



Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Dottorato di Ricerca

in

DIRITTO DEI MERCATI EUROPEI E GLOBALI. CRISI, DIRITTI E REGOLAZIONE

XXX ciclo

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA (SSD IUS/10)

**LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DINANZI AL GIUDICE
AMMINISTRATIVO NELLE CONTROVERSIE PER L’AFFIDAMENTO DEI
CONTRATTI PUBBLICI**

Candidata: Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Coordinatore del corso

Chiar.mo Prof. Carlo Sotis

Tutor

Chiar.mo Prof. Aldo Sandulli

A.A. 2016/17

**LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE
CONTROVERSIE PER L'AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI**

A MIA MADRE E MIO PADRE

Cum lenitate asperitas

INDICE

INTRODUZIONE ALLA RICERCA

PRIMA PARTE

LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI NEL DIRITTO EUROUNITARIO

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA DEI *RIMEDI* CONTRO LA VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI NELLE DIRETTIVE SOSTANZIALI E PROCEDURALI DELL'UNIONE EUROPEA

1. Premessa. L'impatto del diritto euro-unitario sulla disciplina processuale degli Stati membri dell'Unione Europea
2. Il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale e a un ricorso "effettivo"
3. La progressiva erosione del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea
3. La progressiva erosione del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea
4. I limiti alla cd. "autonomia procedurale" degli Stati membri nella disciplina del contenzioso in materia dei contratti pubblici
5. L'applicazione delle "direttive ricorsi" e il rapporto con le direttive contratti del 2014.
6. Il *considerando* n. 122 della "direttiva 24": il diritto del "cittadino-contribuente" di segnalare le violazioni della normativa in materia di contratti pubblici
7. Considerazioni conclusive

CAPITOLO II

LA SOGGETTIVITÀ PROCESSUALE NELLE "DIRETTIVE RICORSI": IL CANDIDATO E L'OFFERENTE INTERESSATO

1. Premessa. Una (prima) individuazione dei soggetti legittimati a rivolgersi ad un organo di ricorso indipendente
2. Le aperture della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. I casi "*Hackermüller*" e "*Fritsch*"

2.1(*segue*) Il caso “Fastweb”

2.1.2. (*segue*) Le precisazioni del caso “Puligenica”

3. La “conciliazione” tra i precedenti della Corte di Giustizia dell’UE effettuata nel caso “Archus”

CAPITOLO III

UN DIBATTITO APERTO TRA FRANCIA E GERMANIA

1. Premessa: l’evoluzione del contenzioso sui contratti pubblici nel sistema francese e tedesco

Sezione I

Il sistema francese

1. Cenni sulla disciplina del contenzioso in materia di contratti pubblici nel sistema francese e inquadramento della questione affrontata nella ricerca

2. La legittimazione a ricorrere dei “*concurrents évincés*” contro gli atti di gara dal *recours pour excès de pouvoir* al *référé précontractuel*

2.1. Il ricorso del *concurrent évincé* contro il contratto

2.2. Il ricorso del terzo per contestare la validità del contratto (*Les recours ouverts aux tiers*)

2.3. Il ricorso delle parti contro il contratto (*Les recours ouverts aux contractants*)

Sezione II

Il sistema tedesco

1. Cenni sul contenzioso dei contratti pubblici nel sistema tedesco e inquadramento della questione affrontata nella ricerca

2. La legittimazione a contestare le violazioni della disciplina sui contratti pubblici (*Klagebefugnis*)

3. Il (riacceso) dibattito sull’estensione della legittimazione a ricorrere.

SECONDA PARTE

LA DINAMICA DELLA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DINANZI AL GIUDICE

AMMINISTRATIVO ITALIANO

CAPITOLO IV

LA QUESTIONE DELLA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE NELLA DINAMICA DEL PROCESSO

AMMINISTRATIVO

1. Premessa: l'evoluzione del diritto di azione nei confronti della Pubblica amministrazione nella Costituzione
2. L'accesso alla "tutela" giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione: cenni al dibattito sull'estensione degli "interessi legittimi" tutelati dall'art. 24 della Costituzione
3. I presupposti per l'instaurazione del rapporto processuale
4. Interessi sovraindividuali e forme di legittimazione *ex lege*.

TERZA PARTE

L'IMPATTO DEL DIRITTO EUROUNITARIO SULLA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO ITALIANO NEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

CAPITOLO V

LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DELL'OFFERENTE (NON DEFINITIVAMENTE) ESCLUSO DALLA GARA

1. Premessa. La partecipazione alla gara quale condizione di legittimazione
- 1.2. La questione della legittimazione a ricorrere dell'operatore economico non definitivamente escluso dalla gara nell'annosa *querelle* sulle censure reciprocamente escludenti
2. La nascita del dibattito e analisi della questione. Il ricorso incidentale escludente nelle controversie in materia di contratti pubblici
 - 2.1. (*segue*) controversie relative a procedimenti con pluralità di partecipanti
 - 2.1.1 (*segue*) lo svolgimento della gara con due soli concorrenti: l'emersione dell'interesse strumentale
 - 2.2. *Revirement* della Quinta sezione del Consiglio di Stato: le sentenze nn. 2468 del 2002 e 3869 del 2006
 - 2.2.1. (*segue*) l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato
 - 2.3. La pronuncia dell'Adunanza plenaria, 11 novembre 2008, n. 11
 - 2.3.1 Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza
 - 2.3.1.1. *Considerazioni* sulla legittimazione e sull'interesse dell'impresa "esclusa"
 - 2.4. Una seconda rimessione: l'Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4
 - 2.4.1. Le questioni affrontate dall'Adunanza Plenaria

- 2.4.1.1. L'ordine di esame dei ricorsi secondo l'ordinanza di rimessione della VI sezione
- 2.4.1.2. La questione della legittimazione a ricorrere dell'operatore economico di settore
- 2.4.1.3. La soluzione dell'Adunanza Plenaria sul rapporto tra le censure reciprocamente escludenti
- 2.4.1.4. Il difetto di legittimazione dell'impresa non definitivamente esclusa
- 2.4.1.5. Le ulteriori questioni processuali sull'impugnazione del bando di gara e sulla legittimazione. I temperamenti al principio di diritto suggeriti dalla Plenaria
- 2.4.2. Riflessioni sul riaccesso dibattito dottrinale: le obiezioni all'interpretazione dell'Adunanza Plenaria
- 2.5. La questione della legittimazione dell'operatore economico "al vaglio" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione non allarga le maglie del «diniego di giustizia».
- 2.5.1. L'*obiter dictum*: il monito a ristabilire "il dovuto ordine delle cose"
- 2.6. L'interpretazione "adeguatrice" della giurisprudenza di primo grado
- 2.7. Applicazioni e superamenti della Plenaria del 2011
- 2.8. La necessità di un nuovo intervento della Plenaria: le tre ordinanze di rimessione
 - 2.8.1. L'ordinanza della Quinta sezione, n. 2059 del 15 aprile 2013
 - 2.8.2. L'ordinanza della Sesta sezione n. 2681 del 17 maggio 2013
 - 2.8.3. L'ordinanza della Sesta sezione n. 4023 del 30 luglio 2013
- 2.9. La questione della compatibilità comunitaria del diritto vivente: L'ordinanza del TAR Piemonte n. 208 del 2012 e lo spostamento del dibattito in Europa
- 3. L'attesa pronuncia della CGUE: la sentenza "*Fastweb*"
 - 3.1. Le principali critiche alla pronuncia.
 - 3.2. I nuovi scenari interpretativi aperti dalla sentenza della CGUE.
 - 3.3. Nuovamente una rimessione alla Corte di Giustizia: l'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, 17 ottobre 2013 n. 848.
 - 3.4. *Quid iuris?* Tendenze giurisprudenziali dopo la sentenza della CGUE
- 4. L'Adunanza Plenaria chiarisce i caratteri del ricorso incidentale escludente, difende la sua pregiudizialità e ridefinisce le eccezioni al principio di diritto enunciato nel 2011
 - 4.1. (*segue*) i "motivi identici" nelle gare con due soli partecipanti
 - 4.2. (*segue*) la legittimazione a ricorrere dell'impresa esclusa: l'azione del ricorrente principale e (l'improprio) riferimento all'*abuso del processo*

6. La nuova pronuncia della Corte di Giustizia: la sentenza “Puligienica”
 - 6.1 L’interesse strumentale (e i “limiti oggettivi” della sentenza Puligienica)
 - 6.2. Le applicazioni della giurisprudenza
7. Una nuova rimessione all’Adunanza Plenaria per interpretare la sentenza Puligienica nell’ipotesi di gara con più di due partecipanti: l’ordinanza 6 novembre n. 5103
8. Considerazioni conclusive: il “finale di partita” sul riconoscimento del “diniego di giustizia” per il mancato esame dei motivi di ricorso contro l’aggiudicazione proposti dall’offerente non definitivamente escluso dalla gara

