

All'Adunanza plenaria la possibilità per la Sezione del Consiglio di Stato di rinviare alla Corte di giustizia una questione sulla quale si è già pronunciata l'Adunanza plenaria

Cons. St., sez. V, ord., 17 marzo 2016, n. 1090 – Pres. Pajno, est. Tarantino

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

- 1) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in presenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia;
- 2) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in assenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia;
- 3) se il principio di diritto enunciato [dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2015](#), è rispettoso dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

La pronuncia in esame arricchisce il vivace dibattito giurisprudenziale che da ultimo ha interessato le seguenti complesse (e connesse) tematiche:

- a) rapporti 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;
- b) utilizzabilità del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, al fine di salvaguardare l'affidamento delle imprese, nel caso in cui un principio di diritto innovativo, elaborato dall'Adunanza plenaria in materia di contratti pubblici, trovi applicazione a procedure di gara antecedenti; rapporti con l'istituto dell'*overruling*;
- c) compatibilità con il diritto dell'UE del principio elaborato dall'Adunanza plenaria n. 3 e n. 9 del 2015, secondo cui per tutti i contratti di appalto è previsto a carico delle imprese concorrenti l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare i costi di sicurezza aziendale in sede di domanda di partecipazione alla gara.

Si segnala per completezza che:

- d) con riferimento alla disciplina dei costi di sicurezza aziendali, analoghe questioni sono state rimesse alla Corte del Lussemburgo sia sotto il profilo della salvezza delle procedure in atto al momento dell'affermazione dei principi di diritto da parte delle Adunanze plenarie nn. 3 e 9 del 2015, sia avuto riguardo alla disciplina sostanziale a regime (ordinanze Tar Marche 19 febbraio 2016, n. 104; Tar Molise 12 febbraio 2016, n. 77; Tar Piemonte, sez. I, 16 dicembre 2015, n. 1745);
- e) con riferimento al tema della compatibilità col diritto dell'UE della disciplina della funzione nomofilattica da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta l'ordinanza del Cons. giust. amm. n. 1 del 15 gennaio 2015 che ha effettuato direttamente, ai sensi dell'art. 267 FUE, un rinvio pregiudiziale della questione alla Corte del Lussemburgo (precedente espressamente analizzato nel provvedimento in commento).