



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 60 del 9 maggio 2023

a cura dell'Ufficio del massimario

La Corte di giustizia dell'Unione europea interviene nuovamente a precisare i limiti della legittimazione a ricorrere in tema di appalti pubblici con particolare riferimento all'impresa – già definitivamente esclusa (stante il rigetto, con sentenza passata in giudicato del ricorso, proposto, dalla procedura di evidenza pubblica per carenza di una delle condizioni di partecipazione – che agisca in giudizio per contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, della partecipazione dell'aggiudicatario e di tutti gli altri offerenti a un accordo anticoncorrenziale nello stesso settore interessato dalla procedura di evidenza pubblica.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione X, sentenza 9 febbraio 2023, C-53/22 – Vz.

Unione europea – Contratti pubblici – Carenza dei requisiti di partecipazione – Esclusione dalla gara – Definitività – Aggiudicazione – Concorrenza – Legittimazione a ricorrere – Esclusione.

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 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, deve essere interpretato nel senso che: esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore – al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato –

di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia sul rinvio pregiudiziale del T.a.r. per la Lombardia, sez. I, ordinanza 7 gennaio 2022, n. 25 volto ad ottenere un intervento interpretativo del giudice comunitario sui presupposti e i limiti della legittimazione a ricorrere nelle procedure di evidenza pubblica nell'ambito di un giudizio:

- avente ad oggetto il diniego di annullamento in autotutela da parte della P.A. dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, disposta in favore di un'impresa, malgrado la stessa (unitamente a tutte le altre concorrenti utilmente graduate nella gara): *i*) sia incorsa in un illecito anticoncorrenziale, consistente in un accordo orizzontale anticompetitivo, per la fissazione dei prezzi dei servizi, volto a influenzare le stazioni appaltanti, nelle gare per il loro affidamento; *ii*) sia stata sanzionata per tale condotta restrittiva della concorrenza (c.d. intesa Prezzario), contraria all'art. 101 TFUE, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (nel proseguo "Agcm"), definitivamente confermata in sede giurisdizionale con sentenza Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2021, n. 5058.

- promosso da un'impresa: *i*) già precedentemente esclusa – per mancanza dei requisiti di capacità professionale – dalla procedura di evidenza pubblica culminata nell'aggiudicazione per il cui diniego di annullamento di cui discute; *ii*) rimasta definitivamente soccombente nel giudizio amministrativo promosso avverso tale esclusione (giusta sentenza Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2020, n. 1414); *iii*) che ha richiesto alla stazione appaltante l'annullamento dell'aggiudicazione per carenza dei requisiti di moralità professionale dell'aggiudicataria e, in conseguenza, dell'intera procedura non potendo procedersi allo scorrimento stante la partecipazione di tutti gli altri soggetti utilmente collocatisi in graduatoria all'accordo anticoncorrenziale; *iv*) dichiaratasi portatrice dell'interesse all'annullamento dell'intera gara e alla sua conseguente ripetizione, avendo nelle more acquisito la certificazione COA per cui era stata esclusa;

- in cui il T.a.r., dopo avere ricostruito il quadro normativo nazionale ed eurounitario, ex art. 267 TFUE, ha formulato i seguenti quesiti: *i*) "se l'articolo 1 paragrafo 3 della direttiva 89/665 osta a che a un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, sia negata la possibilità di ricorrere avverso il diniego di annullamento dell'aggiudicazione, quando intenda dimostrare che l'aggiudicatario, e tutti gli altri concorrenti utilmente graduati, avevano commesso un grave illecito professionale, consistente nell'aver stipulato accordi anticompetitivi,

accertati in sede giurisdizionale solo successivamente alla sua esclusione, e ciò al fine di conseguire la possibilità di partecipare alla riedizione della procedura”; ii) “se l’articolo 1 paragrafo 3 della direttiva 89/665 e i principi eurounitari in tema di tutela della concorrenza ostino a che sia precluso al giudice amministrativo lo scrutinio del ricorso presentato da un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, avverso il diniego di autotutela della stazione appaltante, rispetto agli atti di ammissione e di aggiudicazione in favore di concorrenti che abbiano stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisdizionale, nello stesso settore oggetto della procedura”

