

La Corte di giustizia UE ha dichiarato che la normativa europea in materia di appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che essa osta a che un ricorso principale inteso a ottenere l'esclusione di un altro offerente, proposto da un concorrente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che affermi di essere leso da una violazione del diritto dell'Unione, venga dichiarato inammissibile in base al diritto nazionale, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione X, sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi s.r.l.

Giustizia amministrativa – Contratti pubblici – Ricorso incidentale escludente – Ricorso principale – Esame congiunto

L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad 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 quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi. (1)

(1) I. – Secondo la Corte di giustizia UE il diritto europeo deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che possa essere leso dalla violazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato inammissibile (irricevibile nel linguaggio della Corte UE), in applicazione delle norme nazionali, quali che siano il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.

II. – La questione pregiudiziale era stata sollevata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 11 maggio 2018, n. 6 (in *Foro it.*, 2018, III, 429, con nota di SIGISMONDI, in *Foro amm.*, 2018, 778, in *Guida al dir.*, 2018, fasc. 24, 100, nonché oggetto della News US, in

data 22 maggio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti). Le vicende processuali che hanno interessato la controversia possono essere riassunte in questi termini:

- a) il ricorso originario era stato proposto dall'impresa terza classificata di una gara di appalto avverso l'ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria e della seconda classificata. In primo grado, il T.a.r. accoglieva il ricorso incidentale escludente e dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale;
- b) 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 (in *Foro it.*, 2016, IV, 324, con nota di SIGISMONDI, in *Rass. avv. Stato*, 2016, fasc. 1, 35, con nota di ROMEI, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, fasc. 2, 149, con nota di SANTARELLI, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 18, 19, con nota di PONTE, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 541, con nota di BARBIERI, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 1080, con nota di LAMBERTI, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 650, con nota di SCHNEIDER, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 790, con nota di SQUAZZONI, in *Giur. it.*, 2016, 2221, con nota di GIUSTI, nonché oggetto della News US in data 7 aprile 2016, 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;
- c) con ordinanza 6 novembre 2017 n. 5103 (in *Foro amm.*, 2017, 2247, nonché oggetto della News US 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;
- d) l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 11 maggio 2018, n. 6, cit., quindi, rimetteva alla Corte di giustizia UE il 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)".

III. – Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia, dopo aver analizzato la normativa interna ed europea, ha osservato che:

- e) premesso che la direttiva 89/665/CE è diretta a rafforzare i meccanismi esistenti per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare nella fase in cui le violazioni possono essere ancora corrette, i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice, per essere considerati efficaci, devono essere accessibili almeno 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. Pertanto:
 - e1) quando due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione ciascuno di essi ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto;
 - e2) infatti, da un lato, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; dall'altro lato, nell'ipotesi di esclusione di tutti gli offerenti e dell'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto;
 - e3) ne consegue che l'accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso principale di un concorrente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento in quanto, in una

situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare;

- f) i giudici investiti di tali ricorsi hanno quindi l'obbligo di non dichiarare inammissibile il ricorso principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente;
- g) tale principio è applicabile anche quando, come nel caso di specie, altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei ricorsi per esclusione proposti;
 - g1) infatti l'offerente che si sia classificato in terza posizione ha un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente collocato in seconda posizione, in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, la stazione appaltante sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara;
 - g2) in particolare, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe decidere di annullare la procedura e avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa;
 - g3) l'ammissibilità del ricorso principale non può quindi essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente (ricorrente principale) sono anch'esse irregolari, né alla condizione che l'offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico, dovendosi ritenere sufficiente l'esistenza di una siffatta possibilità;
 - g4) la conclusione descritta trova applicazione, come già rilevato dalla stessa Corte in altri precedenti, a prescindere dal numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, dal numero dei partecipanti che hanno presentato ricorso, dalla divergenza dei motivi dai medesimi dedotti;
- h) alla stregua dei propri precedenti, rimane ferma la possibilità che, in base alle norme processuali dello Stato membro, l'impresa definitivamente esclusa da una gara si veda dichiarare il ricorso proposto in relazione alla medesima gara inammissibile (*infra* § 13);

- i) il principio di autonomia processuale degli Stati membri non può comunque giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base delle norme o delle prassi procedurali nazionali, essere privato dal suo diritto all'esame nel merito di tale ricorso.

