

L'Adunanza plenaria rimette alla Corte di giustizia UE la *vexata quaestio* del rapporto fra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di gare d'appalto

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ordinanza, 11 maggio 2018, n. 6 – Pres. Pajno, Est. Taormina

Giustizia amministrativa – Appalti pubblici – Ricorso incidentale escludente – Ricorso principale – Ordine di esame – In presenza di pluralità di offerte non impugnate – Deferimento alla Corte di giustizia UE

Va rimesso alla Corte di Giustizia Ue il seguente quesito interpretativo: se 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, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc). (1)

(1) I. – Con la decisione in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia UE il quesito interpretativo di cui alla massima sollecitando un chiarimento definitivo della Corte sulla questione del rapporto fra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di gare d'appalto, in presenza di una pluralità di concorrenti non evocati in giudizio o le cui offerte non sono state censurate. Ne ha chiesto la trattazione con rito accelerato, ai sensi degli articoli 23 *bis* dello Statuto della Corte e 105, paragrafo 1, del relativo Regolamento di procedura tenuto conto che la questione sottoposta al giudizio della Corte ha natura di questione di principio, e trattasi di problematiche di corrente applicazione.

II. – L'ordinanza di rimessione.

Con ordinanza 6 novembre 2017 n. 5103 (oggetto della News del 10 novembre 2017 con ampi riferimenti di giurisprudenza e di dottrina cui si rinvia) la quinta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a. il quesito 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.

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 in quanto il giudice, anche a ritenere fondato il ricorso incidentale, avrebbe dovuto comunque esaminare anche il ricorso principale, sussistendo un interesse, strumentale e mediato, alla declaratoria dell'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria, in quanto una tale statuizione avrebbe potuto portare l'amministrazione ad intervenire in autotutela annullando la procedura e indicando una nuova gara.

L'ordinanza di rimessione prendeva 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 possa 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 ma dovrà necessariamente risolversi nell'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) né 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 veniva reputata rilevante dalla sezione rimettente in relazione alla fattispecie controversa (gara d'appalto con tredici imprese partecipanti, con quelle graduatesi successivamente al terzo posto che non avevano proposto impugnativa e le cui offerte non erano state oggetto di contestazione), caratterizzata dal fatto che le ragioni di esclusione prospettate nei confronti dell'aggiudicataria attenevano alla mancanza dei requisiti richiesti dal disciplinare di gara, falsamente dichiarati, nonché per mancata presentazione della documentazione a corredo della fideiussione per la cauzione provvisoria in capo alla società indicata in sede di offerta come incaricata della progettazione, mentre le ragioni di esclusione prospettate nei confronti della seconda graduata erano attinenti alla mancanza dei requisiti di qualificazione S.O.A. in capo alle imprese ausiliarie.

Secondo l'ordinanza in tal caso, stando al 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 configurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale; stando invece al 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 verrebbe compiuta, concluso il giudizio, dalla stazione appaltante.

III. – La decisione dell'Adunanza plenaria.

Con la pronuncia in rassegna l'Adunanza plenaria ritiene di dover interpellare la Corte di giustizia UE sulle questioni sottoposte alla sua attenzione, disponendo il rinvio pregiudiziale obbligatorio per le seguenti ragioni:

- a) rammenta che al fine di assicurare che *"le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile"*,

secondo quanto prescritto dall'articolo 1 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 66 dell' 11 dicembre 2007, il legislatore nazionale:

- a1) ha previsto l'istituto della legittimazione processuale straordinaria attribuita all'Anac con riferimento all'impugnazione dei bandi di gara e degli altri atti generali qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;
- a2) ha introdotto il nuovo rito c.d. "superaccelerato" di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 del c.p.a. (in relazione al quale si rinvia alla News US in data 1 febbraio 2018 avente ad oggetto T.a.r. per il Piemonte, sezione I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 che ha demandato 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) in forza dell'art. 204 comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, la cui *ratio* è consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione;
- b) evidenzia tuttavia che gli sforzi del legislatore nazionale per adeguarsi alle prescrizioni dei competenti organismi europei ed il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di Giustizia non hanno del tutto eliso le incertezze degli interpreti su alcune problematiche in materia di pubblici incanti tra le quali annovera la tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale c.d. "escludente";
- c) ricostruisce, in particolare, l'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria in tema, a partire da Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11 (in *Foro it.*, 2009, III, 1, con nota di SIGISMONDI; *Urbanistica e appalti*, 2009, 41, n. TARANTINO; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 2939, n. CIMELLARO; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 3308 (m), n. TROPEA; *Dir. proc. amm.*, 2009, 146, n. SQUAZZONI, TROPEA; *Giornale dir. amm.*, 2009, 749 (m), n. IERA; *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 1489; *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, 1412, n. PELLEGRINO; *Arch. giur. oo. pp.*, 2008, 1081; *Ammin. it.*, 2009, 880; *Giust. amm.*, 2008, fasc. 4, 300 (m), n. PELLEGRINO) sino a Corte di giustizia UE, Sez. VII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *GesmbH*, rilevando che la giurisprudenza nazionale non è concorde in ordine alle conseguenze da trarre dalle precisazioni via via fornite dalla Corte di giustizia UE circa l'interpretazione da fornire all'articolo 1, par. 3 della "Direttiva ricorsi", secondo cui "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 lesa a causa di una presunta violazione” ed in particolare, al riferimento *“a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione”*, nelle ipotesi in cui il concorrente sia stato o avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, ed al riferimento a *“un determinato appalto”*, laddove il concorrente (che sia stato o avrebbe dovuto essere escluso) aspiri in sostanza a un’ utilità mediata rappresentata dall’annullamento (se del caso, in autotutela) dell’intera procedura e alla sua riedizione;