CAPITOLO VI

LA LEGITTIMAZIONE AD IMPUGNARE LE AMMISSIONI ALLA GARA

1. Premessa sulla super-specialità del “mini-rito”

Parte I (inquadramento normativo)

2. Il nuovo modello processuale super speciale – anche alla luce del decreto “correttivo”
 - 2.1. Le peculiarità del procedimento ai sensi del comma 6-bis, la compatibilità con la tutela cautelare e con l’art. 60 c.p.a
 - 2.2 Il difetto di coordinamento della disciplina del “mini-rito” con il (resto) del Codice dei contratti e con il Codice del processo amministrativo
 - 2.3. (segue) l’inesistenza di un obbligo di verifica dei requisiti di gara nella fase di ammissione e la mancata attuazione della legge delega nella parte in cui prevedeva l’introduzione di una preclusione procedimentale
 - 2.4. (segue) l’incompatibilità logica tra il “mini-rito” e le diverse tipologie di procedura di gara

Parte II (inquadramento teorico)

3. La differenziazione (della tutela) mediante l’accelerazione (del processo)
- 4 Accelerazione e concentrazione della tutela: la “contaminazione” tra i modelli processuali
5. Il ricorso immediato contro l’ammissione alla gara degli altri partecipanti nel diritto euro-unitario alla luce della sentenza “Marina del Mediterraneo”
 - 5.1. (segue) l’ampliamento della legittimazione a ricorrere dell’offerente non definitivamente escluso dalla gara alla luce delle sentenze “Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich” e “Archus”
 - 5.2. (segue) i principi ricavabili dalla recente evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell’Unione Europea

6. Il ricorso immediato contro le ammissioni e l'assenza dell'interesse a ricorrere: le diverse tesi prospettate dalla dottrina

6.1. (segue) i diversi indirizzi giurisprudenziali

6.2. (segue) riflessioni sull'interpretazione estensiva del comma 2-bis

Parte III (prassi giurisprudenziale)

7. Problemi applicativi sull'instaurazione del contraddittorio

8. L'*insostenibilità* dell'inammissibilità dell'impugnazione "congiunta" dell'ammissione e dell'aggiudicazione e l'apertura dell'orientamento che ammette i motivi aggiunti contro l'aggiudicazione

9. L'ammissibilità e il perimetro applicativo del ricorso incidentale "escludente"

10 Considerazioni conclusive.

CAPITOLO VII

LA LEGITTIMAZIONE DELL'OPERATORE ECONOMICO AD IMPUGNARE GLI ATTI DI GARA E GLI AFFIDAMENTI CHE VIOLINO LA NORMATIVA SUI CONTRATTI PUBBLICI

1. Premessa: la correlazione tra legittimazione processuale e partecipazione alla gara

2. L'interesse tutelato nell'impostazione accolta dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 29 gennaio 2003

2.1. L'onere di impugnazione immediata delle clausole "soggettivamente escludenti"

2.2. Quale ipotesi limite in caso di "oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati"

3. L'evoluzione giurisprudenziale dopo la sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria

3.1. L'ampliamento delle ipotesi limite "escludenti"

3.2. Gli ulteriori interventi dell'Adunanza plenaria

4. Il revirement del Consiglio di Stato: la sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017 e il riemergere della prospettiva concorrenziale

5. La rimessione all'Adunanza Plenaria per un completo revirement dell'indirizzo giurisprudenziale affermato nel 2001

6. L'evoluzione (solo) giurisprudenziale dell'onere di impugnazione immediata del bando - 7. Critiche all'ordinanza di rimessione

8. Considerazioni conclusive

CAPITOLO VIII

LA LEGITTIMAZIONE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI A CONTESTARE LE VIOLAZIONI DELLA NORMATIVA SUI CONTRATTI PUBBLICI

1. Premessa. Inquadramento sistematico della la legittimazione processuale attribuita *ex lege* alle autorità pubbliche
2. La legittimazione a ricorrere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato
 - 2.1. La legittimazione a ricorrere dell’Autorità dei Trasporti
 - 2.2. La legittimazione del Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca in materia di statuti universitari.
3. La facoltà per gli Stati Membri dell’UE di attribuire la legittimazione a ricorrere per contestare le violazioni delle norme in materia di contratti pubblici anche alle autorità pubbliche
4. L’esercizio da parte dell’AGCM dei poteri di cui all’art. 21-*bis* l. n. 287/90 per contestare la violazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici
5. La soppressione del potere di “raccomandazione vincolante” e l’introduzione della legittimazione processuale dell’ANAC
 - 5.1. L’ambito oggettivo di applicazione dei nuovi poteri dell’ANAC
 - 5.2. Le due possibili interpretazioni dei commi 1-bis e 1-ter dell’art. 211 del Codice. La prevalenza della tesi che consente all’ANAC (e onera del)l’impugnazione immediata degli atti elencati nel comma 1-bis.
 - 5.3. L’impugnazione immediata dei bandi di gara
 - 5.4. L’impugnazione immediata degli “altri atti generali”
 - 5.5. Il dialogo con la stazione appaltante e l’emanazione del parere motivato
 - 5.6. Le gravi violazioni del Codice dei contratti
 - 5.7. La denuncia (recte segnalazione) all’ANAC delle gravi violazioni della normativa sull’evidenza pubblica e l’interesse dell’operatore economico
- 5.8. La qualificazione della segnalazione dell’ANAC come un’istanza di autotutela rivolta alla stazione appaltante
6. Possibili problemi processuali e sovrapposizioni con la legittimazione dell’AGCM
7. Considerazioni conclusive: dal controllo della stazione appaltante alla vigilanza dell’ANAC, il rapporto con l’interesse protetto
 - 7.1 Un Pubblico Ministero per il processo amministrativo?

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

L'approccio al tema oggetto di studio può sinteticamente riassumersi nella constatazione, non certo nuova, che nel campo del diritto processuale e, in particolare, nel campo del diritto processuale amministrativo, le definizioni di legittimazione e di interesse assumono contorni spesso "oscuri, soggette a interpretazioni particolarmente difficili e contrastate"¹. La domanda alla base di ricerca non si risolve tuttavia in un arduo (e di certo troppo ambizioso) approccio verso (un ulteriore) sforzo definitorio già presente nel vasto panorama scientifico.

La suddetta constatazione esprime e intende invece verificare *un'intuizione* che ha permesso di delineare un percorso di ricerca nel complesso tema della soggettività giuridica processuale.

Il percorso seguito ha portato così a verificare la *dinamica* della soggettività giuridica all'interno del processo amministrativo, partendo dal suo complesso rapporto con gli ordinamenti sovranazionali e, in particolare, con quello europeo.

Tra le varie forme di processo quello amministrativo ha probabilmente conosciuto l'impatto più forte da parte del diritto dell'Unione Europea e il dialogo più intenso con la Corte di giustizia dell'UE in quanto gran parte delle competenze affidate dagli Stati membri a tale ordinamento sono oggetto di attività e funzioni delle amministrazioni nazionali².

In particolare, il settore dei contratti pubblici, inciso dall'armonizzazione del diritto euro-unitario sia in campo sostanziale che processuale (e per questo terreno privilegiato di studio), sembra tendere ad un progressivo ampliamento della legittimazione processuale. L'impegnativa affermazione di principio posta dalle direttive ricorsi (secondo cui le procedure di ricorso devono essere accessibili «*per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*» e che «*sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto*») è stata al centro, negli ultimi quattro anni, di un'intensa attività interpretativa della Corte di Giustizia dell'Unione

¹ Si estende il campo delle parole con cui A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione (Artt. 99-111)*. Estratto dal *Commentario del Codice di Procedura Civile diretto da Enrico Allorio*, 1970, 1066, definisce l'interesse ad agire. La suddetta constatazione trova sostegno in autorevoli contributi sul tema oggetto di indagine, ci si riferisce a R. VILLATA. Voce - *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1; A. TRAVI, nelle sue *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2008, VIII ed., 202.

² A. SANDULLI, *The European Court of Justice and the Competitive Dialogue between Courts*, in *Global Standards for Public Authorities*, a cura di G. DELLA CANANEA E A. SANDULLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 165 ss.

Europea, sollecitata in via pregiudiziale dai giudizi dei diversi Stati membri (e, due volte, dai giudici amministrativi italiani con riferimento alla nota questione delle censure reciprocamente escludenti³) per meglio definire il perimetro della legittimazione processuale.