IV. – Per completezza si segnala che:

- j) la pronuncia in esame, anche a prescindere dal dibattito sulla nozione di interesse strumentale, può determinare conseguenze negative sulla efficienza del processo e sulla rapidità nella esecuzione di opere pubbliche, criticità che potrebbero dilatarsi dopo l'abrogazione da parte del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, *“Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”* (cd. *“Sblocca cantieri”*), convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (oggetto della News normativa, n. 74 del 1° luglio 2019, alla quale si rinvia per approfondimenti, ma sul quale si veda *infra*), del c.d. rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni nelle procedure di appalto. In particolare, la pronuncia, da un lato, potrebbe obbligare l'autorità giudiziaria ad esaminare, in ogni caso, tutti i ricorsi escludenti formulati dai concorrenti a prescindere dal numero dei concorrenti e dei ricorrenti, dall'altro lato, potrebbe obbligare la stazione appaltante a verificare, all'esito del giudizio, se i medesimi vizi oggetto del giudizio possano o meno interessare anche i concorrenti che non hanno partecipato al giudizio con il conseguente rischio di ulteriori contenziosi. Con riferimento alla portata oggettiva del giudicato che riconosca la fondatezza dei ricorsi reciprocamente escludenti, si potrebbe affermare che, anche sulla base delle eventuali richieste delle parti, l'amministrazione debba essere tenuta all'adozione di un provvedimento consequenziale, consistente, alternativamente, nella aggiudicazione al soggetto terzo, di cui rimane incontestata l'ammissione alla gara, oppure nella riedizione della procedura, qualora si accerti che il terzo non possa o non voglia assumere il contratto. Entrambe le soluzioni presentano criticità, riguardanti, anzitutto, la necessità, o quanto meno l'opportunità, di definire, rapidamente, il rapporto giuridico controverso. In ogni caso, resta difficilmente spiegabile l'effetto conformativo di un giudicato che, nato dalla iniziativa processuale di un operatore economico, può finire per premiare un terzo soggetto che non ha assunto, nei termini e nelle forme previste, alcuna reazione contro un provvedimento sfavorevole. Inoltre, il rito super speciale, pur con varie

criticità sollevate dagli operatori del settore, appariva comunque idoneo ad accelerare la definizione di un contenzioso altrimenti defatigante, prima della complessa attività di verifica delle offerte. L'obiettivo di impedire la postuma caducazione integrale della gara, per effetto dell'accoglimento di ricorsi riguardanti i requisiti soggettivi dei concorrenti, non può essere del tutto trascurato e l'abrogazione del rito, unitamente all'orientamento espresso dalla Corte di giustizia con la sentenza in rassegna, possono determinare un prolungamento delle procedure di gara o una loro più frequente caducazione, sia per effetto di provvedimento giudiziari che per il tramite della stessa stazione appaltante. Il rito super speciale aveva tentato di prevenire, in radice, molte delle criticità derivanti dalla questione dei ricorsi incrociati reciprocamente escludenti, destinati a porre nel nulla complesse procedure contrattuali, con gravi danni per l'economia e gli interessi pubblici (la conformità di tale rito al diritto europeo era stata, peraltro, stabilita da Corte di giustizia UE, ordinanza 14 febbraio 2019, C-54/18, in *Giur. it.*, 2019, 1168 (m), con nota di GALLO; www.lamministrativista.it del 19 febbraio 2019, con nota di S. TRANQUILLI; nonché oggetto della News US n. 26 del 25 febbraio 2019 cui si rinvia per ogni approfondimento; v. anche *infra* § q1). Il problema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale riacquista centralità seppur secondo le direttive fornite dalla sentenza in commento;

- k) nel senso che la direttiva 89/665/CE sia diretta a rafforzare i meccanismi esistenti per garantire l'applicazione effettive delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici si veda Corte di giustizia UE, 5 aprile 2017, C-391/15, secondo cui *"L'art. 1, par. 1, e l'art. 2, par. 1, lett. a) e b), 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, devono essere interpretati nel senso che, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, ostano a una normativa nazionale in forza della quale la decisione di ammettere un offerente alla procedura di aggiudicazione, decisione che si asserisce violi il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o la normativa nazionale che lo traspone, non figura tra gli atti preparatori di un'autorità aggiudicatrice che possono essere oggetto di un ricorso giurisdizionale autonomo"*;
- l) sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nel contenzioso appalti e sulla legittimazione al ricorso nel c.d. rito appalti, nella giurisprudenza europea e interna, si vedano, tra le altre:
- 11) Corte di giustizia UE, sez. III, sentenza 28 novembre 2018, C-328/17 Amt Azienda Trasporti e Mobilità s.p.a. (in *Corriere giur.*, 2019, 275, nonché oggetto

della News US, in data 3 dicembre 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui “Sia 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, sia l’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13/CEE 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, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente agli operatori economici di proporre un ricorso contro le decisioni dell’amministrazione aggiudicatrice relative a una procedura d’appalto alla quale essi hanno deciso di non partecipare poiché la normativa applicabile a tale procedura rendeva molto improbabile che fosse loro aggiudicato l’appalto in questione. Tuttavia, spetta al giudice nazionale competente valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia di cui è investito, se l’applicazione concreta di tale normativa non sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati”. Con tale pronuncia la Corte di giustizia UE giunge ad affermare la compatibilità comunitaria dei principi del processo amministrativo - come elaborati dalla giurisprudenza amministrativa nazionale - che prescrivono la presentazione della domanda di partecipazione quale requisito di legittimazione alla impugnazione delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici relative a procedure d’appalto, rimettendo tuttavia al giudice nazionale la valutazione se, in concreto, l’applicazione di tale normativa non sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati. La questione pregiudiziale era stata sollevata dal T.a.r. per la Liguria, sez. II, ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 (oggetto della News US del 4 aprile 2017), che aveva chiesto alla Corte di giustizia se l’articolo 1, paragrafo 3, e l’articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665 debbano essere interpretati nel senso che essi conferiscono, in circostanze come quelle del procedimento principale, il diritto di proporre ricorso a un operatore economico che si è astenuto dal presentare un’offerta, in quanto era certo o assai probabile che l’appalto in questione non avrebbe potuto

essergli aggiudicato. Il medesimo T.a.r., con ordinanza n. 64 del 21 gennaio 2016, aveva sollevato 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), nella parte in cui, rispettivamente, fanno coincidere con l'intero territorio ligure l'ambito territoriale ottimale per il trasporto pubblico regionale e locale e stabiliscono che l'affidamento del relativo servizio avvenga in un unico lotto. La Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245 (in *Foro it.*, 2017, I, 75, nonché oggetto della News US in data 19 gennaio 2017 cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza sul tema), ritenuta l'irrelevanza dello *ius superveniens* stante il principio *tempus regit actum*, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate per difetto di rilevanza, ritenendo non sussistente *“la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara”*. In tale pronuncia, il giudice delle leggi ha altresì precisato che, dalla motivazione dell'ordinanza di remissione, non si evincerebbe alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettiva di una lesione solo eventuale – in termini di minori *chance* di aggiudicazione conseguenti al dimensionamento dell'ambito ottimale su scala regionale e alla previsione del lotto unico – denunciabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione;

