

**La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la *vexata quaestio* del rapporto fra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di gare d'appalto**

[Cons. St., sez. V, ordinanza 6 novembre 2017, n. 5103 – Pres. Severini, Est. Di Matteo](#)

**Giustizia amministrativa – Appalti pubblici – Ricorso incidentale escludente – Ricorso principale – Ordine di esame – In presenza di pluralità di offerte non impugnate – Deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato**

*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 (1).*

---

(1) I.- La controversia.

Con l'ordinanza in epigrafe la quinta sezione del Consiglio di Stato, rimette all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., la questione riassunta in massima, concernente la dibattuta questione dell'ordine di esame del ricorso incidentale escludente e del ricorso principale in controversie sottoposte al c.d. rito appalti.

La questione è sorta nell'ambito di un giudizio di appello proposto avverso la sentenza di primo grado che, su ricorso proposto dall'impresa terza classificata di una gara d'appalto avverso l'ammissione alla procedura di gara tanto dell'aggiudicataria quanto della seconda classifica, accoglieva il ricorso incidentale escludente - esaminato prioritariamente - e, in conseguenza, dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale.

Con l'appello, l'impresa originaria ricorrente contestava la violazione dei principi dettati dalla sentenza della [Corte di giustizia UE, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica](#) (oggetto della [News US in data 7 aprile 2016](#) e in Foro it., 2016, IV, 324, con nota di SIGISMONDI cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento) in materia di esame del ricorso principale e incidentale proposti all'interno del medesimo giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di affidamento di appalto pubblico.

II.- La rimessione.

L'ordinanza di rimessione prende le mosse dall'affermazione dell'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in relazione all'attuazione della sentenza *Puligienica*.

Secondo un primo orientamento, il giudice che, esaminato prioritariamente il ricorso incidentale, lo abbia ritenuto fondato, è tenuto ad esaminare anche il ricorso principale solo se dal suo accoglimento può derivare un vantaggio in capo al ricorrente principale. Tale vantaggio non potrà consistere nella mera aggiudicazione del contratto in quanto, avendo accolto il ricorso incidentale escludente, il giudice ha già statuito sulla sua necessaria esclusione dalla procedura; pertanto, non potrà che essere l'accoglimento di un mezzo che per suo contenuto retroagisce fino a comportare la ripetizione della procedura.

Secondo un diverso orientamento, la domanda, introdotta col ricorso principale, di tutela dell'interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di gara con esclusione di tutte le offerte che, in quanto affette da vizi, non potevano essere esaminate dalla stazione appaltante, merita di essere esaminata anche se, per ipotesi, la stessa offerta del ricorrente andava esclusa dalla procedura. In questa prospettiva, il giudice non tiene conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste fuori dal giudizio) come dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale, poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale come incidentale.

La soluzione del contrasto viene reputata rilevante in relazione alla fattispecie controversa (gara d'appalto con tredici imprese partecipanti, con quelle graduatesi successivamente al terzo posto che non hanno proposto impugnativa e le cui offerte non sono state oggetto di contestazione), caratterizzata dal fatto che le ragioni di esclusione prospettate nei confronti dell'aggiudicataria attengono alla mancanza dei requisiti di progettazione in capo alla società che è stata indicata in sede di offerta come incaricata della progettazione, mentre le ragioni di esclusione prospettate nei confronti della seconda graduata attengono alla mancanza dei requisiti di qualificazione S.O.A. in capo alle imprese ausiliarie.

Secondo l'ordinanza in tal caso, se dovesse applicarsi il primo orientamento, in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale, si dovrebbe valutare se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale; se invece dovesse applicarsi il secondo orientamento, pur in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, si dovrebbe sempre e comunque procedere all'esame di entrambi i ricorsi, spettando all'amministrazione poi, all'esito del giudizio, valutare la comunanza dei vizi alle restanti offerte e decidere, ove ciò abbia accertato, di annullare l'intera procedura di aggiudicazione, piuttosto che procedere all'aggiudicazione a favore dell'impresa successivamente classificata. Vi sarebbe, dunque, pur sempre un interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale, poiché la valutazione dell'identità dei vizi sarebbe compiuta, concluso il giudizio, dalla stazione appaltante

III.- In ordine alla legittimazione al ricorso nel c.d. rito appalti ed al rapporto fra ricorso incidentale e ricorso principale, devono richiamarsi i seguenti precedenti (non menzionati dalla ordinanza in esame), resi in fattispecie che, tuttavia, se pure non identiche, attengono nella sostanza al (limite del) riconoscimento nel processo amministrativo del c.d. interesse strumentale (sganciato cioè, nel contenzioso sugli appalti, dal conseguimento diretto del bene della vita rappresentato dalla aggiudicazione del contratto):

a) [Corte di giustizia dell'UE, Sez. VIII, 10 maggio 2017, C- 131/16, Archus](#) (oggetto della [News US 19 maggio 2017](#)), che, ritornando sulla questione della legittimazione dell'impresa "non definitivamente" esclusa da una gara di appalto con soli due concorrenti ad impugnarne gli esiti, afferma che la normativa europea deve essere interpretata in linea generale nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale (una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico caratterizzata dalla presentazione di due offerte e dall'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'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 gara; tuttavia al contempo evidenzia che a un offerente la cui offerta sia stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può tuttavia essere negato l'accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora la decisione di esclusione di tale offerente sia stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto si pronunci, in modo tale che detto offerente debba essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione; a tale esito non potrebbe pervenirsi, però, là dove le due decisioni di ammissione ed esclusione fossero state adottate contemporaneamente;

b) [Corte di giustizia UE, Sez. VII, 21 dicembre 2016, C-355/15, GesmbH](#) (oggetto della [News US in data 4 gennaio 2017](#) cui si rinvia per i relativi approfondimenti), 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»;*

c) [Corte cost., 22 novembre 2016 n. 245](#) (oggetto della [News US in data 19 gennaio 2017](#) e in *Foro it.*, 2017, I, 75 ai cui approfondimenti si rinvia), 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;

d) [T.a.r. per la Liguria, sez. II, ordinanza 29 marzo 2017, n. 263](#) (oggetto della [News US in data 4 aprile 2017](#) ai cui approfondimenti si rinvia) che ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: *<<se gli artt. 1, par. 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>>.*

IV.- 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:

e) 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”;*

f) 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.

V.- 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:

g) 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 ERFETTI 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;

h) 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 procedurali; 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;

i) in dottrina R. 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».)>>