Sebbene la tutela giurisdizionale nei confronti della p.A. continui ad essere diversamente concepita dagli Stati membri sulla base delle loro diverse tradizioni giuridiche (*i.e.* come tutela di diritto soggettivo in Italia e Germania e, tendenzialmente, di diritto oggettivo in altri Paesi, come la Francia), l'ordinamento euro-unitario sembra, invece, progressivamente assestarsi verso una maggiore protezione dell'interesse al rispetto delle regole della procedura⁴ qualificando, significativamente, proprio la legittimazione ad agire, non solo un mezzo per assicurare la tutela dei diritti e degli interessi dei singoli, ma “*uno strumento che consente di garantire l'assunzione di responsabilità*” per le decisioni, atti od omissioni adottate dalla stessa p.A.⁵.

In quest'ottica, il confronto su tale tema vive significativamente un momento di grande vivacità nel dibattito scientifico europeo⁶ e numerosi studiosi si dicono vieppiù preoccupati, poiché, a loro modo di vedere, il sistema di giustizia amministrativa sarebbe soggetto a un progressivo snaturamento. Viene evidenziato, con una certa preoccupazione che, sotto l'influenza dell'Unione Europea, la giustizia amministrativa italiana e tedesca, storicamente e costituzionalmente orientata alla tutela dei diritti soggettivi, si stia trasformando in un sistema di giustizia amministrativa più vicina al modello francese, ossia

³ Su cui si v. *infra* cap. V.

⁴ Per uno studio comparato tra giurisdizioni a carattere soggettivo e giurisdizioni a carattere oggettivo in Europa, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, in *Rev. adm. públ.*, 2000, 93 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74 ss.

⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale del 28.4.2017, C(2017) 2616 final.

⁶ K. P. SOMMERMANN, *Transformative Effects of the Aarhus Convention in Europe*, in *ZaoRV* 2017, 2, 321; E. SCHMIDT-ABMANN, *Mutamento della funzione della giustizia amministrativa tedesca. Spunti per alcune riflessioni sistematiche*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania, Contributi per un confronto*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Giuffrè 2017, 19, 20; Sul punto si v. anche G. RUGGE, *L'uropeizzazione del diritto pubblico tedesco: l'accesso alla giustizia amministrativa*, in *Riv. it. di dir. pub. com.*, 2017, 3-4, 593; Anche in Italia il tema è oggetto di attuale dibattito tra operatori e studiosi, si v. l'incontro svoltosi presso l'Università degli Studi Roma TRE il 30 gennaio 2017 sul tema dei “*Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa*” in cui si è confrontata l'esperienza italiana (con relazione di M. Lipari, pres. di Sezione del Consiglio di Stato) con quelle degli ordinamenti francese (P. Gonod, prof. Univ. Paris 1, Panthéon, Sorbonne, C. Touboul, *maître de requêtes* al *Conseil d'état*) e tedesco (K.P. Sommermann, Università di Speyer e O. Mallmann, giudice a.D. presso la *Bundesverwaltungsgericht*), e in particolare la relazione introduttiva di M. A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in www.federalismi.it; e le relazioni di K.P. SOMMERMANN, *Objective and Subjective Profiles of the Administrative Jurisdiction: The Experience of the German System*, in www.giustizia-amministrativa.it; O. MALLMANN *Investigation of facts and evaluation of interests concerning interim measures according to German administrative law*, in www.giustizia-amministrativa.it, ivi.

in un sistema che attribuisce al giudice il compito di tutelare il diritto obiettivo nella vita sociale.

Coloro che osservano una trasformazione di questo tipo sono soliti imputarla a due circostanze: in primo luogo, alla tendenza della legislazione e della giurisprudenza europee a dilatare in maniera eccessiva il concetto di diritto soggettivo; in secondo luogo, al crescente diffondersi, sulla spinta dell'ordinamento europeo, delle c.d. azioni delle associazioni (*Verbandsklagen*).

A questo tema è pertanto dedicato il terzo capitolo della ricerca in cui si definirà la cornice normativa di riferimento nei sistemi francese e tedesco, presentando le modalità con cui suddetti Stati hanno scelto di recepire le “direttive ricorsi” e si esporranno i termini del dibattito sul mutamento funzionale del processo amministrativo.

Sotto diverso profilo, una parte della dottrina italiana ha in particolare evidenziato la mancanza di rigore delle pronunce della Corte di Giustizia dell'UE che “*spesso testimoniano una certa confusione fra le diverse condizioni per l'azione, fino ad assimilare insieme legittimazione a ricorrere ed interesse ad agire*”⁷. Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si manifestano, infatti, talvolta contraddizioni e salti logici, come, emerge dalla diversità di posizioni rappresentate nella sentenza *Hackermüller* del 2003, rispetto alla sentenza *Fastweb* del 2013, conciliati dalla stessa Corte con una soluzione marcatamente *tranchant* espressa, da ultimo, nel caso “*Archus*”⁸. Quella tra interesse e legittimazione è tuttavia una distinzione centrale e che, come si vedrà nella seconda parte della ricerca, fatica da tempo a consolidarsi anche nell'elaborazione della giurisprudenza amministrativa italiana.

Il diritto dell'Unione Europea non spinge all'estensione della *legittimazione* solo sul fronte dell'accesso alla tutela giurisdizionale.

Il riferimento è alle direttive (sostanziali) sulle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici del 2014 e, in particolare, alle direttive nn. 24 e 25 che ai rispettivi *considerando* n. 122 e 128⁹ dopo aver confermano l'impegnativa affermazione di principio posta dalle direttive ricorsi (secondo cui, si ripete, le procedure di ricorso devono essere accessibili «*per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*» e che «*sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del*

⁷ A. TRAVI, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici specialu al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *giustamm*, 11, 2017.

⁸ CGUE, 10 maggio 2017, C-131/16, in www.lamministrativista.it.

⁹ La disposizione è evidentemente applicabile anche alle concessioni in virtù delle modifiche effettuata dalla direttiva n. 23 alla direttiva 89/665/CE.

diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto»), aggiungendo, tuttavia, che la tutela degli interessi in gioco non deve necessariamente esaurirsi nella tutela giurisdiziale e che gli ordinamenti nazionali dovrebbero costruire spazi di controllo più ampio.

In tale prospettiva nei richiamati considerando viene sancito che *«i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente»*.

Se da una parte le direttive (contratti e ricorsi) sembrano preoccuparsi di fornire una protezione integrale a tutti gli interessi incisi, al contempo prende atto che non tutti gli interessi - benché *legittimi* - possano trovare la propria protezione tramite la via del ricorso giurisdizionale dovendo piuttosto il legislatore aprire agli operatori del settore strade per l'attivazione di una tutela amministrativa.

Del resto, come rilevato dalla Corte di Giustizia dell'UE sin dalla sentenza *Van Gend en Loos* *“la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri”*¹⁰. Non a caso, all'esito dell'attenta disamina della giurisprudenza che in quel solco si è inserita, la dottrina ha di conseguenza osservato come *“l'obiettivo primario della Corte non sia affatto la protezione dei singoli, bensì quello di garantire l'effettività del diritto comunitario”*.

Il sistema delle tutele interno, tuttavia, non sembra attuare tale previsione neanche con l'introduzione della legittimazione a ricorrere dell'ANAC, introdotta dall'art. 52-ter del d.l. n. 50/2017, (nel testo derivante dalla legge di conversione n. 96 del 2017, che ha chiuso la complessa parabola delle raccomandazioni vincolanti eliminate dal decreto “correttivo” al Codice dei contratti) che ha innestato nell'art. 211 del Codice dei contratti tre nuovi commi (1-bis, 1-ter, 1-quater) ispirati all'art. 21-bis della l. n. 287 del 1990 (recante la disciplina sulla legittimazione a ricorrere dell'AGCM in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza).

¹⁰ CGUE, 5 febbraio 1963, in C-26/62.

Viene così attribuita all'ANAC una legittimazione processuale, concernente la materia dei contratti pubblici, limitata all'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e ai contratti di "di rilevante impatto". Proprio dalla suddetta limitazione, secondo i primi commentatori l'opzione compiuta dal legislatore potrebbe ricondurla maggiormente nello schema concettuale del potere di *advocacy* (attribuzione ad un soggetto pubblico quale un'Autorità indipendente, di una specifica funzione di impulso, proposta e sollecitazione, valorizzandone meno il potere di azione processuale. Nel suddetto contesto, non sembra tuttavia inidoneo a realizzare il risultato voluto dal diritto europeo, sia per l'assenza di uno strumento decisorio che non si risolva nella mera sollecitazione di un giudizio, sia per le numerose limitazioni previste dalla normativa e dagli, spesso restrittivi, orientamenti giurisprudenziali.