- 12) in assenza di una esclusione *“definitiva”*, la Corte di giustizia UE, sez. VIII, 10 maggio 2017, C-131/16, Archus (in *Foro amm.*, 2017, 999 e *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 533, nonché 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”;

- 13) in presenza di una esclusione definitiva Corte di giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, GesmbH (in *Foro amm.*, 2016, 2893, e 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”;
- 14) Corte di giustizia, 5 aprile 2016 C- 689/13, *Puligienica*, cit., secondo cui “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”;
- 15) Corte giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb* (in *Foro it.*, 2014, IV, 395, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 1854, con nota di ROMANI, in *Rass. avv. Stato*, 2014, fasc. 1, 69, con note di SAMBRI, MUOLLO, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, I, 737, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 918, con note di FERRARA, BARTOLINI, in *Giur. it.*, 2014, 2255 (m), con nota di FOLLIERI, e in *Arch. giur. oo. pp.*, 2013, 883), 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”;

- 16) nell'ambito della giurisprudenza comunitaria la Corte di giustizia UE, con la sentenza 12 febbraio 2004, C-230/02 *Grossmann* (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2004, 245, con nota di VACCA, e in *Giur. it.*, 2004, 1723, con nota di POTO), ha precisato, in merito alla legittimazione a ricorrere, 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, 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, citata in motivazione, in *Foro it.*, 2004, IV, 269);
- m) l'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia, come anticipato, è stata adottata dal Consiglio di Stato, 11 maggio 2018, n. 6, cit., secondo cui, tra l'altro, con riferimento alla nozione di interesse strumentale alla ripetizione della procedura (per approfondimenti si veda la relativa News US, in data 22 maggio 2018, cit.):
- m1) nessuno dubita che, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi proponano 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;
- m2) 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 deteriore; ovvero perché siano proposte censure avverso la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l'intera selezione evidenziale;

- m3) sussiste incertezza, viceversa, nell'evenienza in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti: 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; al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* tese ad invalidare l'intera gara e determinanti la certa ripetizione della procedura;
- n) sul carattere eccezionale dell'interesse strumentale nel sistema dominato dai principi della domanda e dispositivo e sulla inestensibilità dei principi speciali elaborati per il rito euro-nazionale in materia di appalti ad altri settori si vedano:
- n1) Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 26 aprile 2018, n. 4 (in *Foro it.*, 2019, III, 67, in *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 5, 91, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1393, con note di BERTONAZZI, TERRACCIANO nonché oggetto della News US, in data 10 maggio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro: *"Le clausole non escludenti del bando di gara vanno impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, non si pone in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo, senza che deponga in senso diverso il conferimento della legittimazione processuale straordinaria ad impugnare i bandi all'Anac, posto che questa agisce nell'interesse della legge mentre il partecipante alla gara nel proprio esclusivo e soggettivo interesse, che, primariamente, è quello di aggiudicarsi la gara, e solo subordinatamente, quello della riedizione della gara che non si sia riuscito ad aggiudicare"; "Considerato sia che la presentazione di una domanda di partecipazione alla gara non costituisce uno spropositato sacrificio, sia che la detta domanda di partecipazione non può pregiudicare sul piano processuale il medesimo, sia che la procedura cui non si sia partecipato è res inter alios acta e non legittima l'operatore economico ad insorgere avverso la medesima, anche alla luce dell'evoluzione legislativa finora intervenuta, l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione"; "Ai sensi degli art. 9,*

35 e 104 cpa, nel processo amministrativo non è precluso al giudice di appello rilevare ex officio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione, atteso che l'art. 9 cit. limita il principio del giudicato implicito, che impedisce il rilievo officioso in appello, alle sole questioni che riguardano la tematica della giurisdizione". Precisa, in particolare, il collegio che la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; né quanto si afferma sulle regole di gara in via generale potrebbe essere in contrasto con l'assetto fondamentale della giustizia amministrativa; i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato; possono essere tuttavia enucleate alcune eccezioni a tale principio generale, individuandosi taluni casi in cui deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, nonché particolari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione. L'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto (cfr. tra le tante Cass. civ., sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12241, in *Riv. giur. circolaz. e traspr.*, 1999, 338). Nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855; sez. IV, 20 ottobre 1997 n. 1210; ma si veda anche Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031, secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere, non soltanto personale e diretto, ma anche attuale e concreto - e non ipotetico o virtuale - per fornire una prospettiva di vantaggio). Tali approdi appaiono coerenti con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo (cfr. Cass. civ., sez. un.,