d) quanto al rilievo attribuito dalle statuizioni della Corte di giustizia al concetto di *“interesse strumentale alla ripetizione della procedura”* – ferma restando la eccezionalità della tutela di tale interesse in quanto eccentrico rispetto alla struttura fondamentale del processo di parte innervato dal principio dispositivo - così sintetizza i principi condivisi:

d1) nessuno dubita che, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi propongano ricorsi reciprocamente escludenti, si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione dai medesimi proposti, quali che siano i motivi di censura ivi contenuti;

d2) parimenti, nessuna perplessità sussiste circa l’esattezza dell’affermazione secondo cui ad analoghe conclusioni deve pervenirsi (anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara), ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura in quanto:

- si censuri la regolarità della posizione - non soltanto dell’aggiudicatario e di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, collocati in posizione migliore della propria ma, anche - dei rimanenti concorrenti collocati in posizione peggiore;
- ovvero perché siano proposte censure avverso la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l’intera selezione evidenziale;

d3) in tali casi, si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l’obbligatorietà dell’esame del ricorso principale, in quanto dall’accoglimento di quest’ultimo discenderebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura;

e) rileva che sussiste incertezza, viceversa, nell’evenienza (occorsa nel caso oggetto del giudizio) in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:

e1) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara di guisa che, anche laddove entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero purtuttavia alcune offerte non *“attinte”* dai vizi riscontrati;

- e2) al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* tese ad invalidare l'intera gara e determinanti –ove accolte - la certa ripetizione della procedura;
- f) ricostruisce sul punto i due orientamenti delineatisi nella giurisprudenza nazionale, filoni interpretativi che muovono entrambi dall'identico punto di partenza – e cioè che dall'accoglimento del ricorso incidentale “escludente” discende l'insussistenza dell'interesse diretto e immediato del ricorrente principale riguardo all'aggiudicazione perché, essendo stato accertato che lo stesso è stato indebitamente ammesso alla gara, questi certamente non può ottenere l'aggiudicazione - ma che divergono nelle conclusioni:
- f1) secondo una prima linea esegetica (Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593) la sentenza della Grande Sezione 5 aprile 2016 in causa C-689/13- *Puligienica* cit. imporrebbe, anche in simili evenienze, la disamina del ricorso principale, pur dopo l'avvenuto accoglimento del ricorso incidentale escludente, non dovendosi tenere conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste estranee al giudizio) né 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 e incidentale: nella descritta situazione non costituirebbe evenienza necessaria l'aggiudicazione del contratto all'impresa successivamente classificata, perché la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non vi resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare e si addivenga alla ripetizione della procedura;
- f2) secondo un altro approccio ermeneutico, viceversa (Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708), nell'evenienza data, l'esame del ricorso principale si imporrebbe soltanto laddove l'accoglimento dello stesso produca come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento: ma, nel caso di più di due imprese partecipanti alla gara delle quali solo due siano in giudizio, ciò potrebbe avvenire soltanto se fosse rimasto accertato che anche le offerte delle restanti imprese risultino affette dal medesimo vizio che aveva giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente parte della controversia;
- g) evidenzia le critiche mosse ad entrambi gli indirizzi e, in particolare:
- g1) quanto al primo:

- non terrebbe conto delle “aperture” (contenute nella sentenza della Corte di giustizia UE, Sez. VII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *GesmbH*), relative alla possibilità che l’offerente escluso dalla gara con una pronuncia regiudicata non possa più contestare l’esito della gara;
- non terrebbe in considerazione la circostanza che l’autotutela della stazione appaltante sulle altre offerte rimaste in gara, in simili evenienze, non costituirebbe altro che una mera eventualità ipotetica, rimessa a determinazioni rientranti nella lata discrezionalità della stazione appaltante e che l’interesse (seppure ipotetico) in tal senso prospettato non potrebbe poi essere giustiziabile: in quanto “*soggetto definitivamente escluso*” con una pronuncia regiudicata sembra certo che il ricorrente principale non potrebbe impugnare le successive determinazioni della stazione appaltante che, scorrendo la graduatoria, implicitamente non abbia dato corso all’annullamento e ripetizione dell’intera gara;
- darebbe ingresso ad una nozione di interesse scevra dai predicati di “certezza ed attualità” (e pertanto distonica rispetto ai principi generali del processo amministrativo costantemente affermati dalla giurisprudenza; cita in proposito Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855 e Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031);
- ciò, in un sistema giuridico che continua a considerare l’autotutela dell’amministrazione, anche per ragioni di garanzia dell’affidamento, meramente facoltativa e peraltro soggetta ai limiti temporali stringenti di cui all’art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n.241 e che ritiene tali principi praticabili anche laddove l’atto amministrativo puntuale si ritenga illegittimo per contrasto con il diritto comunitario;

g2) quanto al secondo:

- sembrerebbe contrastare con le affermazioni (in tesi incondizionate ed indifferenti al numero delle imprese partecipanti alla procedura ed alla tipologia ed identità dei vizi dedotti) contenute nella sentenza della Corte di Giustizia UE 5 aprile 2016 in causa C-689/13-*Puligienica*;
- per altro verso, non terrebbe conto della circostanza che, anche laddove esaminando il ricorso principale e quello incidentale si accertasse che tutte le restanti offerte rimaste in gara (e riferibili ad imprese non evocate in giudizio) presentavano vizi comuni a quelli riscontrati sussistenti, ugualmente resterebbe facoltativo, per l’Amministrazione, agire in autotutela (invece che scorrere la graduatoria) e disporre la ripetizione della gara; né - stante il principio

contenuto nell'art. 112 c.p.c. ed il disposto dell'art. 34, comma II, del c.p.a. – il Giudice potrebbe dettare *motu proprio* una indicazione conformativa in tal senso;

- h) aggiunge, sul versante strettamente processuale, le seguenti ulteriori criticità:
- h1) seguendo l'impostazione della sentenza "*Puligienica*" i principi della domanda (art. 112 c.p.c.) e dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) che "governano" il processo amministrativo, imporrebbero pur sempre al ricorrente principale di provare che i vizi ipotizzati con il proprio ricorso siano comuni anche alle altre offerte rimaste in gara e che, comunque, la ripetizione della procedura sia una evenienza concretamente ipotizzabile;
 - h2) dovrebbe essere affidato al Giudice il vaglio sulla concretezza dell'interesse alla riedizione della procedura azionato con il ricorso principale, ricorrendo agli istituti processuali del codice del processo amministrativo per consentire in tali evenienze il dispiegarsi del contraddittorio con le offerenti rimaste in gara e non evocate in giudizio e, insieme, per rendere effettiva e non ipotetica (in quanto rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante) l'evenienza della ripetizione della gara ove le censure contenute nel ricorso principale fossero reputate fondate e, soprattutto, fossero comuni alle offerenti rimaste in gara e potenziali beneficiarie dello scorrimento della graduatoria;
- i) la Plenaria passa quindi ad illustrare le ragioni della rilevanza rispetto al caso deciso della questione interpretativa pregiudiziale prospettata precisando che:
- i1) alla gara hanno partecipato più imprese e numerose di esse (cinque), neppure evocate in giudizio, sono collocate successivamente all'originario ricorrente principale (che ebbe a posizionarsi al terzo posto);
 - i2) qualora all'obbligo di esaminare il ricorso principale dovesse attribuirsi portata assoluta ed incondizionata, anche nel caso in esame si dovrebbe comunque procedere all'esame del ricorso principale; e ad analoghe conclusioni dovrebbe pervenirsi laddove si affermasse che sia sufficiente la semplice seppure ipotetica, possibilità di un intervento in autotutela dell'amministrazione sulla gara, per imporre l'esame del ricorso principale;
 - i3) se invece tale obbligo di esame del ricorso principale andasse correlato ad una eventualità non meramente ipotetica di un intervento in autotutela dell'amministrazione che comporti la ripetizione della intera gara, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale si dovrebbe valutare in concreto 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; in mancanza assoluta almeno di tale situazione strumentale non sembrerebbe trovare utile e ragionevole applicazione una interpretazione assoluta del diritto europeo sganciato da qualsivoglia interesse;

j) in ottemperanza alle prescrizioni contenute ai punti 17 e 34 delle *“Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”* rappresenta il proprio punto di vista sulla questione nei seguenti termini:

- j1) ritiene maggiormente rispettoso di uno dei valori essenziali dell’ordinamento processuale nazionale, ovvero del principio dispositivo e dell’iniziativa delle parti (per quest’aspetto comune a quello di numerosi altri Stati-Membri), che venisse precisato che l’interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la *“regolarità delle procedure di gara”*), dovrebbe essere valutato dal Giudice adito nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte;
- j2) in quest’ottica, ritiene opportuno che sia rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all’autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova;
- j3) osserva che rimettere al Giudice nazionale adito un margine di valutazione in ordine all’accertamento della reale sussistenza in concreto di un interesse, sia pure strumentale del ricorrente principale, appare maggiormente coerente sia con il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale - e quindi con l’autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia - sia con gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell’interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse; salvi i casi contemplati anche dall’ordinamento italiano, in cui il rispetto delle regole venga demandato ad una autorità pubblica, riconoscendo alla stessa la legittimazione a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo.

IV. – 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 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):

- k) 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;
- l) 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»;

- m) 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;
- n) 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, 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».*

V.- 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:

- o) 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”;*

p) 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.

VI. - 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), che mira alla realizzazione del giusto processo ex art. 111 Cost., si veda:

q) 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; tutte nel senso:

- 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;

- 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;

- 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;

- r) in dottrina: R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo cit.*, 759 ss, 2056 ss., nega in radice che l'interesse strumentale sia configurabile quale interesse legittimo;
- s) la opposta tesi della configurabilità, anche in termini di veri e propri diritti, di situazioni soggettive procedimentali, come situazioni giuridiche autonome rispetto al contenuto sostanziale del provvedimento finale, è stata sostenuta da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione* in, *Dir. amm.* 2005, 3, 557;
- t) 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 escludeva 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, impostazione ora superata dalla Plenaria n. 5 del 2018 oggetto della News US in data 9 maggio 2018); 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 i vizi puramente formali che consentono ovvero impongono il riesercizio del potere (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., I, 1374, con nota di DI ROSA cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);

u) tale indirizzo dovrà essere rimeditato alla luce del principio di diritto reso dalla pronuncia della Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 (oggetto della News US in data 9 maggio 2018 cui si rinvia per ogni approfondimento) con riferimento alla risarcibilità del danno da «mero ritardo», anche se l'autonoma rilevanza, anche economica, del “bene tempo”, se da un lato giustifica l'apertura della Plenaria, dall'altro non rende necessaria, dal punto di vista della coerenza sistematica, una indiscriminata tutela di tutte le posizioni giuridiche soggettive procedimentali, in via autonoma rispetto al bene della vita finale, come confermato dalla quasi coeva pronuncia della Plenaria n. 4 del 2018 (oggetto della News US in data 10 maggio 2018 cui si rinvia per ogni approfondimento) che, escludendo l'onere di tempestiva impugnazione delle clausole del bando non immediatamente lesive, ha negato l'autonoma tutelabilità di un diritto alla legittimità della procedura di gara sganciato dalla spettanza dell'utilità finale, in linea con l'orientamento tradizionale;

VII. – In relazione al principio della c.d. “autonomia procedurale” degli Stati membri, menzionato dalla pronuncia della Plenaria in rassegna, si segnala quanto segue:

v) 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:

v1) 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);

- v2) 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);
- v3) 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 di giustizia CE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*; *idem*, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmott*);
- v4) 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, C-224/01, *Köbler*;

- idem* 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*, in *Foro it.*, IV, 532, con nota di SCODITTI; *Rass. trib.*, 2007, 1579, con nota di BIAVATI; *Dir. e pratica società*, 2007, fasc. 21, 54, con nota di NICODEMO, BIANCHI; Guida al dir., 2007, fasc. 35, 106, con nota di MERONE; *Lavoro giur.*, 2007, 1203, con nota di MORRONE);
- v5) 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*, in *Foro it.*, 2003, IV, 474, con nota di BARONE A., FERRARI E.; *Urbanistica e appalti*, 2003, 649, con nota di GIOVANNELLI; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 888, con nota di LEONE, BARONE A., FERRARI E.);
- v6) 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 contro limiti», 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;
- v7) in dottrina, nell'ambito di una vasta letteratura, si segnalano: 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.; TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 125 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.; DANIELE, *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1385 ss.; GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996/3-4, p. 797 ss.; MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo*

verso una tutela cautelare europea, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 1996, p. 1155 ss.; CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 499 ss.; MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*. Quaderni della Rivista "Il Diritto dell'Unione Europea", Milano, 2001; 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.; 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. 113 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.; GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Giappichelli, Torino, 2009.