II. – Rispondendo al giudice del rinvio, la Corte di giustizia UE:

- a) con riguardo alla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale:
- a1) ricorda come le questioni sollevate dai giudici nazionali godono di una presunzione di rilevanza, sicché il rifiuto del giudice comunitario di pronunciarsi su una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE è possibile solo qualora risulti che l’interpretazione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l’oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere in modo utile a tali questioni (cfr. Corte di giustizia UE, sez. V, 20 ottobre 2022, C-825/21, Centre public d’action sociale de Liège, punto 34 e giurisprudenza ivi citata);
 - a2) sottolinea come una domanda di pronuncia pregiudiziale non possa essere respinta in quanto irricevibile per il solo motivo che la risposta alle questioni sollevate emerge già dalla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, Corte di giustizia UE, sez. V, 24 febbraio 2022, C-257/20, Viva Telecom Bulgaria, punto 42 e giurisprudenza ivi citata);
 - a3) evidenzia come il giudice del rinvio abbia chiaramente indicato che, conformemente alle disposizioni procedurali del diritto italiano, come interpretate dalla giurisprudenza italiana, esso potrebbe essere indotto a respingere il ricorso per carenza di interesse ad agire, a meno che l’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, letto eventualmente alla luce delle norme sulla concorrenza del diritto dell’Unione – puntualmente indicate – debba essere interpretato nel senso che esso osta a tale rigetto;
 - a4) conclude che le questioni sollevate presentano un legame diretto con l’oggetto della controversia principale e non possono essere considerate puramente ipotetiche;

b) con riguardo al merito delle due questioni (esaminate congiuntamente),

- b1) premette che, ai sensi dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che essi possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa da una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle disposizioni nazionali che attuano tale diritto: v. Corte di giustizia UE, sez. III, 28 novembre 2018, C-328/17, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a., punto 44 nonché giurisprudenza ivi citata (oggetto della *News US* del 3 dicembre 2018);
- b2) aggiunge che gli Stati membri non sono dunque tenuti a rendere tali 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 che essa deduce (Corte di giustizia UE, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a. cit.*, C-328/17, punto 45);
- b3) richiama il proprio orientamento secondo cui: i) al fine di dimostrare l'interesse del ricorrente a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto o il risarcimento del danno dall'illegittimità di tale atto, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, è di regola, necessaria la partecipazione dello stesso alla relativa procedura di evidenza pubblica; ii) se non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi all'intervenuta aggiudicazione o richiedere il risarcimento del danno per l'illegittimità della procedura di cui trattasi (Corte di giustizia UE, sez. VI sentenze del 12 febbraio 2004, C-230/02, Grossmann Air Service, punto 27, nonché Corte di giustizia UE, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a. cit.*, C-328/17, punto 46);
- b4) menziona tuttavia l'ipotesi in cui si è riconosciuta la possibilità di ricorrere all'operatore che non abbia presentato l'offerta a causa della presenza, nei documenti relativi alla gara d'appalto o nel capitolato d'onori, di talune specifiche che non avrebbe potuto rispettare o di alcuni requisiti che non avrebbe avuto la possibilità di ottenere (v., in tal senso, Corte di giustizia UE, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a. cit.*, sentenza del 28 novembre 2018, punto 47 nonché giurisprudenza ivi citata);
- b5) esclude, ai sensi della giurisprudenza richiamata ai punti b3) e b4), che l'operatore – estromesso da una procedura di evidenza pubblica per carenza dei requisiti di partecipazione con provvedimento divenuto inoppugnabile in ragione del giudicato formatosi sul giudizio promosso avverso tale determinazione prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione dell'appalto in questione – possa rientrare nella nozione di "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione", ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva

89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, anche qualora abbia, nel frattempo, acquisito il requisito di partecipazione mancante, cosicché, in caso di riedizione della gara, avrebbe potrebbe presentare un'offerta e ottenerne l'aggiudicazione;

- c) con riguardo alla giurisprudenza formatasi sulla legittimazione a ricorrere, in parte richiamata dal giudice del rinvio, pone in rilievo la piena continuità della soluzione indicata al punto b5) con i propri precedenti poiché:
- c1) in via generale – nelle sentenze Corte di giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, (in *Foro it.*, 2014, IV, 395), grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica (in *Foro it.*, 2016, IV, 324, con nota di SIGISMONDI, in *Urb. app.*, 2016, 1080, con nota di C. LAMBERTI, *La Corte di giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo d'interprete (unica) del diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 560, con nota di E. SCHNEIDER, *Il ricorso incidentale e il rinvio pregiudiziale obbligatorio alla corte di giustizia UE*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 790, con nota di A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia.*, in *Giur. it.*, 2016, 2221, con nota di A. GIUSTI, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici.*) – è stata affermata la sussistenza per ciascun offerente di un analogo interesse all'esclusione dell'offerta degli altri ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso;
 - c2) si è però specificato, nella sentenza del Corte di giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, che le situazioni in esame nei giudizi di cui alle sentenze citate al punto c1), fossero caratterizzate dal fatto: *i*) che le offerte dei soggetti interessati non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice interessata; *ii*) che ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, rispettivamente vantando un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta e dette contestazioni potendo indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare;
 - c3) si è negata, al contrario, la legittimazione a ricorrere qualora, prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, un offerente sia stato definitivamente escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto stesso con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice confermata da una decisione giurisdizionale che ha acquisito autorità di cosa giudicata (v., in tal

sensu, Corte di giustizia UE, sez. X, 24 marzo 2021, C-771/19, Nama, sez. VIII, 11 maggio 2017, C-131/16, Archus e Gama, sez. VIII, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, cit.).