22 aprile 2013 n. 9685 in *Foro it.*, 2013, I, 2512, in *Giust. civ.*, 2013, I, 957, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2013, 596, con nota di RAUSEO, in *Corriere merito*, 2013, 750, con nota di TRAVAGLINO, in *Giur. it.*, 2014, 71, con nota di COCCO, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1281, con nota di GIABARDO; Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228; Cass. civ., sez. II, 9 ottobre 2017, n. 23542). Il codice del processo amministrativo ha confermato e ribadito tale impostazione (art. 34, comma 3, ed art. 35, comma 1, lett., b) e c);

- n2) 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, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1256, con nota di FANELLI, in *Giur. it.*, 2015, 2192 con nota di FOLLIERI, in *Dir. proc. ammin.*, 2016, 205, con nota di PERFETTI e TROPEA, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza); Cons. Stato, 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;
- n3) in dottrina: R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, IV ed., Milano, 2017, 759 ss., 2056 ss., nega in radice che l'interesse strumentale sia configurabile quale interesse legittimo; G. 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;

- n4) 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, 1995, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 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;
- n5) questa tesi è stata respinta dall'indirizzo prevalente 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, cui si rinvia per ogni approfondimento); per questa via si escludeva il danno derivante:
- da mero ritardo procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4570; Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239, oggetto della News US in data 31 marzo 2016 cui si rinvia per ogni approfondimento); tale impostazione risulta ora, almeno in parte superata dalla Adunanza plenaria 4 maggio 2018, n. 5 (in *Foro it.*, 2018, III, 453, con nota di MIRRA, in *Giur. it.*, 2018, 1983, con nota di COMPORTI, in *Vita not.*, 2018, 706, in *Foro amm.*, 2018, 766, in *Corriere giur.*, 2018, 1547, con nota di TRIMARCHI BANFI, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 639, con nota di GIAGNONI, in *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 5, 67, con nota di USAI, in *Guida al dir.*, 2018, fasc. 23, 88, con nota di CLARICH, FONDERICO, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1594, con note di FOÀ, RICCIARDO CALDERARO, nonché oggetto della News US in data 9 maggio 2018 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; Cons. Stato, 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 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);

- n6) tale indirizzo potrà essere rimeditato alla luce del principio di diritto reso dalla pronuncia della Plenaria n. 5 del 2018 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 procedurali, in via autonoma rispetto al bene della vita finale;
- n7) successivamente alla pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia *Puligienica*, le conclusioni cui è pervenuta la sentenza *GesmbH*, sono state anticipate dal Consiglio di Stato in diverse pronunce, fra cui si segnalano: Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; Cons. Stato, sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; Cons. Stato, 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;
- o) in relazione al principio della c.d. "autonomia processuale" degli Stati membri, menzionato dalla pronuncia in rassegna, si segnala che le tensioni latenti tra ordinamento nazionale e comunitario nella disciplina delle condizioni dell'azione nella materia dei contratti pubblici ripropongono 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:

- o1) 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);
- o2) 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 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);

- o3) 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*);
- o4) 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 ricomprensivi 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, in *Rass. trib.*, 2007, 1579, con nota di BIAVATI, in *Dir. e pratica società*, 2007, fasc. 21, 54, con nota di NICODEMO, BIANCHI, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 35, 106, con nota di MERONE, e in *Lavoro giur.*, 2007, 1203, con nota di MORRONE);
- o5) 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, 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, C-327/00, *Santex*, in *Foro it.*, 2003, IV, 474, con nota di BARONE A., FERRARI E., in *Urbanistica e appalti*, 2003, 649, con nota di GIOVANNELLI, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 888, con nota di LEONE, BARONE A., FERRARI E.);

- o6) 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 prospettata, da ultimo 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;
- o7) 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. pubb. 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. 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.; 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?*, Torino, 2009;
- p) sempre con riferimento al tema della autonomia processuale degli Stati membri si segnala che:

p1) Corte di giustizia UE, sez. I, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet (in *Foro it.*, 2018, IV, 424, con nota di FORTUNATO, in *www.curia.europa.eu*, 2017, in *Foro it., Rep.*, 2017, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 980, nonché oggetto della News US, in data 11 gennaio 2018) ha, tra l'altro, ritenuto che: "L'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione". Con tale pronuncia la Corte ribadisce l'obbligo di rinvio pregiudiziale in capo al giudice di ultima istanza pur nel caso in cui sia già intervenuto positivamente il vaglio della Corte costituzionale nazionale. Il collegio, da un lato, ha richiamato la necessità di garantire il funzionamento del sistema di cooperazione tra essa e i giudici nazionali e il principio del primato del diritto dell'Unione, i quali esigono che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria. Dall'altro lato ha evidenziato come l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 FUE (che impone al giudice di ultima istanza l'obbligo, salvo talune eccezioni, di sollevare la questione pregiudiziale di validità o interpretativa) risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte (cfr. in proposito Corte di giustizia UE, sez. III, 4 giugno 2015, C-543/13, in *Diritto & Giustizia* 2015, 5 giugno; Corte giustizia CE, 19 novembre 2009, C-314/08 richiamata dalla medesima presa in considerazione dalla medesima ordinanza di rimessione). Sul tema della c.d. doppia pregiudizialità, si veda, tra le altre: Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269 (in *Foro it.*, 2018, I, 26, in *Foro it.*, 2018, I, 405, con nota di SCODITTI, in *Giust. pen.*, 2017, I, 321, con nota di DELLI PRISCOLI, in *Giur. costit.*, 2017, 2925, con note di SCACCIA, REPETTO, FEDELE, in *Riv. dir. internaz.*, 2018, 282, in *Riv. giur. trib.*, 2018, 105, con nota di FERRARA, in *Corriere trib.*, 2018, 684, con nota di MISCALI), secondo cui, nell'ipotesi in cui "principi e diritti

fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano [...] principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione”, con conseguenti dubbi di conformità rispetto sia alla Costituzione sia alla Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE (c.d. CDFUE), va comunque “preservata l’opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l’ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato”, ferma sempre restando la possibilità del rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea. Sul tema, di recente si vedano: Corte Cost., 29 marzo 2019, n. 69, e Corte Cost., 21 febbraio 2019, n. 20. In dottrina, per una ricostruzione, si confronti CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 22 maggio 2019;

- p2) in generale, nel senso che il giudice dello Stato membro abbia la facoltà – o l’obbligo, per il giudice di ultima istanza – di rivolgersi alla Corte di giustizia UE, ogni qual volta sussista un dubbio circa la corretta applicazione del diritto dell’Unione europea, indipendentemente da qualsiasi pronuncia della Corte di cassazione, dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale: Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di GAMBINO, nonché oggetto della [News US in data 1 agosto 2016](#), cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui: I) “La sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato un ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria su una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione Europea, può alternativamente: a) rimettere previamente la questione all’Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale; c) disattendere direttamente il principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell’Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria”; II) “l’Adunanza plenaria, qualora sia chiamata a decidere una questione analoga ad altra pendente innanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea, può alternativamente: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio in attesa che si pronunci il giudice europeo; b) sollevare a sua volta una questione pregiudiziale; c) decidere comunque la questione anche alla luce dei dubbi di compatibilità

comunitaria manifestati in occasione della precedente rimessione”; Corte di giustizia UE, Grande camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica (in Foro it., 2016, IV, 325 con nota di SIGISMONDI nonché oggetto della News US in data 7 aprile 2016); Cass. civ., sez. lav., sentenza 12 settembre 2014, n. 19301 (in Foro it., 2015, I, 3992, con nota di DESIATO cui si rinvia per ogni approfondimento), secondo cui: “l’obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla regula iuris enunciata dalla corte di cassazione ai sensi dell’art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, modificata o sostituita per effetto di ius superveniens, nell’ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della corte di giustizia, che hanno efficacia immediata nell’ordinamento nazionale”; Corte di giustizia UE, 20 ottobre 2011, C-396/09 (in Foro it., 2011, IV, 537, con nota di D’ALESSANDRO, in Guida al dir., 2011, fasc. 45, 94, con nota di LEANDRO, in Fallimento, 2012, 535, con nota di DE CESARI, in Riv. dir. soc., 2012, 72, con nota di LEANDRO, in Giur. it., 2012, 1061, in Nuovo notiziario giur., 2012, 234, con nota di BARBIERI, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2011, 1298, in Giur. comm., 2012, II, 573, con nota di MUCCIARELLI, e in Giur. costit., 2012, 4871, con nota di BIFULCO);

- p3) Cass. civ., sez. un., ordinanza 17 dicembre 2018, n. 32623 (in Foro it., 2019, I, 2127, con nota di CONDORELLI), secondo cui, tra l’altro, “La disciplina nazionale del ricorso ai sensi dell’art. 111, 8° comma, Cost. e degli art. 362 c.p.c. e 110 cod. proc. amm., interpretata nel senso che non sono riconducibili al novero dei motivi inerenti la giurisdizione le eventuali violazioni del diritto dell’Unione europea ed il mancato rinvio pregiudiziale ascrivibili alla sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato, è compatibile con i principi enunciati dall’ordinamento convenzionale ed eurounitario”. Osserva, sul punto, CONDORELLI, cit., che la previsione di un numero limitato di impugnazioni e la possibilità della formazione di un giudicato, anche in contrasto con il diritto dell’Unione europea, risponde al principio di certezza del diritto. La giurisprudenza europea non obbliga gli Stati membri a predisporre mezzi di impugnazione, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale, per salvaguardare i diritti sanciti dal diritto dell’Unione europea (Corte giust. 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, id., Rep. 2007, voce Unione europea, n. 1424), né impone ai giudici nazionali di disapplicare le norme relative alla formazione del giudicato, salvo i casi del tutto eccezionali di discriminazione tra situazioni di diritto comunitario e situazioni di diritto interno, ovvero di impossibilità o eccessiva difficoltà nell’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento comunitario. L’omissione del rinvio pregiudiziale ex art.