Raccolte e analizzate le tendenze nel panorama europeo, la seconda parte della ricerca fa propri i risultati raggiunti per calare la questione della soggettività giuridica nella sua tradizionale dimensione processuale, scandita dalla preliminare delibazione delle *condizioni dell'azione* (possibilità giuridica, legittimazione a ricorrere, interesse a ricorrere).

A voler qui sinteticamente richiamare solo i principali caratteri della *condizione* che la dottrina processuale definisce "*legittimazione ad agire*" (e "*a ricorrere*", nel processo amministrativo) è noto che la questione consiste, tradizionalmente, nell'individuare dal lato attivo, il soggetto che può azionare la pretesa giurisdizionale e, dal lato passivo, verso chi la stessa può essere invocata.

Costituisce dato acquisito che, con la proposizione della domanda giurisdizionale, sorga il dovere del giudice di pronunciarsi sulla richiesta di tutela fornendo, laddove sia possibile, un provvedimento che entri nel merito per risolvere la questione controversa.

Parimenti, è enunciato generalmente condiviso quello per cui l'oggetto della domanda giurisdizionale (o, quantomeno, l'oggetto del merito del processo di cognizione) si indentifichi con la posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio da chi agisce per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi. È invece controverso il momento in cui, all'interno della dinamica processuale, debba avvenire la delibazione circa *l'effettiva appartenenza* della posizione giuridica soggettiva invocata. Il riferimento è alla scansione procedimentale, sancita dal codice di procedura civile, accolta anche nel processo amministrato, che stabilisce la delibazione *in limine* delle questioni preliminari, tra cui secondo una parte della dottrina rientra la questione della legittimazione.

Nell'ordinamento italiano, in assenza di una definizione legislativa, la base giuridica della legittimazione viene generalmente ricavata *a contrario* dall'art. 81 c.p.c. che reca il divieto di far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui.

A voler richiamare, in questa sede, solo due tra le numerose teorie elaborate dalla scienza processualcivilista, si ricava che la delibazione sulla legittimazione avviene in *limine litis*, ossia al momento della proposizione della domanda. Secondo alcuni il potere di agire in giudizio prescinde, infatti, dall'effettiva titolarità della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio cosicché la legittimazione si risolve nella mera affermazione dell'appartenenza della posizione invocata nella domanda¹¹.

Secondo un'altra impostazione, volta a valorizzare maggiormente l'autonomia del diritto di azione rispetto alla posizione sostanziale che si assume lesa, la legittimazione spetta, esclusivamente, al titolare dell'interesse ad agire (*pas d'interêt pas d'action*)¹².

In tal senso, quando l'art. 100 c.p.c. dispone che "per proporre una domanda in giudizio è necessario avervi interesse", indica che l'interesse ad agire non solo deve esistere (componente oggettiva), ma deve anche esistere precisamente in capo a colui che propone la domanda (componente soggettiva). A sostegno di tale impostazione, la stessa dottrina invoca l'art. 81 c.p.c. ai sensi del quale un estraneo non può, "fuori dai casi previsti dalla legge", far valere validamente l'altrui interesse ad agire. In ogni caso ne deriva che l'accertamento della carenza di legittimazione produce un arresto del giudizio alla fase di rito con una pronuncia di inammissibilità della domanda.

Secondo la parte dominante della scienza processual-amministrativa l'impostazione appena descritta non si presta ad essere trasposta nel processo amministrativo dove, al contrario, nella delibazione sulla legittimazione già si risolve la relazione tra la situazione giuridica sostanziale e l'esercizio dell'azione¹³.

¹¹ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *saggi di dir. proc. civ.*, Bologna 1904, pp. 1-130; Id., nuovo contributo alla dottrina dell'azione, in nuovi saggi di *dir. proc. civ.*, Napoli 1912, pp. 17-38; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in studi in onore di G. Chiovenda, Padova, 1927, p. 221 e ss.; E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, i, p. 205; a. pekelis, *azione (teoria moderna)*, in *nuovo dig. it.* Torino, 1937, p. 91 e ss ed in nn dig. it., ii, Torino, 1964, p. 29 e ss; P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, *Riv. dir. proc.*, 1939, i, p. 22 e ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942; E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955; R. ORESTANO, *L'azione in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, iv, 1959, p. 785 e ss; S. SATTA, *Azione. l'azione in generale. l'azione nel diritto positivo*, in *enc. dir.*, Vol. IV, 1959; E. FAZZALARI, *azione civile*, in *dig. disc. priv. sez. civ. II*, Torino, 1988; E. DENTI, *Azione (diritto processuale civile)* in *Enc. giur.* III, Roma, 1988. Tesi esaminate, nell'ottica del processo amministrativo, da L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, Giuffrè, 1951, 151.

¹² E T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, VI ed., a cura di C. VOCINO, Milano, 1964, 351.

¹³ R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, Vol. VIII, Utet, Torino, 1993, p. 471, precisa che: "nel processo amministrativo si avrebbe sempre, infatti, la coincidenza dell'interesse protetto con titolarità della legittimazione all'impugnazione, perché protetto è solo quella posizione di vantaggio la quale risulti normativamente qualificata, in quanto riconducibile ad una norma

In base a quanto sostenuto dalla dottrina, infatti, la legittimazione conosce, nella dinamica del processo amministrativo, tre diversi momenti: (i) l'*affermazione* della titolarità dell'interesse che legittima la proposizione della domanda giurisdizionale e dunque permette il solo accesso al giudizio; (ii) l'*appartenenza* al ricorrente della posizione soggettiva che consente il passaggio alla fase di merito del giudizio; (iii) la *fondatezza* della pretesa invocata in giudizio che comporta l'accoglimento della domanda e dunque l'identificazione tra legittimazione e spettanza della pretesa¹⁴.

In questo modo la legittimazione non riguarda la mera *affermazione*, ma l'*effettiva titolarità* della posizione soggettiva sostanziale (*pas de droit, pas d'action*) la cui carenza, pur provocando l'inammissibilità del ricorso produce, secondo una parte della dottrina, una pronuncia di merito¹⁵.

Come rilevato dalla dottrina, qualora si accetti tale impostazione, ogni problema relativo alla legittimazione al ricorso appare "sdrammatizzato", o comunque "pacificamente risolvibile" spostando la questione sulla ricognizione degli interessi legittimi che devono essere *consenti e catalogati* allo scopo di individuare specifiche posizioni di vantaggio protette dall'ordinamento con le relative legittimazioni processuali¹⁶.

Il riferito quadro consente, quindi, una riflessione sulle possibili limitazioni al diritto di azione e di difesa nei confronti dell'Amministrazione e sugli ostacoli all'effettiva

di riferimento che si configura come il presupposto logico-giuridico della tutela giudiziale accordata al titolare della posizione di vantaggio medesima". A. TRAVI, *Lezioni di giustizia op. cit.*, 202, pur riconoscendo che non esiste una sistematica delle condizioni dell'azione alternativa rispetto a quella propria della scienza processualcivile afferma che le conclusioni più recentemente raggiunte nel processo civile sono distanti da quelle del processo amministrativo dove la giurisprudenza, come si vedrà *infra* è ferma nelle sue posizioni.

¹⁴ A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 210.

¹⁵ A. TRAVI, *op. e loc. ult. cit.*, contra R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 308, la cui teorizzazione è stata sostanzialmente ripresa dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, il quale sostiene che la legittimazione "contrassegna la posizione di un soggetto rispetto al rapporto giuridico dedotto nel processo", mentre l'interesse ad agire "contrassegna uno stato di fatto in cui versa il diritto" per il quale viene chiesta la tutela; detto interesse serve a evitare che si scenda all'esame del merito quando la domanda può essere fondata, ma anche se lo fosse, il suo accoglimento non produrrebbe alcun effetto utile nella sfera giuridica dell'attore, mentre la legittimazione mira ad evitare una decisione nel merito in assenza della titolarità del diritto in capo all'attore medesimo".