- c4) si è più volte ribadito come sia il carattere non ancora definitivo della decisione di esclusione che determina la legittimazione ad agire di un offerente contro una decisione di aggiudicazione: v. Corte di giustizia UE, sez. VIII, ordinanza del 17 maggio 2022, C-787/21, Estaleiros Navais de Peniche, grande sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia, (in Giorn. dir. amm., 2022, 225, con nota di M.P. CHITI, Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla corte di giustizia: "tutti gabbati"?, in Giur. it., 2022, 2186, con nota di LIPARI, La sentenza della Cgue 21 dicembre 2021, c-497/20, Randstad e la violazione del diritto EU, nonché oggetto della News US n. 10 del 18 gennaio 2022);
- c5) la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi (in Foro it., 2022, IV, 90, in Urb. app., 2020, 41, con nota di BALDI, La Corte UE ancora sul ricorso incidentale escludente: la concorrenza come bene della vita?, nonché oggetto della News US n. 102 del 25 settembre 2019) menzionata dal giudice del rinvio, non è pertinente giacché il caso esaminato in tale sentenza non è assimilabile a quello in esame, bensì alle fattispecie di cui al punto c1);

IV – Per completezza, si segnala quanto segue:

- d) l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di legittimazione a ricorrere e di ricorso incidentale si può riassumere nei seguenti termini:
- d1) Corte di giustizia UE, sez. VI, 19 giugno 2003, C-249/01, Hackermuller, (in Foro it., 2004, IV, 269, in Urb. app., 2003, 1275 ss., con nota di S. FANTINI, L'influenza comunitaria sulle condizioni di accesso al giudizio amministrativo) secondo cui l'accertamento, in via amministrativa e/o in via giudiziale (anche ove non "crystalizzato" da un giudicato), dell'assenza dei requisiti di partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica priva l'operatore economico della qualità di soggetto "che sia stato o rischi di essere lesa" dall'asserita illegittimità dell'aggiudicazione ad altro operatore (legittimazione al ricorso); in altre parole, nel precedente giurisprudenziale anzidetto, la Corte non escludeva che il giudizio promosso contro l'aggiudicazione dell'appalto ad altro operatore potesse essere respinto [dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione] qualora il giudice – nell'ambito del medesimo giudizio – avesse accertato l'assenza dei presupposti di partecipazione alla gara in capo all'impresa ricorrente;
- d2) Corte di giustizia UE, *Fastweb*, cit. – che pur affermando di conformarsi ai principi della sentenza Corte di giustizia UE *Hackermuller*, cit., se ne discosta – ampliando la nozione di soggetto legittimato giacché l'articolo

1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 osta al fatto che – «*se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice [poiché non conforme alla *lex specialis*]*» – il ricorso possa essere dichiarato «*inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale*»;

- d3) Corte di giustizia UE, *Puligienica*, cit., che ribadendo i principi della sentenza Corte di giustizia UE, *Fastweb*, cit., dilata l'interesse "ad ottenere l'aggiudicazione", comprendendovi anche la mera eventualità di ottenerla tramite la riedizione della gara così affermando il seguente principio: l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 "deve essere interpretato nel senso che esso 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", tra cui deve annoverarsi anche la possibilità di una riedizione della gara, "e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente", "sia dichiarato irricevibile [inammissibile] in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente";
- d4) Corte di giustizia UE, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, cit., e Corte di giustizia UE, *Archus e Gama*, cit. che escludono la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione di una gara all'operatore estromesso dalla stessa con una determinazione della stazione appaltante divenuta inoppugnabile (per omessa impugnazione o per la reiezione del gravame con statuizione passata in giudicato); inoltre, dalla lettura combinata delle motivazioni delle due sentenze, emerge che la privazione della legittimazione a ricorrere sia predicabile solo per l'operatore che sia stato definitivamente escluso prima dell'instaurazione del giudizio avverso l'aggiudicazione
- d5) Corte di giustizia, *Lombardi*, cit. che amplia ulteriormente la nozione di interesse a ricorrere e della conseguente legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione predicandola anche in capo al concorrente che – in ragione della sua collocazione in graduatoria – non potrebbe aspirare all'affidamento dell'appalto stante la presenza di altre imprese, utilmente collocate, che lo precedono, e di cui non deve contestarne la regolarità, giacché «*l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa*»;