267, 3° comma, Tfu, da parte del giudice di ultima istanza, al di fuori delle eccezioni poste dalla giurisprudenza *Cilfit*, dà luogo a una violazione del diritto dell'Unione europea suscettibile di configurare la responsabilità civile dello Stato membro, seppure «solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente». Tale circostanza va valutata alla luce del «grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria, nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale». La violazione dell'obbligo di cui all'art. 267, 3° comma, può altresì essere oggetto di una procedura di infrazione ex art. 258 Tfu, ed eventualmente dare luogo a una condanna per inadempimento dello Stato membro da parte della Corte di giustizia, ex art. 260, 2° comma, Tfu;

- p4) Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11 (in *Foro it.*, 2017, III, 186, con nota di VACCARI, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 372, con nota di CARBONARA, in *Riv. amm.*, 2017, 87, oggetto della News US, in data 24 giugno 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro: *“Premesso che, in linea generale, l'esecuzione del giudicato amministrativo di legittimità deve avvenire da parte dell'amministrazione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa delle parti alla stabile definizione del contesto procedimentale, ovvero mediante il ripristino retroattivo della situazione controversa per evitare che la durata del processo vada a scapito del vincitore, gli effetti del tempo e delle sopravvenienze (giuridiche e fattuali) sul giudicato amministrativo, pur esprimendo la ineluttabile contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa ed effettività della tutela, trovano un punto di equilibrio nei seguenti principi: a) la retroattività del giudicato non è assoluta, dovendo correlarsi alle circostanze del caso concreto ed alla consistenza dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo e procedimentale); b) l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima; c) anche per le situazioni istantanee, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto*

mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, co. 3, c.p.a."; *"Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, rese in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo, hanno la medesima efficacia delle disposizioni interpretate e pertanto vincolano non solo il giudice che ha sollevato la questione ma ogni altro organo (amministrativo o giurisdizionale) chiamato ad applicare le medesime disposizioni o i medesimi principi elaborati dalla Corte di giustizia";* *"Costituisce decisione abnorme – come tale ricorribile in Cassazione ai sensi dell'art. 111, u.c. Cost. per superamento del limite esterno della giurisdizione – la sentenza del giudice amministrativo che non abbia evitato la formazione, anche progressiva, di un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione europea (o con altre norme di rango sovranazionale cui lo Stato è tenuto a dare applicazione), quale risulti da una successiva pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea";*

- p5) Corte di giustizia UE, 17 marzo 2016, C-161/15 (in *Foro it.*, 2016, IV, 177, e in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2016, 1132), secondo cui *"Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che, quando, conformemente al diritto nazionale applicabile, un motivo attinente alla violazione del diritto interno sollevato per la prima volta dinanzi al giudice nazionale, in un procedimento per cassazione, è ricevibile solo se si tratta di un motivo di ordine pubblico, un motivo attinente alla violazione del diritto di essere sentito, come garantito dal diritto dell'Unione, sollevato per la prima volta dinanzi al medesimo giudice, deve essere dichiarato ricevibile se tale diritto, come garantito dall'ordinamento nazionale, soddisfa le condizioni previste da detto ordinamento per essere qualificato come motivo di ordine pubblico, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare"*. La sentenza, nel riconoscere l'operatività del principio di autonomia processuale degli Stati membri in relazione alla deducibilità per la prima volta in Cassazione della violazione del diritto di essere sentito nel corso del procedimento amministrativo, esclude che, nella fattispecie, venga in rilievo il parametro dell'effettività, in virtù del quale le norme dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro non devono rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione, ma soltanto quello di equivalenza, in base al quale occorre che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno. Pertanto, in teoria, qualora non sia violato il principio di equivalenza, è possibile che la violazione del diritto di essere sentiti, se non ritualmente e tempestivamente dedotta nel processo, resti ferma;

- p6) Corte di giustizia UE, 17 dicembre 2015, C-419/14, *WebMindLicenses Kft.* (in *Foro it.*, 2016, IV, 75), secondo cui spetta al giudice di rinvio verificare se, conformemente al principio generale del rispetto dei diritti della difesa, il soggetto passivo abbia avuto la possibilità, nell'ambito del procedimento amministrativo, di avere accesso a prove ottenute mercé intercettazioni e sequestro di messaggi di posta elettronica e di essere ascoltato sulle stesse; se esso constata che tale soggetto passivo non ha avuto detta possibilità o che tali prove sono state ottenute nell'ambito del procedimento penale o utilizzate nell'ambito del procedimento amministrativo in violazione dell'art. 7 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detto giudice nazionale non deve ammettere tali prove e deve annullare detta decisione se essa risulta, per tale ragione, priva di fondamento; parimenti, non devono essere ammesse tali prove se detto giudice non è abilitato a controllare che esse siano state ottenute nell'ambito del procedimento penale conformemente al diritto dell'Unione o non può quantomeno sincerarsi, sulla base di un controllo già effettuato da un giudice penale nell'ambito di un procedimento in contraddittorio, che esse siano state ottenute conformemente a tale diritto;
- p7) senza pretese di completezza e pur nella consapevolezza della complessità del rapporto esistente tra regole processuali dello Stato membro (si pensi agli interventi giurisprudenziali sul tema del giudicato, anche in relazione al diritto tributario) e diritto europeo, sembra che: la giurisprudenza europea tenda a ritenere ostative e, quindi, violative del diritto europeo norme processuali che precludano l'applicazione del diritto europeo, che violino il principio di effettività ovvero che precludano al giudice interno di rivolgersi alla Corte di giustizia UE; al contrario, sono ritenute non contrastanti con il diritto europeo norme processuali che, pur senza precludere in via diretta l'accesso agli organi europei ovvero l'applicazione del diritto europeo, non incidano sul principio di effettività o su altri principi del diritto europeo, da analizzarsi caso per caso, fino al limite in cui non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto che trova la sua fonte nel diritto europeo. In ogni caso, ferma qualche applicazione di senso differente, la definitiva violazione di una norma europea apre la strada ad altri strumenti, quale quello risarcitorio ovvero la procedura per infrazione;
- q) sul rito super speciale in materia di ammissioni ed esclusioni, si vedano:
- q1) Corte di giustizia UE, sez. IV, ordinanza 14 febbraio 2019, C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco cit.*, la quale ha ritenuto che "Il rito superspeciale in materia di contratti pubblici, disciplinato dall'art. 120, comma 2°

bis, codice del processo amministrativo, è compatibile con l'ordinamento dell'Unione europea a condizione che il termine venga fatto decorrere dalla conoscenza integrale del provvedimento, comprensivo della motivazione". Secondo la Corte, la normativa europea non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che prevede che ogni ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice debba essere proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non sia più possibile impugnare detta decisione o eccepire la suddetta irregolarità, purché il termine in parola sia ragionevole; tale interpretazione è fondata sulla considerazione secondo cui la realizzazione completa degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni; un comportamento del genere, potendo ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di porre in essere, è tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici;