¹⁶ C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli editore, 2012, p. 145 la quale, in nota, cita L. R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.* 2009, p. 688: "non è affatto chiaro in giurisprudenza se valga anche nel diritto amministrativo la regola – propria del processo ordinario – per cui la legittimazione discende dall'affermazione della posizione sostanziale". In effetti, la giurisprudenza amministrativa, a fronte della formale affermazione della necessità della legittimazione a ricorrere in capo a chi promuove l'azione, tende in concreto quasi sempre a ritenerla sussistente, e utilizza solo l'interesse processuale quale strumento per filtrare l'accesso alla tutela. Questa "impropria utilizzazione giurisprudenziale di quelle che tradizionalmente si ritengono condizioni dell'azione consegna nelle mani del giudice amministrativo strumenti di regolazione dell'accesso al giudizio che – per quanto utilizzati sapientemente e con risultati pratici ordinariamente condivisibili – non paiono convincenti dal punto di vista della protezione costituzionale del diritto di azione, poiché sembrano (almeno in parte) funzionali al perpetuarsi di modelli di giurisdizione oggettiva non coerenti con il modello costituzionale descritto dall'articolo 24 della Costituzione".

attuazione del diritto a mezzi di ricorso efficaci prescritto dal diritto euro-unitario. Sotto tale profilo, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale del contenzioso in materia di contratti pubblici si presta ad una comparazione con altri ordinamenti (in particolare francese e tedesco) dove l'applicazione dei principi posti dalla cd. direttiva ricorsi sembra produrre soluzioni meno restrittive rispetto a quelle raggiunte nell'ordinamento italiano in cui - significativamente - l'indirizzo giurisprudenziale che limita la legittimazione a contestare l'aggiudicazione disposta a favore del concorrente (in ipotesi) erroneamente ammesso, è più volte stato sottoposto al vaglio dalla Corte di Cassazione sul terreno del "diniego di giustizia" (art. 111, ult. comma Cost.).

Ciò brevemente premesso, per ricongiungersi all'iniziale intuizione che ha ispirato il percorso di ricerca, la formulazione del quesito deve tuttavia esser ricalibrato e circoscritto con maggiore rigore metodologico.

Lo studio intende, infatti, affrontare le tendenze del processo amministrativo nel *prisma* delle variazioni assunte dalla legittimazione nell'attuale assetto normativo e giurisprudenziale seguendo un percorso logico-argomentativo volto a:

- a) verificare quali siano le variazioni della legittimazione a ricorrere all'interno del processo amministrativo e se l'affermazione secondo cui l'oggetto del processo amministrativo consista nella situazione giuridica soggettiva (interesse legittimo e, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo) costituisca, oggi, una regola generale;
- b) in caso di risposta positiva al quesito *sub a)*, valutare se i criteri tradizionalmente utilizzati per individuare l'appartenenza della situazione giuridica dedotta in giudizio rimangano validi anche in alcuni settori fortemente incisi dal diritto euro-unitario come quello dei contratti pubblici in cui ad essere dedotta in giudizio è una situazione giuridica soggettiva protetta e disciplinata da fonti sovranazionali;
- c) infine, alla luce delle conclusioni raggiunte *sub a) e b)*, tracciare le linee di tendenza del processo amministrativo e la ricaduta sull'accesso e l'esercizio effettivo della tutela giurisdizionale.

In particolare, la prima delle tre questioni si rende necessaria a fronte della constatazione, da parte di un numero crescente di autori, della disgregazione della categoria dell'interesse legittimo a causa del mutamento degli interessi bisognosi di tutela giurisdizionale e dell'incidenza esercitata dal diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE tendenti, secondo alcuni, ad una sempre più marcata oggettivazione della

giurisdizione amministrativa¹⁷.

La seconda questione prende invece le mosse dal rapporto sussistente tra la nozione di oggetto del processo accolta all'interno del nostro ordinamento e quella accolta a livello europeo, in primo luogo dalla Corte di Giustizia dell'UE e mira all'analisi delle attuali forme di tutela fornite all'operatore economico e ai terzi "interessati" nel settore dei contratti pubblici per verificare se il sistema processuale sia allo stato sufficiente alla piena tutela delle situazioni giuridiche oltre che effettivamente conforme al diritto euro-unitario.

¹⁷ Sul punto si v. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo (profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo)*, Padova, Cedam, 2000, 54, laddove si evidenzia che «questo dubbio sulla natura, sulla funzione stessa, della giurisdizione amministrativa costituisce un vizio di origine che ha pesantemente condizionato l'intera evoluzione sia dottrina, sia giurisprudenziale della tutela del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione» sicché «è a tale ricostruzione degli istituti della giustizia amministrativa (come complesso di garanzie a tutela della legalità e del buon andamento dell'Amministrazione, piuttosto che a protezione delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini), che devono imputarsi: il ritardo con cui la dottrina è pervenuta alla consapevolezza della natura sostanziale dell'interesse legittimo, la posizione di privilegio processuale da sempre riconosciuta in giudizio alle Amministrazioni pubbliche, l'autolimitazione del giudice nella cognizione piena dei fatti oggetto della controversia, l'autolimitazione nei poteri decisori del giudice medesimo (fino a negare anche limitati poteri di accertamento e condanna)».

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA DEI *RIMEDI* CONTRO LA VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI NELLE DIRETTIVE (SOSTANZIALI E PROCEDURALI) DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. L'impatto del diritto eurounitario sulla disciplina processuale degli Stati membri dell'Unione Europea - 2. Il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale e a un ricorso "effettivo" - 3. La progressiva erosione del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea - 4. I limiti alla cd. "autonomia procedurale" degli Stati membri nella disciplina del contenzioso in materia dei contratti pubblici - 5. L'applicazione delle "direttive ricorsi" e il rapporto con le direttive contratti del 2014. - 6. Il *considerando* n. 122 della "direttiva 24": il diritto del "cittadino-contribuente" di segnalare le violazioni della normativa in materia di contratti pubblici - 7- Conclusioni.

1. PREMESSA. L'IMPATTO DEL DIRITTO EUROUNITARIO SULLA DISCIPLINA PROCESSUALE DEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA

Tra le molte competenze conferite dagli Stati membri all'Unione Europea, in origine, non figurava espressamente la materia procedurale¹⁸ sicché, si affermava, che la produzione e interpretazione della relativa disciplina rimassero esclusivo appannaggio degli Stati membri¹⁹.

¹⁸ Sulle regole di riparto delle competenze tra l'Unione Europea e gli Stati membri si v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2010, 101; P. MENGIOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2014, 118. Le competenze dell'Unione sono regolate, come noto, dal principio di attribuzione, introdotto dal Trattato di Maastricht, in base al quale l'Unione Europea può intervenire solo negli ambiti previsti dagli stessi Trattati. È altrettanto noto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE ha interpretato il suddetto principio nel senso di ricomprendervi anche le competenze desumibili implicitamente da quelle attribuite all'Unione in modo espresso. Corollario del suddetto principio è che ogni atto dell'Unione Europea poggia su una specifica *base giuridica* che ne legittima l'emanazione e al contempo consente ai destinatari di comprenderne l'obiettivo perseguito. L'esercizio delle competenze dell'Unione, come precisa lo stesso art. 5, par. 1, si fonda inoltre sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. Il principio di sussidiarietà (art. 5 par. 3 del TUE) consente infatti l'estensione dell'intervento dell'Unione anche in settori che non sono di sua competenza nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri né a livello centrale né a livello regionale o locale, ma possono, proprio a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere meglio conseguiti a livello dell'Unione. Un elemento di continuità che la suddetta enunciazione di principio presenta rispetto a quella contenuta nei trattati immediatamente precedenti è la tendenza restrittiva che pare imprimere all'esercizio non esclusiva dell'Unione con l'espressione «soltanto se e in quanto», rafforzata dal principio di prossimità (art. 10, par. TUE) secondo cui le decisioni dell'Unione sono prese «nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini». Come evidenziato dalla dottrina i suddetti principi tuttavia non si limitano tra loro, ma sono destinati a coordinarsi con il principio di leale cooperazione a termini del quale «l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati». Nella giurisprudenza dell'Unione il principio di attribuzione ha trovato un'ulteriore e certamente più continua attenuazione nell'affermazione del principio secondo cui anche nelle materie che sono rimaste nella loro competenza ai sensi del più generale principio di leale cooperazione (art. 4 TUE) gli Stati sono tenuti ad esercitare le loro competenze nel rispetto dei trattati istitutivi.

¹⁹ Il cd. principio di "inquadramento" ha trovato applicazione con riguardo all'organizzazione giurisdizionale degli Stati membri sancendone l'autonomia procedurale. In relazione a tale ambito i Trattati non stabiliscono né una base giuridica, né appare possibile ricavare una competenza implicita dalle altre competenze espressamente

Nella progressiva evoluzione dell'integrazione europea si sono registrati i primi contatti tra diritto eurounitario e processo (principalmente civile), divenuti in seguito sempre più intensi²⁰. L'inevitabilità di tale avvicinamento deriva, del resto, dalla circostanza che l'ordinamento europeo è ricco di disposizioni processuali che non riguardano unicamente le procedure interne alla stessa Unione, ma anche i singoli Stati membri.

L'affermazione del principio di autonomia procedurale, più volte ribadito dalla Corte di Giustizia dell'UE e richiamato (*recte* invocato) dai giudici degli Stati membri, rischia tuttavia di trarre in inganno l'interprete se inteso in senso "negativo", ossia come uno schermo che rende totalmente impermeabile il diritto processuale nazionale rispetto al diritto eurounitario²¹.

