

Il Tar per il Piemonte demanda alla Corte di giustizia dell'UE l'accertamento della compatibilità, con il diritto dell'Unione, dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. che impone la immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle gare di appalto

[Tar Piemonte, sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 – Pres. Giordano, Est. Bini](#)

Giustizia amministrativa – Appalti pubblici – Rito speciale in materia di ammissioni ed esclusioni – Onere di immediata impugnazione – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Devono essere rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

a) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

b) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato (1).

(1) I. - Con l'ordinanza in epigrafe, la prima sezione del Tar per il Piemonte deferisce alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità con il diritto europeo dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che impone all'operatore economico, che partecipa ad una procedura di gara, la immediata impugnazione delle ammissioni degli altri concorrenti, precludendo la loro contestazione al momento dell'aggiudicazione.

I fatti di causa che hanno portato al rinvio pregiudiziale possono essere sintetizzati nei seguenti termini:

- un Consorzio intercomunale per la gestione di servizi sociali ha bandito una gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla quale hanno partecipato otto concorrenti;

- la stazione appaltante ha pubblicato sul profilo del committente e comunicato individualmente agli operatori economici l'atto di ammissione dei concorrenti alla procedura, ha poi svolto la procedura selettiva ed ha quindi aggiudicato la gara alla prima graduata;

- l'impresa seconda graduata, che non aveva posto in essere alcuna impugnativa dell'atto di ammissione dei concorrenti alla procedura, ha gravato l'aggiudicazione davanti al Tar per il Piemonte, proponendo censure avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione e lamentando altresì la mancata esclusione del RTI risultato aggiudicatario, per assenza in capo alle ditte mandanti di requisiti di partecipazione; in particolare la ricorrente ha contestato: la presentazione da parte del RTI aggiudicatario di una cauzione provvisoria di importo inferiore a quanto previsto dalla normativa di gara, ritenendo che sul punto non fosse peraltro attivabile il soccorso istruttorio (1° motivo); la carenza in capo a due mandanti del RTI di requisiti di fatturato nella misura richiesta (2° e 3° motivo); l'attribuzione dei punteggi in relazione all'offerta tecnica dell'aggiudicatario (4° motivo); il mancato svolgimento della verifica di anomalia (5° motivo) e, infine, l'illegittima composizione della commissione di gara (6° motivo);

- sono stati presentati motivi aggiunti, che riproducono sostanzialmente le censure già articolate nel ricorso introduttivo del giudizio, mentre non risulta proposto ricorso incidentale;

- la stazione appaltante e il controinteressato hanno eccepito la irricevibilità del ricorso, in quanto proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, mentre, vertendo su questioni di ammissione alla procedura, avrebbe dovuto essere proposto entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'atto di ammissione dei concorrenti alla gara, ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.;

- il Tar ha pronunciato sentenza non definitiva nella quale ha, in primo luogo, esaminato e respinto le censure avverso le operazioni di gara e l'aggiudicazione, in particolare ritenendo infondati i motivi 1°, 4°, 5° e 6° sopra indicati; passando poi all'esame dei motivi 2° e 3°, attinenti alla carenza in capo a società mandanti del RTI di requisiti di fatturato specifici richiesti a pena di esclusione per partecipare alla procedura di gara, il collegio, dopo aver premesso che l'applicazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. avrebbe condotto in relazione a dette doglianze alla declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e sospeso il giudizio, ritenendo rilevante e decisiva la questione di compatibilità della suddetta normativa con il diritto europeo;

- dando seguito a quanto previsto nella sentenza non definitiva, con l'ordinanza in esame il Tar ha quindi rimesso la questione di compatibilità comunitaria alla Corte UE.