- e) sulla legittimazione a ricorrere nell'ambito del diritto comunitario nella distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva: v. M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 293 che richiama (con la citazione della più attenta dottrina) anche il concetto di "diritto soggettivo procuratorio" emerso nella storica sentenza Corte di giustizia CEE, 5 febbraio 1963, C-26/62, Van Gend (in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 930) in cui il ricorso giurisdizionale dei singoli cittadini svolge anche un ruolo di enforcement del diritto eurounitario;
- f) sull'evoluzione della giurisprudenza eurounitaria in tema di legittimazione a ricorrere e di ricorso incidentale escludente si veda: i) A. DE ZOTTI, *Evoluzione, requiem ed epitaffio del ricorso incidentale escludente dopo la sentenza della Corte di giustizia 5 settembre 2019, n. C-133/18*, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2019, 822; ii) BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 519 che ricostruisce l'evoluzione (non sempre lineare) della giurisprudenza eurounitaria con considerazioni critiche, in particolare:
- sulla sentenza della Corte di giustizia UE, *Fastweb*, in quanto contrasterebbe: i) con l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in cui la qualifica di soggetto "che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione" deve necessariamente collegarsi all'"interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto" così come evincibile dall'utilizzo tra le due proposizioni della particella "e", non quella disgiuntiva "o"; ii) con la nozione normativa di "offerenti interessati" – che esclude la possibilità di rinvenire un rischio di lesione nel danno alla propria "posizione concorrenziale – introdotta, nel tessuto della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, proprio sulla base della citata sentenza della Corte di giustizia UE, *Hackermuller*, cit. e richiamata con l'art. 2-bis, par. 2, comma 1, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 che vieta la stipula del contratto prima che sia trascorso un certo termine dilatorio dalla comunicazione della "decisione di aggiudicazione" "agli offerenti e ai candidati interessati", sul chiaro presupposto che la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione spetti a questi ultimi;
 - sulla sentenza della Corte di giustizia UE, *Lombardi*, cit., in quanto estendere la nozione di "interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto" previsto dall'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE sino a fondarlo su utilità ottative connesse ad un'eventuale riedizione della gara significa prescindere *tout-court*;
 - iii) D. CAPOTORTO, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo*

paradigma dell'ordinamento processuale?, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 665 che richiama la sentenza Corte cost. 13 dicembre 2019, n. 271, ove si ribadisce che «*gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo*»;

- g) sulla natura soggettiva e oggettiva della giurisdizione amministrativa: v. A. AMORE, *Il ricorso all'istituto dell'autonomia processuale in materia di rapporto tra ricorso incidentale e principale: "scatto al re", alla corte di giustizia europea?*, in *Foro amm.*, 2018, n. 1395, che individua tutte i possibili vulnera costituzionali di una giurisdizione amministrativa oggettiva; L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, cit. che ipotizza l'intervento della Corte costituzionale e il ricorso ai controlimiti; L. GIZZI, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Questione giustizia*, 2021; GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 394 che legittima l'opzione oggettivistica in ragione della settorialità dell'ambito d'intervento e per la natura della materia degli appalti;
- h) sulla questione del ricorso incidentale escludente e sulla sua idoneità ad assurgere a motivo di giurisdizione per radicale violazione di norme eurounitarie:
- h1) in giurisprudenza: v. rinvio pregiudiziale della Cass. civ., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598 (in *Foro.it*, 2020, I, 3391, in *Giur. costit.*, 2020, 2535, con nota di M. FRANCAVIGLIA, *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*, in *Il processo*, 2020, 886, con nota di M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 135, con nota di CUSENZA, *Il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia: dubbi e criticità*, in *Urb. app.*, 2021, 375, POLLICINO, *Le sentenze del consiglio di stato in conflitto con il diritto uestono ricorribili in cassazione per motivi di giurisdizione?*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 301, con nota di MANCINI, in *Giur. it.*, 2021, 398, con nota di PATRITO, *Il rinvio pregiudiziale: consiglio di stato e corte di cassazione a confronto*, in *Giur. it.*, 2021, 810, con nota di PICOZZA, *La corte di cassazione a sezioni*

unite garante dell'ordinamento giuridico multilivello?) e la risposta della Corte di giustizia UE, Randstad Italia, cit.,

- h2) in dottrina: M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 927; A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1169; TROPEA, *il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1083; E.M. BARBIERI, *Un ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato approda, forse, senza ragione alla Corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2021, 103, M. CHITI, *la Corte costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni - osservazioni sull'ordinanza delle sezioni unite della cassazione n. 19598/2020*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2021, 1; CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme: nota all'ordinanza delle S.U. della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021, P.G. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*, in www.giurcost.org, 11 dicembre 2020, LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere del concorrente escluso dalla gara: la cassazione sceglie il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2021, 79.