Al contrario, l'autonomia procedurale non deve essere intesa come "mera indipendenza" conservata dai legislatori degli Stati membri nel redigere le norme processuali, ma deve essere letta in un'accezione positiva, ossia come principio che intende assicurare la non discriminazione e la tutela giurisdizionale adeguata delle situazioni giuridiche protette dall'Unione Europea.

Per tale impostazione, autonomia procedurale significa, in altri termini, che il legislatore interno ha la facoltà di agire sulle leve della propria disciplina processuale al fine di garantire il perseguimento degli obiettivi-cardine del sistema europeo e di trattare i diritti discendenti dall'ordinamento eurounitario in modo equivalente rispetto a quelli riconosciuti dalle norme interne, garantendo una struttura della tutela giurisdizionale che non renda troppo difficile l'esercizio dei diritti fondati sull'ordinamento della stessa Unione²².

Tale è l'accezione che sembra sia stata accolta anche da un'importante pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana, di estrema rilevanza per il tema che ci occupa, in cui è stato precisato che la l'autonomia dei singoli Stati membri incontra il limite,

attribuite all'Unione Europea se non, come avverte attenta dottrina, nella forma "attenuata" del cd. "effetto utile dell'effetto diretto, su cui cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea. Paradise Lost?*, Torino, Giappichelli, 2009; E' stato tuttavia evidenziato da M.C. ROMANO, *La situazione legittimante nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Jovene Editore, 2013, p. 7 ss. che tale principio entra in frizione con quello di effettività della tutela sancito dall'art. 19, par. 1 TUE, ai sensi del quale gli Stati membri devono stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori coperti dal diritto UE. Sul tema dell'autonomia procedurale, si v. M. SINISI *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017 Sulla frequente convergenza tra il principio di autonomia procedurale e quello di autonomia istituzionale si v. M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017.

²⁰ N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia, in Europa e dir. priv.*, 2010, 2, 361.

²¹ BO G., *La pronuncia della corte di giustizia nella causa «Unibet» tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 3, 1071.

²² P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015, 61.

invalicabile, nella tutela del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, sicché a ogni soggetto che lamenti la violazione di diritto o libertà garantiti da tale ordinamento dell'Unione Europea deve essere garantito un "ricorso effettivo dinanzi a un giudice" ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²³.

In estrema sintesi, al fine di qui introdurre il tema oggetto di analisi, la Suprema Corte accogliendo un ricorso per "diniego di giustizia", ex art. 111, VIII comma Cost., ha sancito che una disposizione processuale nazionale che precluda al giudice, in determinati casi, di esaminare nel merito il ricorso giurisdizionale, negando tutela a un diritto riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione, contrasta con i principi di effettività e equivalenza.

L'esigenza di un'applicazione uniforme del diritto europeo ha, del resto, posto il problema della protezione giudiziaria dei diritti provocando un intervento sempre più incisivo sui sistemi processuali nazionali, sicché da una fase di celebrazione dell'indipendenza della disciplina procedurale nazionale si è passati alla sua progressiva erosione in favore dell'opportunità-necessità di un intervento legislativo dell'Unione Europea anche sulle norme processuali.

Il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione, costruito secondo un modello di tutela decentrata, che attribuisce l'esercizio del potere giurisdizionale sul diritto dell'Unione ai giudici dell'Unione Europea e, in diversa misura, agli organi giurisdizionali degli Stati membri del resto consentito tale sviluppo²⁴.

L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE qualora la controversia comporti la risoluzione di un quesito sull'interpretazione del Trattato o sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti in applicazione del diritto dell'Unione Europea ha reso i giudizi dei singoli Stati parte, a pieno titolo, di un "sistema giurisdizionale europeo", trasformandoli nei principali attori considerati, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *«incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto [eurounitario], garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti attribuiti ai singoli»*.

²³ Cass. SS.UU., 29 dicembre 2017, n. 31226, in www.lamministrativista.it, che sarà più volte richiamata nel corso del presente lavoro e in particolare *infra* nel cap. V in cui si afferma che la decisione del giudice nazionale che neghi l'esame del merito della domanda giurisdizionale in applicazione di una regola processuale interna frontalmente contrastante con il diritto dell'Unione, quale risultante dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'UE, nega apertamente all'attore la tutela giurisdizionale (nell'ampiezza riconosciutagli dallo stesso diritto eurounitario).

²⁴ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea, op. cit.*, 229, secondo cui i due livelli benché distinti, sono concepiti come *«funzionalmente collegati»*.

Proprio l'opera pretoria svolta dalla Corte UE, secondo lo schema dei "vasi comunicanti" (attingendo dall'ordinamento degli Stati membri per elaborare principi che confluiscono nell'ordinamento dell'Unione, per poi rifluire negli stessi Stati), ha prodotto notevoli riflessi anche sul diritto processuale interno dei singoli Stati membri²⁵.

Sebbene dopo il Trattato di Lisbona, il valore giuridico acquisito dalla Carta dei diritti fondamentali, in una con la rilevanza ormai assunta dal diritto della CEDU, abbiano fornito una base normativa alle riferite costruzioni giurisprudenziali, accelerandone l'evoluzione, l'esperienza giurisprudenziale continua a rappresentare il "terreno naturale" dell'elaborazione di principi e regole dell'azione dell'Unione Europea.

A partire dal caso *Unibet* la Corte ha significativamente interpretato il suddetto principio valorizzandone l'aspetto funzionale rispetto alla garanzia dell'effettività del diritto eurounitario, finalità successivamente rafforzata dall'introduzione espressa all'interno del TUE, del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale²⁶ ribadendo, successivamente, che l'*autonomia procedurale* impone ai giudici dei singoli Stati membri di esercitare la propria funzione secondo modalità che non siano meno favorevoli rispetto a quelle seguite con riferimento a ricorsi di diritto interno (principio di equivalenza)²⁷ e che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione (principio di effettività)²⁸.

Il principio di autonomia deve tuttavia essere ulteriormente precisato nel senso che il legislatore europeo non può direttamente intervenire sui singoli rimedi processuali interni né la Corte di Giustizia dell'Unione può valutare l'efficacia e l'effettività dei rimedi interni rispetto al diritto dell'Unione Europea²⁹.

E in effetti, in mancanza di una diretta attribuzione nella materia procedurale, come si vedrà meglio nei successivi paragrafi, l'Unione ha talvolta fatto leva sul principio di sussidiarietà per disciplinare direttamente alcuni tipi di procedure nello specifico campo dei *rimedi* contro la violazione della disciplina eurounitaria dei contratti pubblici.

²⁵ F. APERIO BELLA, *Procedimenti composti in materia di implementazione della politica agricola comune e garanzie procedurali: il caso Oleificio Borelli "riletto" alla luce delle Model Rules in materia di decisioni individuali*, in *academia.edu*, 2, che evidenzia come proprio la fertile attività pretoria della Corte di Giustizia abbia condotto all'enunciazione di principi come quelli di giusto procedimento ed effettività della tutela giurisdizionale, che hanno contribuito alla nascita stessa di un sistema procedurale europeo che, senza alcun dubbio, vincola le corti nazionali. Sulla questione anche M.C. ROMANO, *La situazione legittimante*, *op. cit.*, 6 parla di "effetto conformativo" del diritto europeo sui diritti nazionali e, in particolare, sui rimedi processuali, evidenziando l'effetto "orizzontale" che scaturisce dalla circolazione dei modelli tra gli Stati membri.

²⁶ CGUE, 13 marzo 2007, in C-432/05 "Unibet".

²⁷ CGUE, 26 gennaio 2010, in C-118/08 "Transportes Urbanos".

²⁸ CGUE, 21 novembre 2002, in C-473/00, "Cofidis".

²⁹ P. BIAVATI, *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2003, *passim*.

Proprio nel settore della contrattualistica pubblica, al cauto approccio iniziale del legislatore europeo, improntato al rispetto del diritto interno³⁰ è seguita l'avvio di una progressiva armonizzazione procedurale ritenuta necessaria per raggiungere l'effettività dalla stessa disciplina sostanziale.

Lasciando, per ora, da parte l'intervento nella suddetta disciplina settoriale che sarà oggetto di più ampia indagine *infra*, preme precisare che, in termini più generali, la crescente rilevanza dell'incidenza del diritto dell'Unione sulle posizioni giuridiche dei singoli, ha creato l'esigenza sia per la stessa Unione che per gli Stati, di predisporre mezzi adeguati per consentire a tali soggetti di far valere, in sede giurisdizionale, i diritti e gli interessi ad essi attribuiti dal diritto europeo³¹.