II. – Nell'ordinanza di rimessione il Tar per il Piemonte procede ad una preliminare ricognizione della normativa nazionale, ne evidenzia la prevalente interpretazione, richiama quindi la disciplina europea, costituente parametro di raffronto per la valutazione di compatibilità, giungendo alla conclusione della necessità di sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE. Il percorso motivazionale dell'ordinanza si articola secondo i seguenti passaggi argomentativi:

a) in base al combinato disposto degli artt. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e 29 d. lgs. n. 50/2016 la ditta partecipante ad una gara, che vuole contestare l'ammissione di un altro partecipante, lamentando il difetto dei requisiti soggettivi e di quelli economico-finanziari e tecnico-professionali e, quindi, rilevare l'illegittimità della decisione della stazione appaltante di non escluderlo, come nella specie, deve proporre ricorso entro 30 giorni dalla comunicazione del relativo provvedimento ex art. 29 d.lgs. 50/2016;

b) la richiamata disciplina presenta alcuni profili di criticità poiché, da un lato, le suddette norme finiscono per imporre ad un soggetto partecipante alla gara un onere "inutile" in relazione all'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto, analogamente a quando sia censurata la mancata esclusione di una ditta partecipante che, tuttavia, conclusa la gara, non risulti aggiudicataria ovvero allorquando sia il ricorrente, a conclusione del procedimento, a trovarsi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione; dall'altro lato, quando nessuna ditta partecipante faccia valere tempestivamente la mancata esclusione di altro concorrente, che risulti poi aggiudicatario, è successivamente preclusa la possibilità di fare valere vizi relativi all'illegittima ammissione dell'aggiudicataria, potendo quindi conseguire l'aggiudicazione una ditta priva dei requisiti di partecipazione;

c) secondo l'orientamento prevalente (formatosi in merito alla nuova disciplina), il rito c.d. super accelerato previsto dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., è da ritenersi conforme ai principi costituzionali; fa emergere, anticipatamente rispetto alla conclusione della gara, un distinto interesse di natura strumentale che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi differenziato dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara; tutela un interesse legittimo che si risolve in una posizione non solo "differenziata" ma anche "qualificata" (qualificazione che nel caso in esame è legata alla configurazione bifasica ideata dal legislatore, con distinzione tra ammissione dei concorrenti e aggiudicazione della gara); è conforme alla giurisprudenza della Corte costituzionale nella parte in cui ha ritenuto legittime, in materia di appalti, forme celeri per la definizione delle controversie amministrative ovvero di abbreviazione dei termini, nella misura in cui venga assicurato il rispetto di alcuni valori processuali fondamentali, quali, in primo luogo, l'integrità del contraddittorio nonché la completezza e sufficienza del quadro probatorio;

d) gli artt. 6 e 13 della CEDU garantiscono il diritto ad un giusto ed effettivo processo, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce il diritto dell'individuo ad "un ricorso effettivo davanti ad un giudice", l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, modificato dall'art. 1 Dir. 2007/66/CE, in materia di appalti, nel quadro della previsione secondo cui gli Stati devono garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace, in particolare stabilisce, al comma terzo, che "gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione";

e) il diritto europeo, ed in specie l'art. 1, comma 3, cit., riconnette quindi espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, richiedendo che l'azione sia volta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente, che agisce a tutela di una sua lesione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara di appalto cui ha partecipato;

f) corollario indefettibile di detto principio è che la tutela giurisdizionale può (e deve) esserci solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo e sussista un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria e che il

legislatore non potrebbe mai imporre al privato cittadino di azionare lo strumento processuale prima che detta lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo sia reale ed effettiva;

g) ne consegue che il principio di effettività sostanziale non può dirsi rispettato quando la possibilità di contestare le decisioni delle amministrazioni giudicatrici sia affidata all'iniziativa di soggetti che non hanno alcuna garanzia di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia o che addirittura potrebbero correre il rischio di favorire propri concorrenti, come potrebbe accadere qualora il ricorso contro l'atto di ammissione alla gara sia stato proposto da uno dei concorrenti poi collocati in posizione non utile ai fini dell'aggiudicazione;

