE (secondo cui le corti supreme sono tenute ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte medesima quando davanti a loro è sollevata una questione concernente l'interpretazione del diritto europeo o la validità di atti delle istituzioni dell'Unione) - riaccende il dibattito sulla tormentata questione dell'ordine di esame del ricorso incidentale e principale nel c.d. "contenzioso appalti".

2. La Corte, chiamata a pronunciarsi su due complessi quesiti rivolti dal Consiglio di giustizia amministrativa ([ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848](#)), ha enunciato i seguenti principi:

1) *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.*

2) *L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.*

3) *L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.*

3. La Corte è intervenuta su due questioni cruciali.

3.1. La prima (annosa e risalente) questione riguarda l'ordine di esame fra ricorso principale ed incidentale nel c.d. "contenzioso appalti".

All'indomani della sentenza della Corte di giustizia *Fastweb* (4 luglio 2013, C-100/12) il punto di equilibrio – recepito esplicitamente anche dalla Cassazione (cfr. Cass. civ., S.U., 6 febbraio 2015, n. 2242) - era stato raggiunto grazie alla sintesi operata dall'Adunanza plenaria (25 febbraio 2014, n. 9) - che aveva formulato i seguenti principi:

1) *<<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>;*

2) *<<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;*

3) *<<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non v'è esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;*

4) *<<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.*

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 – era stato limitato, 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 rimesso in discussione dalla sentenza *Puligienica* in commento nella parte in cui stabilisce (§§ 28 – 30), rovesciando 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.

3.2. La seconda questione affrontata dalla Corte UE concerne il contrasto fra esercizio della funzione nomofilattica *ex art. 99 c.p.a.* e vincolatività del principio di diritto nei confronti delle Sezioni del Consiglio di Stato, da un lato, e facoltà di queste ultime di discostarsene in caso di contrasto col diritto dell'UE ovvero di effettuare il rinvio pregiudiziale obbligatorio *ex art. 267 FUE* senza investire nuovamente l'Adunanza plenaria, dall'altro.

La risposta della Corte – espressa nei principi sub nn. 2) e 3) - è stata tranciante e conforme ai suoi immediati precedenti (da ultimo Corte giust. UE 5 ottobre 2010, n. 173/09, *Elchinov*, secondo cui il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, cui spetti di decidere a seguito di un rinvio da parte di un organo giurisdizionale superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, ai sensi del diritto processuale nazionale, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione dal medesimo giudice richiesta alla corte di giustizia, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione).

Per completezza si segnala che:

a) questione analoga a quella sollevata dal C.g.a. nel 2013, era stata di recente rimessa all'Adunanza plenaria dalla V Sezione del Consiglio di Stato (ordinanza [17 marzo 2016, n. 1090](#), Pres. Pajno, est. Tarantino, riportata nella [News dell'Ufficio studi in data 18 marzo 2016](#));

b) identica problematica (e soluzione) è quella che si prospetta avuto riguardo all'art. 374, co. 3, c.p.c. (in relazione ai rapporti fra sezioni semplici e sezioni unite della Corte di Cassazione), nonché all'art. 1, co. 7, d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito con modificazioni, nella l. 14 gennaio 1994, n. 19 (in relazione ai rapporti fra sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e sezioni riunite della Corte dei conti); entrambe le

menzionate disposizioni recano una norma di analogo tenore rispetto a quella sancita dall'art. 99, co.3, c.p.a.;

c) [Cons. giust. amm. 15 gennaio 2015, n. 1](#) ha effettuato direttamente, ai sensi dell'art. 267 FUE, un rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo in materia di avvalimento e di tutela della buona fede del partecipante ad una gara di appalto, ritenendo non persuasivi, sul punto, i principi elaborati dall'Adunanza plenaria;

d) costituisce *ius receptum* che l'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla *regula iuris* enunciata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, dichiarata incostituzionale, modificata o sostituita per effetto di *ius superveniens*, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della Corte di giustizia UE, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale (cfr. da ultimo Cass., sez. lav., 12 settembre 2014, n. 19301; Corte cost. 28 giugno 2006, n. 252);

e) coerentemente è pacifico che:

I) il giudice del rinvio ex art. 384 c.p.c., il quale dubiti della conformità del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, è tenuto a sollevare la questione pregiudiziale interpretativa innanzi alla Corte di giustizia, non potendo l'applicazione del diritto processuale nazionale limitare il tenore generale dell'art. 267 FUE (cfr. Corte giust. UE 15 gennaio 2013, C-416/10, *ibid.*, voce Unione europea, n. 1077; 20 ottobre 2011, C-396/09);

II) qualora il tenore della sentenza interpretativa sia in contrasto con il principio di diritto, sarà la prima a dover essere applicata dal giudice del rinvio: per tale orientamento, inaugurato da Corte giust. UE 16 gennaio 1974, C-66/73 (richiamata nella pronuncia in commento) v., tra le tante, Corte giust. 15 gennaio 2013, C-416/10.