Innumerevoli studi affermano, del resto, che il diritto eurounitario incide ormai ad ampio spettro sul diritto processuale degli Stati membri in varie forme, più o meno dirette, frutto talvolta di scelte legislative talvolta di interventi giurisprudenziali³².

Il processo amministrativo è, tra le diverse forme di processo, quello che ha conosciuto l'impatto più forte da parte del diritto eurounitario³³.

³⁰ Cfr. la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, laddove nel preambolo si afferma che «la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti» (secondo 'considerando'). Nel successivo 'considerando', si aggiunge che «tale coordinamento deve rispettare per quanto possibile le procedure e la prassi in vigore in ognuno degli Stati membri».

³¹ W. VAN GERVEN, *Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies*, in *Common mkt. l. rev.*, 1995, 690, afferma che «the need for harmonized legal remedies... is... inherent in the concept of uniformity; in the absence of (sufficiently) harmonized legal remedies, uniform rights cannot be adequately secured throughout the Community».

³² G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Quaderno n. 1, *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001; M. P. CHITI, *L'architettura del giudiziario europeo dopo il Trattato di Nizza*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 953 ss.; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 5 ss.; A. ADINOLFI, L. DANIELE E R. MASTROIANNI, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001, 41 ss.

³³ Sulla profonda influenza che il diritto dell'Unione Europea ha impresso sulle categorie generali del diritto pubblico si v., per tutti, JB. AUBY, *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, in *Informations sociales*, 2013, 1, 175, 60. Con riferimento al processo, numerosissimi studi evidenziano il formarsi di un vero e proprio sistema di principi processuali comuni all'interno dell'Unione parlando di un vero e proprio "processo amministrativo europeo" tra i molti, cfr. M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative in Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 125 ss.; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea*, in *Revista española de derecho administrativo*, e in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 1, 1 ss.; C.D. CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1996, con un'analisi che muove dalla comparazione fra i modelli tedesco e francese di giustizia amministrativa posti di fronte all'influenza del diritto europeo. Con particolare riguardo agli effetti sulla giustizia amministrativa del nostro Paese; R. CARANTA, *Learning from our Neighbors: Public Law Remedies Homogenization from Bottom Up*, 4 *Maastricht J. Eur. & Comp.*, 1997, 4, 220; ID., *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 451; ID., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, ivi, 2000, 81 ss.; ID., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992; ID., *Tutela giurisdizionale*

L'inevitabile impatto deriva dalla circostanza che gran parte delle disposizioni del suddetto ordinamento sono dirette, oltre che agli Stati membri, alle Pubbliche amministrazioni chiamate a darvi applicazione³⁴.

Ne consegue che il momento patologico, discendente della mancata o illegittima applicazione del diritto europeo si riversa inevitabilmente e per gran parte, nelle aule del giudice amministrativo³⁵.

Il costante confronto tra il giudice amministrativo e l'ordinamento eurounitario, come si vedrà, sembra aver profondamente trasformato il processo amministrativo, plasmandolo sui principi dettati dall'Unione Europea³⁶ dotandolo di una spiccata specialità proprio nelle materie soggette alle disposizioni sostanziali dell'Unione Europea.

Il principio di effettività della tutela, come pure si cercherà di evidenziare nel proseguo della ricerca, ha innalzato gli *standard* di effettività della tutela giurisdizionale in vari fondamentali aspetti del processo amministrativo quali la definizione dei provvedimenti impugnabili, l'individuazione dei soggetti legittimati a ricorrere, la tutela cautelare e quella risarcitoria.

(italiana sotto l'influenza comunitaria), in Trattato di diritto amministrativo europeo, I, cit., 653 ss.; M. P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in dir. proc. amm. 1998, 499 ss.; F. ASTONE, *Integrazione europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?* in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Atti del Convegno 20 maggio 2011 Università degli Studi di Milano, *Quaderni della rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano 2012, 95; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 3, 683 che descrive il fenomeno come strutturato sui due livelli di sviluppo della giurisdizione europea, e del giudice nazionale chiamato ad applicare il diritto europeo. L'unitarietà del sistema e l'uniformità dell'applicazione del diritto sono garantite dal meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al quale sono tenuti i giudici nazionali quando si trovino a dovere risolvere questioni riguardanti l'applicazione o la validità di atti o disposizioni comunitari o disposizioni di diritto interno di derivazione comunitaria. Per parte della dottrina, in particolare L. TORCHIA, *Developments in Italian Administrative Law through cross-fertilisation*, in *New directions in European public law*, ed. by J. BEATSON - T. TRIDIMAS, Oxford, 1998, 137 ss. l'uropeizzazione dei diritti processuali amministrativi nazionali viene tuttavia intesa non come esportazione/importazione di istituti da un sistema all'altro, ma come *cross-fertilisation* ossia «*permeabilità dei vari sistemi a stimoli e scambi con gli altri*».

³⁴ La ricostruzione appena proposta si collega evidentemente al fatto che l'attività amministrativa comunitaria è solo in parte svolta direttamente dalle istituzioni comunitarie ed è invece affidata di regola agli Stati membri che vi provvedono secondo le forme organizzative e di azione proprie. In conseguenza di ciò, assai spesso, i rapporti diretti fra amministrazione 'comunitaria' - nel senso di amministrazione che dà esecuzione a quanto previsto dal diritto comunitario - e singoli vedono questi ultimi pur sempre contrapposti a un'amministrazione statale, ancorché operante in applicazione del diritto europeo. Sul meccanismo v. per tutti C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di rilievo comunitario*, Padova, 1993; nonché Id., *La Commissione della Comunità europea e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarità alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1993, 669 ss..

³⁵ In materie spesso rientranti nella sua giurisdizione cd. "esclusiva".

³⁶ V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. com.*, 2008, 432 ss.

L'ora accennato fenomeno spicca ancor di più nel particolare settore dei contratti pubblici dove il legislatore europeo ha avvertito l'esigenza di armonizzare non solo il campo del diritto sostanziale, ma anche alcuni aspetti ritenuti essenziali di quella processuale.

Gli Stati membri sono stati pertanto obbligati a modificare in profondità la propria normativa processuale partendo da un innalzamento degli ordinari *standard* di tutela giurisdizionale.

Contemporaneamente, l'effetto benefico di tale tuttavia si è spinto oltre i confini in cui si muove il diritto eurounitario.

Le "direttive ricorsi" prima e il rito speciale in materia di contratti pubblici poi sono stati spesso investiti e, come si vedrà, continuano ad essere investiti dal legislatore e dal giudice amministrativo, di un ruolo "anticipatorio" rispetto all'intero sistema del processo amministrativo³⁷.

2. IL DIRITTO DI ACCESSO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE E A UN RICORSO "EFFETTIVO"

Come è stato evidenziato dalla dottrina, nel lessico quotidiano con la parola *effettività* si intende semplicemente «*l'accadere dei fatti*». Nel linguaggio giuridico la stessa parola assume invece un significato dall'inafferrabile definizione³⁸.

L'evoluzione sociale che porta la fattualità della realtà a divenire *effettività* del diritto.

Il diritto euro-unitario ha individuato nel concetto giuridico di *effettività* un principio generale dell'Unione Europea declinandolo in una duplice veste.

Da una parte come fine e baluardo dello stesso diritto euro-unitario sostanziale.

Si può affermare che il diritto europeo nasce per essere *effettivo* negli ordinamenti degli Stati il che, in altri termini, lo rende un diritto costantemente *in cerca di effettività*.

D'altra parte il diritto europeo relaziona il principio di *effettività* alla tutela giurisdizionale³⁹.

³⁷ Tra gli obiettivi degli interventi legislativi che si sono susseguiti negli ultimi anni figura in primo piano quello di assicurare la tutela giurisdizionale, espressamente richiamato dalla legge delega all'adozione del codice del processo amministrativo (l. n. 66 del 2009). Alcune soluzioni che in prima battuta erano state introdotte in attuazione della direttiva ricorsi sono state poi generalizzate e rese applicabile all'intero processo amministrativo prescindendo dalla materia dei contratti pubblici. Si è dato così vita a una disciplina che si ispira ai «*principi...del diritto europeo*» senza distinzione di settori. Sul ruolo "trainante" attribuito al rito speciale cfr. A. ROMANO TASSONE, *Introduzione al tema*, in *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, a cura di F. Saitta, Giuffrè, 2013, 3.