h) le norme censurate hanno pertanto introdotto una tipologia di contenzioso che si qualifica per essere un giudizio di diritto oggettivo, contrario ai principi comunitari sopra richiamati, che forgiano il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, interesse che, nell'ipotesi delle gare di appalto, consiste unicamente nel conseguimento dell'aggiudicazione, o, al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella *chance* derivante dalla rinnovazione della gara;

i) il soggetto privato obbligato a proporre un giudizio secondo lo schema del rito "superaccelerato" non solo non ha un interesse concreto ed attuale ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria, ma subisce anche un danno dall'applicazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., non solo con riferimento agli esborsi economici ingentissimi collegati alla proposizione di plurimi ricorsi avverso l'ammissione di tutti i concorrenti alla gara, ma anche per la potenziale compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara destinataria dei plurimi ricorsi, che è chiamata nelle more del giudizio a valutare l'offerta tecnica del ricorrente; e per le nefaste conseguenze in merito al *rating* d'impresa disciplinato dall'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, che individua come parametro di giudizio (negativo) l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto;

j) la violazione dei principi comunitari si ravvisa anche in quanto l'attuale sistema impone a ogni ditta concorrente di impugnare il provvedimento di ammissione di tutte le altre ditte partecipanti, di proporre il relativo ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è resa problematica dalla disciplina dettata nell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, di formulare censure avverso ogni atto di ammissione, con distinti ricorsi, per evitare di incorrere nell'inammissibilità di un ricorso cumulativo;

k) d'altra parte, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi anche un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura;

l) sotto ulteriore profilo, la normativa interna in esame comporta altresì la violazione del principio di proporzionalità, che impone che gli inconvenienti causati da una misura non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere, mentre la misura in esame, da un lato, genera il rischio di una proliferazione dei ricorsi e di una conseguente paralisi dei procedimenti di gara, e, dall'altro lato e al contrario, può facilmente comportare rinunce

alla proposizione di ricorsi; essa inoltre priva l'aggiudicatario del rimedio del ricorso incidentale da opporre a chi contesti l'aggiudicazione senza possedere i requisiti di ammissione alla gara e può finire per rendere inattuabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione;

III. – Sulle problematiche emerse in sede di prima applicazione del c.d. rito super accelerato si segnala, per completezza, quanto segue:

m) sulla questione di legittimità costituzionale e di compatibilità comunitaria dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.:

m1) l'ordinanza in commento ha richiamato Tar per la Campania - Napoli, sez. IV, 20.12.2016, n. 5852, la quale *"astrattamente parlando"* evidenziava un contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. dell'onere di immediata impugnazione delle altrui ammissioni *"a fronte dell'assenza di un interesse concreto e attuale al ricorso"*, salvo poi rilevare che *"deve tuttavia non trascurarsi il peso che nel processo amministrativo potrebbe assumere l'interesse strumentale, di cui alle citate sentenze Fastweb e Puligienica"* e Tar per la Puglia – Bari, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262 che, anche qui con un *obiter dictum*, ha posto in dubbio la legittimità dell'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici *"anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta"*;

m2) Tar per il Lazio – Roma - sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379, invece, ha respinto le sollevate questioni di contrasto della disciplina in commento con la normativa europea;

n) sugli obiettivi perseguiti dal legislatore con il c.d rito super accelerato:

n1) Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855 ha osservato che si è perseguita l'esigenza di *"definire la platea dei concorrenti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione"*, sì da impedire censure incrociate *"sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull'ammissione alla gara) ...una volta che questo sia giunto a conclusione"*;

n2) in dottrina G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, giugno 2016, sottolinea la necessità di rimediare alla ipertrofia di un contenzioso postumo e retrospettivo incentrato sulla presenza *in limine* dei requisiti partecipativi; analoghe considerazioni anche in L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. ammin.* 2017, 714 ss.;

p) sull'ambito applicativo del rito di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. si vedano:

p1) L. BERTONAZZI, *op. cit.*, il quale correla la individuazione dell'ambito applicativo del rito in esame alla perseguibilità dell'obiettivo di risolvere le questioni sulla ammissione prima dell'aggiudicazione della gara, traendone ipotesi di preclusione *"originaria"* (quando l'esclusione matura in sede di verifica dei requisiti partecipativi per l'aggiudicatario, quando si ha congiunta impugnazione dell'ammissione e dell'aggiudicazione, quando la stazione appaltante esamina le offerte prima di verificare i requisiti partecipativi) e *"sopravvenuta"*, con riferimento all'ipotesi in cui *"l'aggiudicazione, anziché attendere l'esaurimento del contenzioso relativo alla fase delle ammissioni/esclusioni, lo sorprende ancora in itinere"*;

p2) R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, pag. 2362, che individua, quali ambiti problematici, le ipotesi in cui la stazione appaltante: 1) procede alla esclusione a seguito della c.d. forcilla o preselezione; 2) si avvale della facoltà di verificare i requisiti di

partecipazione non in una sub-fase specifica ma in ogni fase della gara, 3) pospone all'esame delle offerte la verifica dei requisiti (ex art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50/2016); 4) procede, nelle procedure automatiche (informatiche o al prezzo più basso), in unico contesto ad ammissioni/esclusioni e aggiudicazione;

p3) Tar per la Puglia - Bari, sez. III, 14 aprile 2017, n. 394, secondo cui il rito dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. si applica solo nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione; Cons. Stato, sez. V, ord. 14 marzo 2017, n. 1059, secondo cui *"la novella all'art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda"*; nel caso di esclusione fondata su carenze diverse da quelle proprie dei presupposti soggettivi, come nel caso di carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica, il rito super accelerato non troverebbe applicazione: in tal senso Tar per la Campania – Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1020; *id.* 29 maggio 2017, n. 2843;

q) sulla decorrenza del termine di impugnazione:

q1) l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., com'è noto, prevede l'impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione nel termine di trenta giorni decorrente dalla loro pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016;

q2) secondo un primo orientamento interpretativo, in difetto di tale pubblicazione il rito super accelerato non è *tout court* applicabile (in tal senso Tar per la Campania – Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852); a risultati non diversi giunge la lettura che, in caso di mancata pubblicazione, fa decorrere il termine per impugnare dalla comunicazione dell'aggiudicazione, con applicazione del relativo rito (Tar per la Basilicata 13 gennaio 2017, n. 24, Tar per la Puglia – Bari, 5 aprile 2017, n. 340, Tar per la Campania – Napoli, sez. VIII, 5 maggio 2017, n. 2420);

q3) secondo altre interpretazioni la mancata pubblicazione è sostituibile solo dalla comunicazione individuale (Tar per il Lazio – Roma – sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545), ovvero determina l'applicazione delle normali regole sulla conoscenza dell'atto oggetto di impugnazione (Tar per la Toscana, sez. I, 18 aprile 2017, n. 582), o, infine, esclude l'onere di immediata impugnazione non precludendo però la facoltà di una immediata impugnazione dell'ammissione prima dell'aggiudicazione (Tar per il Molise, 4 ottobre 2017, n. 332);

q4) Tar per il Lazio – Roma, sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379 trae dalla previsione della pubblicazione delle ammissioni/esclusioni quale *dies a quo* del termine per impugnare la conclusione della non decorrenza del termine stesso dalla conoscenza acquisita attraverso la partecipazione di un rappresentante della concorrente alla seduta di gara che ha disposto le ammissioni o esclusioni stesse; sul punto si veda Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870, che ha affermato il principio secondo cui, sebbene l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. *"faccia riferimento, ai fini della decorrenza dell'ivi previsto termine d'impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ritiene il Collegio che ciò non implichi l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 cod. proc. amm., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in difetto di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematico della stazione appaltante -, il termine decorre dal momento*

dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale"; di segno opposto è invece la recentissima Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565 secondo cui "l'onere di impugnazione dell'altrui ammissione è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio".