- q2) Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 26 aprile 2018, n. 4, cit., ha precisato che il rito superaccelerato ha una rilevante portata innovativa e, con gli artt. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a., il legislatore ha inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale, ma non ritiene che dallo stesso possano trarsi considerazioni di carattere sistematico. Precisa al riguardo che: non è possibile affermare che si possa trarre dalla disposizione di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art 120 del c.p.a. una tensione espressiva di un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati, ancorché non strutturanti in prescrizioni immediatamente lesive in quanto escludenti; sembra invece che il legislatore abbia voluto perimetrare l'interesse procedimentale (cristallizzazione della platea dei concorrenti, ammissioni ed esclusioni) favorendone l'immediata emersione, attraverso una puntuale e restrittiva indicazione dell'oggetto del giudizio da celebrarsi con il rito "superaccelerato"; e tanto ciò è vero che inizialmente, nello schema originario del codice dei contratti pubblici,

sottoposto al parere del Consiglio di Stato, si prevedeva un'estensione del detto rito, ma limitata unicamente alla composizione della commissione (come è noto, il testo definitivo ha espunto tale indicazione, recependo i suggerimenti dell'organo consultivo, incentrate sul vincolo imposto dalla legge di delega, che non contemplava tali ipotesi); come già colto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato l'intento del legislatore è stato infatti quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte (Cons. Stato, commissione speciale, parere n. 885 dell'1 aprile 2016), creando 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» (Cons. Stato, sez. V, ordinanza n. 1059 del 15 marzo 2017); e ciò è avvenuto attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara; né potrebbe sostenersi che la scelta "limitativa" del legislatore possa essere tacciata di illogicità, essendo sufficiente in proposito porre in luce che l'anticipata emersione di tale interesse procedimentale si giustifica in quanto la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla *chance* di aggiudicazione;

- q3) sulla costituzionalità della disciplina dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. si vedano le remissioni alla Corte costituzionale operate da T.a.r. per la Puglia – Bari, sez. III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903 (oggetto della News US in data 10 luglio 2018) e T.a.r. per la Puglia – Bari, sez. III, ordinanza 20 luglio 2018, n. 1097 (oggetto della News US in data 30 luglio 2018);
- q4) il rito è stato abrogato dal citato d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. "Sblocca cantieri"), convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (oggetto della News normativa, n. 74 del 1° luglio 2019, cit., alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti e, in particolare, al contributo di DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019*, ivi richiamato) con la conseguenza che, per i processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione, si applicherà il rito appalti. La versione iniziale del d.l. prevedeva l'abrogazione con effetto per i processi iniziati dopo la sua entrata in vigore e dunque dal 20.4.2019; la legge di conversione n. 55 del 2019 ha invece stabilito che la nuova disciplina si applica ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l., legge di

conversione pubblicata in GURI del 17.6.2019 e in vigore dal 18.6.2019; pertanto non vi è più onere di immediata impugnazione di ammissioni ed esclusioni con il rito superspeciale per tutti i processi iniziati a partire dal 19.6.2019, anche se riferiti a gare bandite prima del 19.6.2019 e a provvedimenti di esclusione o ammissione anteriori al 19.6.2019.;

- q5) in dottrina si segnalano in particolare i seguenti scritti: M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione* in www.lamministrativista.it 4 maggio 2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)* in *Federalismi.it* 11 maggio 2016; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche* in *Giustizia amministrativa – Dottrina* 26 maggio 2016; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, giugno 2016, che sottolinea la necessità di rimediare alla ipertrofia di un contenzioso postumo e retrospettivo incentrato sulla presenza *in limine* dei requisiti partecipativi; R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara* in *Giustizia amministrativa – Dottrina*, 14 giugno 2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5, 503; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel Codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, 873; E.M. BARBIERI, *Lo speciale contenzioso sulle ammissioni e sulle esclusioni nelle gare di appalto pubblico secondo il nuovo codice degli appalti* in *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 331; G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione* in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 971; A.G. PIETROSTEFANI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito <super accelerato> ex art. 120, co. 2 bis, c.p.a.* in *Federalismi.it*, 29 marzo 2017; A. DI CAGNO, *Il nuovo art. 120, comma 2-bis, cpa: un'azione senza interesse o un interesse senza azione?* in *Dir. e processo amm.*, 2017, 2123; 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.; G. LA ROSA, *Il ricorso incidentale nel rito "super-accelerato" di cui all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.* in *Urbanistica e appalti*, 2018, 2, 175; I. LAGROTTA, *Il rito <super accelerato> in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria* in *Federalismi.it*, 28 marzo 2018; G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di "giuridificazione" degni interessi* in *Urbanistica e appalti*, 2018, 4, 507; S. TADDEUCCI, *L'art. 120 comma 2 bis del c.p.a. dinanzi alla Corte di Giustizia: dubbi sulla fondatezza della questione* in *Italiappalti.it*, 17 luglio 2018; P. DE