r) sulla ammissibilità della tutela cautelare nel rito super accelerato:

r1) essa è stata ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, ord. 6 marzo 2017, n. 948; *id.* 14 marzo 2017, n. 1059, ord.; *id.* 23 marzo 2017, n. 1323, che correla alla ammissibilità della tutela cautelare la possibilità di definire il giudizio, anche in appello, con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a.);

r2) d'altra parte, il parere Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 464 aveva chiarito che in questo rito "la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito"; L. Bertonazzi, *op. cit.*, rileva che non vi è alcuna incompatibilità tra il rito speciale super accelerato e la tutela cautelare;

s) sui motivi aggiunti e ricorso incidentale:

s1) Tar per la Campania, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434, legge l'art. 120, comma 7, c.p.a. - il quale nel prevedere la impugnazione di ulteriori atti della medesima gara impone l'utilizzo dei motivi aggiunti ma "ad eccezione dei casi previsti dal comma 2 bis" -, nel senso che l'aggiudicazione che sopravvenga alla instaurazione di un ricorso sulla ammissione possa essere impugnata tanto con ricorso autonomo quanto con motivi aggiunti;

s2) Tar per la Campania – Napoli, sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226, legge l'art. 120, comma 6 bis, c.p.a. laddove prevede che "la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare i contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale", nel senso che il ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara del concorrente principale decorre non dalla notifica del ricorso principale ma dalla data di ammissione in gara del concorrente;

t) sull'interesse alla proposizione dell'azione ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.:

t1) L. Bertonazzi, *op. cit.*, afferma che "nella misura in cui verte non già sulla (propria) esclusione, bensì sulle (altrui) ammissioni, il nuovo giudizio prescinde dall'interesse a ricorrere"; G. Severini, *op. cit.*, parla di interesse presunto dal legislatore;

t2) Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014 ha rilevato che l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni dà "evidentemente sostanza e tutela ad un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione", traendone conseguenze in tema di immediata impugnabilità del bando di gara; è seguita l'ordinanza del [Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138](#) che ha deferito all'Adunanza plenaria della questione delle ipotesi nelle quali sia necessaria la immediata impugnazione del bando di gara (oggetto della [News US in data 14 novembre 2017](#), cui si rinvia per ogni approfondimento circa la configurabilità della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo).

IV. – Sui temi più generali della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in materia di appalti, nel più ampio contesto del principio di autonomia degli stati nazionali nel conformare le regole del processo negli ambiti materiali di competenza comunitaria, si segnala quanto segue:

u) la Corte di giustizia UE, in merito alla configurabilità dell'interesse a ricorrere, nella fase anteriore alla aggiudicazione, ha affermato con la sentenza 12 febbraio 2004 in C-230/02 *Grossmann* che *"36 Deve ricordarsi in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando' di tale atto, la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (v., in particolare, sentenze 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., Racc. pag. I-7671, punti 33 e 34; 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 74, e 19 giugno 2003, causa C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner e a., Racc. pag. I-6413, punto 30). 37 Orbene va constatato che il fatto che una persona non presenti ricorso avverso una decisione dell'autorità aggiudicatrice con la quale sono stabilite le specifiche di un bando di gara che essa ritiene discriminatorie in suo danno, in quanto queste ultime le impediscono di partecipare utilmente al procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, ed attenda la notificazione della decisione di aggiudicazione di tale appalto per impugnarla dinanzi all'organo responsabile, basandosi in particolare sul carattere discriminatorio delle dette specifiche, non è conforme agli obiettivi di rapidità ed efficacia della direttiva 89/665. 38 Infatti, un comportamento del genere, potendo ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso, la cui attuazione è stata imposta agli Stati membri dalla direttiva 89/665, è tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici"*; in merito alla legittimazione a ricorrere la sentenza in questione ha affermato in via generale (punti 27-29) la necessità della presentazione della domanda di partecipazione, a meno che l'impresa asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara nel qual caso sarebbe eccessivo esigere un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche. In generale la giurisprudenza comunitaria ha precisato che gli Stati membri non sono tenuti a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma hanno facoltà di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata (v. sentenza 19 giugno 2003, causa C-249/01, *Hackermüller*, punto 18);

u1) la problematica è stata di recente riproposta, in chiave di compatibilità delle regole processuali nazionali con la direttiva ricorsi, da [Cons. Stato, Sezione III – ordinanza 7 novembre 2017 n. 5138](#) (oggetto della [News US 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"»;

v) Sulla possibile rilevanza del rito superaccelerato al fine di rendere «definitiva» l'esclusione, in tal modo precludendo alla impresa concorrente di impugnare l'aggiudicazione per difetto di legittimazione, si rammenta che:

v1) [Corte di giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, GesmbH](#) (in *Gazzetta forense*, 2017, 80, con nota di GILIBERTI, nonché oggetto della [News US del 4 gennaio 2017](#) ai cui approfondimenti si rinvia) ha affermato che «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»;

v2) tuttavia, in assenza di una esclusione «definitiva», la successiva [Corte di giustizia dell'UE, sez. VIII, 10 maggio 2017, C- 131/16, Archus](#) (oggetto della [News US del 19 maggio 2017](#) ai cui approfondimenti si rinvia), ha precisato 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». Ed infatti l'accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico può essere negato solo 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;

v3) già con la [sentenza 5 aprile 2016 C- 689/13, Puligienica](#), (in *Foro it.*, 2016, IV, 324, con nota di SIGISMONDI oggetto della [News US del 7 aprile 2016](#) cui si rinvia per gli approfondimenti), in linea con la sentenza 4 luglio 2013, n. 100, *Fastweb*, (in *Foro it.*, 2015, IV, 311, n. con nota di CONDORELLI), la Corte di Giustizia aveva chiarito che «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»;

v4) 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:

- 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”;

- 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), in puntuale applicazione degli argomenti sviluppati dalla sentenza *Fastweb*, sussiste 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 costruito 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;

v5) secondo [Corte cost. n. 245 del 2016](#) (in *Foro it.*, 2017, I, 75, e oggetto della [News US 19 gennaio 2017](#) cui si rinvia per ogni approfondimento in merito) è inammissibile, salvo

casi eccezionali, l'impugnativa di una procedura di gara da parte di una impresa che non vi abbia partecipato o chiesto di partecipare;

v6) più di recente il [Tar per la Liguria con ordinanza n. 263 del 2017](#) (oggetto della [News US 4 aprile 2017](#) cui si rinvia per ogni approfondimento in merito) ha rimesso alla Corte di Giustizia della UE 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»*;

v7) da ultimo [Cons. Stato, sez. V – ordinanza 6 novembre 2017 n. 5103](#) (oggetto della [News US 10 novembre 2017](#) cui si rinvia per ogni approfondimento in merito) ha nuovamente rimesso 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. – Sulla tutelabilità dell'interesse strumentale nell'ordinamento nazionale e comunitario si segnala quanto segue:

w) nel senso della impossibilità di configurare la tutela del c.d. interesse strumentale nell'attuale ordinamento del processo amministrativo nazionale, 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:

w1) 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; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit. (specie § 8.3.7.), 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;

w2) 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; tali conclusioni devono tuttavia ora essere rimediate alla luce della sentenza della Corte di giustizia *Archus* cit. (su cui si veda *infra* lett. x);

w3) 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»);»;

w4) la opposta tesi della configurabilità, anche in termini di veri e propri diritti, di situazioni soggettive procedurali, come situazioni giuridiche autonome rispetto al contenuto sostanziale del provvedimento finale, è stata sostenuta da CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, FIGORILLI, *Il contraddittorio*

nel procedimento amministrativo, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996, ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998, RENNA, *Obblighi procedurali 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) su cui da ultimo si veda [Cons. St., sez. V, sentenza 11 gennaio 2018, n. 118](#) (oggetto della [News US del 17 gennaio 2018](#) cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e di giurisprudenza) che ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione *“se spetti, in caso di affidamento diretto, senza gara, di un appalto, il risarcimento danni per equivalente derivante da perdita di chance ad una impresa concorrente che avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico”*;

x) La Corte di Giustizia ha invece progressivamente chiarito che anche l'interesse strumentale è meritevole di tutela alla luce delle previsioni della direttiva ricorsi:

x1) A partire dalle sentenze *Fastweb* e *Puligenica*, cit., ha infatti precisato che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso; da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; d'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto.