BERARDINIS, *Rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ricorso incidentale in Giustizia Amministrativa – Dottrina*, 13 novembre 2018; M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti in Giustizia amministrativa – Dottrina*, 17 dicembre 2018;

- q6) per un commento sugli effetti della abrogazione del rito super accelerato si veda: LIPARI, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?* in www.giustizia-amministrativa.it, 20 giugno 2019, secondo cui, tra l'altro, se, in prima approssimazione, si può ritenere che l'abrogazione del rito super speciale non determini apprezzabili problemi applicativi, in quanto si tratta, solo, di ripristinare il quadro normativo vigente anteriormente all'introduzione del rito stesso, il regime transitorio, per come disciplinato nel c.d. sblocca cantieri, genera alcune perplessità. Il legislatore ha infatti collegato l'applicazione della nuova normativa ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto e non alle sole controversie riguardanti le procedure bandite dopo l'entrata in vigore della riforma. La formula legislativa deve intendersi riferita alla data della notifica del ricorso introduttivo del processo in primo grado. Secondo l'A. non è però del tutto chiaro come incida la nuova disciplina sulla regola riguardante l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione del concorrente e, ad esempio, nell'ipotesi in cui il provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni sia diventato inoppugnabile prima dell'entrata in vigore della disciplina soppressiva del rito super speciale. In questa ipotesi sembra preferibile ritenere ammissibile il ricorso proposto dall'interessato perché il processo originato dal ricorso contro l'aggiudicazione è iniziato dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019. La casistica potrebbe essere più complessa e varia, potrebbe infatti pensarsi al caso in cui il ricorrente si sia visto respingere il ricorso proposto contro l'ammissione del concorrente poi divenuto aggiudicatario. In tale ipotesi, l'interessato non può riproporre le stesse censure contro l'aggiudicazione, con un ricorso proposto dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, ma può discutersi se possa far valere vizi diversi da quelli sottoposti al T.a.r. nel primo giudizio, sempre riguardanti l'ammissione del concorrente. Un ulteriore tema di indagine riguarda la permanente facoltà di impugnazione immediata del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni. La previsione della

comunicazione e pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni (ora inserita nell'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016), pur non essendo più collegata espressamente alla decorrenza del termine di proposizione del ricorso, appare tuttora finalizzata a consentire all'operatore interessato di esercitare il proprio diritto di difesa in giudizio. Dalla lettura coordinata dell'art. 29, comma 1, e dell'art. 76, comma 2-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe ingenerarsi negli operatori il dubbio sulla facoltà dell'impugnazione delle altrui ammissioni a decorrere dalla comunicazione individuale. Inoltre, l'abrogazione delle norme sul rito super speciale ha determinato la soppressione della previsione riguardante l'inammissibilità dei ricorsi avverso i provvedimenti, inseriti nella serie procedimentale, non immediatamente lesivi. Infine, un'ipotesi in cui permane la necessità dell'immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni attiene alla corretta determinazione delle medie, rilevanti per il calcolo della soglia di anomalia. In base all'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, *"Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"*. Ne discende che la parte interessata alla corretta formulazione delle medie ha l'onere di impugnare immediatamente il provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, senza attendere l'intervenuta aggiudicazione. In mancanza di impugnazione, la definizione delle medie resta cristallizzata;

- q7) sempre sulle conseguenze dell'abrogazione del rito super accelerato precisa DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019*, cit., che, con riferimento alla disciplina intertemporale, si ha riguardo non alla data di pubblicazione di bandi o avvisi, o alla data di diramazione degli inviti, né alla data di adozione del provvedimento di ammissione o esclusione, bensì esclusivamente alla data di inizio del processo, dove per inizio del processo deve intendersi la data in cui il ricorso di primo grado è, dopo la sua notifica, depositato in giudizio. L'esclusione dalla gara è atto autonomamente e immediatamente lesivo, che va impugnato nel termine di trenta giorni dalla sua conoscenza, senza attendere l'aggiudicazione. L'altrui ammissione alla gara diviene lesiva solo con l'aggiudicazione, e pertanto va impugnata unitamente all'aggiudicazione. Insieme all'abrogazione del rito super speciale, sono state abrogate le previsioni, recate dall'art. 29, comma 1, codice appalti, in ordine alla pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni sul sito *internet* della stazione appaltante, e la

regola della decorrenza del termine di impugnazione di ammissioni ed esclusioni dalla data di tale pubblicazione. Resta la regola della comunicazione individuale ai candidati e ai concorrenti delle ammissioni e delle esclusioni (trasferita, topograficamente, dall'art. 29 c. 1 all'art. 76 del codice), sicché è da tale comunicazione individuale che decorre il termine per impugnare l'esclusione da parte del concorrente escluso; mentre la comunicazione individuale dell'altrui ammissione è di regola irrilevante al fine del decorso del termine di impugnazione di essa, dato che l'altrui ammissione di regola diviene lesiva solo con il provvedimento di aggiudicazione, e potrà dunque essere impugnata insieme all'aggiudicazione entro il termine previsto per l'impugnazione di quest'ultima.