x2) La questione è stata infine oggetto della sentenza *Archus* cit. dove il giudice del rinvio domandava se la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, potesse riguardare «l'eventuale avvio di una nuova

procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico», atteso che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 prevede che gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che spetta agli Stati membri determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un «determinato appalto» e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione. La Corte ha evidenziato al riguardo che in una situazione come quella portata all'esame dal giudice del rinvio - in cui avendo le imprese ricorrenti proposto ricorso avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, *adottate contemporaneamente*, non potevano essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico - la nozione di «un determinato appalto» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 può, dunque, riguardare anche l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico,

x3) [Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 2017 n. 31226](#) (oggetto della [News US 11 gennaio 2018](#) cui si rinvia per gli approfondimenti di dottrina e di giurisprudenza) ha precisato che basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione, donde l'irrelevanza della discrezionalità della stazione appaltante nel decidere sul rinnovo della gara;

x4) la giurisprudenza amministrativa ha escluso la tutelabilità dell'interesse strumentale nei casi di oggettiva impossibilità di riedizione della gara connessa alla revoca del finanziamento per scadenza del termine previsto nel relativo disciplinare di concessione per il collaudo dell'opera pubblica (cfr. Tar per il Molise 13 ottobre 2017, n. 350).

VI. – In relazione alla c.d. "autonomia procedurale" degli Stati membri si segnala quanto segue:

y) le tensioni latenti tra ordinamento nazionale e comunitario nella disciplina delle condizioni dell'azione nella materia dei contratti pubblici ripropone il tema della autonomia degli stati nazionali nella disciplina degli istituti processuali. A tal riguardo la giurisprudenza della Corte di giustizia si è sviluppata secondo i seguenti passaggi essenziali:

y1) Il concetto di autonomia procedurale degli Stati membri viene fatto risalire alla pronuncia della Corte di giustizia UE sentenza 16 dicembre 1976, in causa 33/76, *Rewe*. Con questa pronuncia, che verteva specificamente su una tematica di diritto processuale amministrativo, la Corte di giustizia ha infatti espressamente statuito che *"... in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta"*; l'autonomia procedurale sussiste, dunque, solo e soltanto nella misura in cui sussista la competenza procedurale degli Stati membri e scompare, invece, nel momento in cui - come nel caso delle direttive ricorsi in materia di appalti pubblici - la competenza procedurale venga avocata a sé dall'Unione. In questo caso, venendo in rilievo lo strumento della direttiva, all'idea di autonomia procedurale si sostituisce quella di "competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi": dato che, ai sensi dell'art. 288 c. 3 TFUE (ex art. 249 c. 3 CE), *"la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi"*. E se vi è sicuramente un'affinità di fondo tra l'idea dell'autonomia procedurale ed

il meccanismo che sottende all'uso dello strumento della direttiva, trattasi tuttavia di due scenari affatto diversi (così GALETTA, *la giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea report annuale - 2011 – Italia*, in www.ius-publicum.com);

y2) l'autonomia procedurale degli Stati membri, affermata a partire da Corte di giustizia UE, sentenza 4 aprile 1968, in causa C-34/67, *Lück*, viene intesa come "scelta autonoma dei mezzi" finalizzati a *sanzionare* il rispetto del diritto UE e trova un limite esterno nell'esigenza di garantire l'effettività di tutte le norme del diritto UE sostanziale, siano esse munite di efficacia diretta o meno. I limiti essenziali all'autonomia procedurale degli Stati membri sono stati precisati nella sentenza *Rewe* cit. e si traducono nel criterio dell'equivalenza ed in quello dell'effettività nel senso che le modalità procedurali stabilite dai giudici nazionali "non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale" (criterio dell'equivalenza) e che le modalità stabilite dalle norme interne non devono rendere "in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare" (criterio dell'effettività);

y3) successivamente la Corte di giustizia arriva a teorizzare un obbligo di interpretazione conforme delle norme procedurali nazionali che ha la finalità specifica di garantire l'effettività alle norme di diritto comunitario sostanziale vigenti in materia (Corte giust., 15 maggio 1986, in causa 222/84, *Johnston*; *idem* 25 luglio 1991, in causa C-208/90, *Emmott*);

y4) con la sentenza Corte giustizia UE, 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel*, l'obbligo di interpretazione conforme si evolve in un vero e proprio dovere del giudice nazionale di "funzionalizzare" gli strumenti messi eventualmente a disposizione dal diritto interno per perseguire l'obiettivo primario di garantire l'effettività del diritto comunitario. La funzionalizzazione non si risolve nella imposizione di nuovi strumenti sconosciuti al diritto nazionale, bensì semplicemente nella richiesta dell'utilizzazione di quelli che già esistono, estendendone eventualmente l'ambito di applicazione per ricomprendervi fattispecie comunitariamente rilevanti in cui si ponga il problema di garantire, nel caso concreto, l'effettività del diritto UE. La funzionalizzazione si spinge sino al punto di chiedere al giudice nazionale delle vere e proprie deroghe al diritto processuale nazionale, come accaduto in modo emblematico per il principio di intangibilità del giudicato (Corte giustizia UE, sentenza 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler*; *idem* 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*);

y5) la tesi della funzionalizzazione degli istituti processuali nazionali è stata, ancora di recente, applicata alla disciplina della decorrenza del termine di impugnazione da Corte di giustizia UE 8 Settembre 2011 in causa C-177/10, *Rosado Santana* in cui è stato chiesto al giudice del rinvio di verificare se la disciplina interna fosse tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dalle fonti comunitarie e ciò anche nella prospettiva della eventuale disapplicazione della norma processuale interna che osti a rendere effettiva la tutela del diritto di matrice comunitaria (Corte di giustizia UE, sezione VI, 27 febbraio 2003 in causa C-327/00, *Santex*);

y6) l'unico argine all'obbligo della interpretazione conforme e alla teoria della funzionalizzazione degli istituti processuali nazionali per garantire l'effettività del diritto comunitario sostanziale è rappresentata dalla nota «teoria dei controlimiti», la cui

applicazione è stata di recente prospettata in materia penale nel noto caso «Taricco» (oggetto di approfondimento nella [News US del 30 gennaio 2018](#) cui si rinvia) in cui la funzionalizzazione mediante disapplicazione della disciplina nazionale sulla prescrizione in materia penale avrebbe comportato una possibile violazione del principio supremo di irretroattività della norma penale sfavorevole;

y7) in dottrina, nell'ambito di una vasta letteratura, si segnalano: CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 499 ss.; CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 255 ss.; CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224 ss.; DANIELE, *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, p. 1385 ss.; GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996/3-4, p. 797 ss.; MARCHETTI, *Sul potere di annullamento d'ufficio, la Corte ribadisce l'autonomia procedurale degli Stati membri, ma si sbilancia un po'*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2006/6, p. 1132 ss.; MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2004/3-4, p. 1007 ss.; MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una tutela cautelare europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, p. 1155 ss.; MENGOZZI, *L'applicazione del diritto comunitario e l'evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia nella direzione di una chiamata dei giudici nazionali ad assicurare una efficace tutela dei diritti da esso attribuiti ai cittadini degli stati membri*, in L. VANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 29 ss.; MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*. Quaderni della Rivista "Il Diritto dell'Unione Europea", Milano, 2001; TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1992, p. 125 ss.; GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Giappichelli, Torino, 2009.