³⁸ N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, ESI, 2009, 18 ss, dove si conclude per l'inesistenza di una definizione giuridica di *effettività*, in quanto espressione della commisurazione di un fatto ad un criterio (normativo) scelto dall'individuo o dalla collettività. L'A. sottolinea che alla «*verità effettuale, all'inconfondibile accadere delle cose che sono perché sono, la coscienza normativa sovrappone un significato giuridico, un predicato derivante dal raffronto tra essere e dover essere, tra azione accaduta e azione attesa. E non propriamente il significato giuridico, ma un significato giuridico, o, se si vuole, tanti significati giuridici quanti sono i criteri di valutazione*»

³⁹ La dottrina ha evidenziato che tale seconda concezione dell'*effettività* ha tuttavia faticato ad affermarsi giacché utilizzata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE quale mezzo per garantire l'*effettività* e il primato del diritto sostanziale europeo, così M.C. ROMANO, *La situazione legittimante, op.cit.*, 10-11; D. DE PRETIS, *La tutela*

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale costituisce, come più volte affermato dalla Corte di Giustizia UE, un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni comuni degli Stati membri⁴⁰.

Più direttamente l'art. 47 della Carta di Nizza attribuisce ad ogni persona i cui diritti e le cui libertà, garantiti dal diritto dell'Unione, siano stati violati il diritto ad un *ricorso effettivo dinanzi a un giudice*.

La suddetta disposizione ricalca la formulazione dell'art. 13 della CEDU, da cui si differenzia tuttavia per la precisazione della necessaria giurisdizionalità della tutela.

La stessa disposizione si differenzia inoltre dall'art. 6 della CEDU giacché, lungi dal limitarsi a sancire il diritto di accesso ad un giudice, sovrappone quest'ultimo al diritto ad un ricorso «*effettivo*» volto a far valere la violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione.

In questi termini il principio di effettività sembra colorarsi di un'ulteriore garanzia volta ad attribuire la tutela processuale delle situazioni giuridiche nei termini in cui risultano

giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 3, p. 683 S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004; E. PICOZZA, *L'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo, rispetto al diritto comunitario*, in *dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3-, 1 ss.

⁴⁰ Il principio di effettività costituisce uno dei capisaldi del sistema della giustizia amministrativa tedesca solennemente proclamato all'art. 19, comma 4 della legge fondamentale del 1949. Si riportano, per la chiarezza con cui viene, per la prima volta esposto il suddetto principio, i pt. 17, 18 e 19 della sentenza della CGUE, 15 maggio, 1986, in C-222/84, "Johnston". Nel caso di specie la CGUE ha sancito il diritto della ricorrente (donna poliziotto inglese alla quale non era stato rinnovato il contratto di lavoro in considerazione della decisione del *Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, motivata con ragioni di ordine pubblico, di dotare di armi solo gli agenti di polizia di sesso maschile) di adire il giudice nazionale in base alla direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne e dell'art. 224 del trattato CEE. Una delle questioni oggetto del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte verteva, in particolare, sul possibile contrasto con il diritto euro-unitario, di alcune disposizioni del Regno Unito che attribuivano il valore di prova "inoppugnabile" ad un certificato rilasciato da un'Amministrazione il cui contenuto provocava una deroga al principio della parità di trattamento tra uomini e donne ad (asserita) salvaguardia della tutela della pubblica sicurezza. La Corte ha efficacemente evidenziato che: «*l'art. 6 della direttiva fa obbligo agli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti giuridici interni i provvedimenti necessari per consentire a chiunque si ritenga vittima di una discriminazione «di far valere i propri diritti per via giudiziaria». Da detta disposizione deriva che gli Stati membri sono tenuti ad adottare provvedimenti sufficientemente efficaci per raggiungere lo scopo della direttiva e a garantire che i diritti in tal modo attribuiti possano essere effettivamente fatti valere dagli interessati dinanzi ai giudici nazionali. 18 Il sindacato giurisdizionale che il succitato articolo vuole sia garantito costituisce espressione di un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Detto principio è stato del pari sancito dagli artt. 6 e 13 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata il 4 novembre 1950. Come si riconosce nella dichiarazione comune 5 aprile 1977 del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU C 103, pag. 1), e come è dichiarato nella giurisprudenza della Corte, si deve tener conto, nell'ambito del diritto comunitario, dei principi ai quali è ispirata la convenzione suddetta. 19 A norma dell'art. 6 della direttiva, interpretato alla luce del predetto principio generale, qualsiasi persona ha il diritto di esperire un ricorso effettivo dinanzi a un giudice competente avverso gli atti che essa ritenga contrastanti col principio della parità di trattamento fra uomini e donne stabilito dalla direttiva 76/207. Tocca agli Stati membri garantire un sindacato giurisdizionale effettivo sul rispetto delle vigenti disposizioni del diritto comunitario e della normativa nazionale destinata ad attuare i diritti contemplati dalla direttiva».*

riconosciute dal legislatore. La suddetta garanzia si innalza a criterio e trova i propri confini nel contenuto del diritto al quale serve e si modella sui concreti lineamenti che il diritto tutelato riceve dall'ordinamento

D'altra parte gli Stati membri hanno scolpito la centralità del principio di effettività riferendolo espressamente alla tutela giurisdizionale anche nei Trattati dell'Unione⁴¹.

L'art. 19, par. 1, secondo comma, del TUE sembra porre in capo agli Stati membri un duplice obbligo. Da una parte impone agli Stati membri di prestare tutela giurisdizionale delle posizioni protette dalla disciplina euro-unitaria, dall'altra pretende che tale tutela non solo esista, ma sia anche "effettiva".

Come è stato evidenziato in dottrina, la nuova collocazione della disposizione nel sistema dei principi del Trattato consente al principio di effettività di indirizzare gli Stati membri verso una politica "pro-effettività" della tutela giurisdizionale⁴².

Per meglio descrivere lo sviluppo del principio di effettività della tutela giurisdizionale sembra possibile quindi individuare diverse fasi: una prima, nella quale, all'affermazione del principio si accompagna la preoccupazione di preservare l'autonomia procedurale degli Stati membri e la constatazione che spetta pur sempre a questi ultimi di offrire tutela secondo le modalità loro proprie; e una seconda nella quale l'applicazione del principio, sussunto a questo punto dalla Corte tra i principi generali di diritto comuni ai Paesi membri - non desunto semplicemente dai Trattati, ma ricondotto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e utilizzato in funzione della garanzia dell'«effetto utile» delle norme europee - importa un'influenza più marcata sui sistemi processuali nazionali e un'attenuazione dell'autonomia procedurale.

Le sentenze significative di questo passaggio intendono il principio di effettività come diritto al ricorso (davanti al giudice nazionale) anche in quei casi nei quali, in base ai sistemi nazionali, un tale diritto non vi sarebbe, con la conseguenza che la sua applicazione dà luogo ad alterazioni delle regole processuali nazionali attinenti alla giustiziabilità di determinate posizioni nei confronti dei pubblici poteri.

Alle suddette fasi, si aggiunge, come si specificherà meglio, una terza fase di sviluppo dei modelli procedurali

⁴¹ Dall'art. 19, par. 1 secondo comma TUE risulta chiaramente che «*Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*».

⁴² A.G. PIETROSANTI, *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, a cura di M. A. SANDULLI, Volume I, 114 ss..

3. LA PROGRESSIVA EROSIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI NELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Come accennato, richiamando uno studio della dottrina, è possibile dividere in fasi la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE⁴³.

Mentre la giurisprudenza della “prima generazione” era attenta a salvaguardare il cd. *effetto diretto* del diritto europeo, il primato e l'autonomia dell'ordinamento giuridico europeo, quella della seconda generazione affrontava il problema della relazione tra la legislazione nazionale e il diritto comunitario per quanto riguarda l'esecuzione dei diritti attribuiti da quest'ultimo.

La giurisprudenza della cd. “terza generazione”, fornisce invece soluzioni per le carenze dell'effetto diretto o *effet utile*, in assenza di adeguate o efficaci misure nazionali di esecuzione dei diritti di diritto comunitario, sviluppa nuovi modelli procedurali basati sul diritto comunitario così incidendo sulle norme nazionali relative all'interesse e alla procedura.

Con le celebri sentenze *Zuckerfabrik*⁴⁴ e *Atlanta*⁴⁵ la Corte ha delineato una serie di requisiti minimi per la concessione da parte dei giudici nazionali di provvedimenti provvisori per la sospensione di atti amministrativi attuativi di Regolamenti dell'Unione, confutando espressamente il principio fino a quel momento rimasto indiscusso in base al quale «*le regole del procedimento dei tribunali sono una questione di diritto nazionale*».

In questa terza fase, come è stato evidenziato dalla dottrina, l'intervento della Corte non mira non più (solo) alla rimozione degli ostacoli che minano l'affermazione del primato del diritto, ma inizia la costruzione di un sistema armonizzato di rimedi contro le violazioni dello stesso diritto: «*The Court's approach has been characterized as a transition from a negative application of the principle of effective judicial protection to a positive one*».

L'importanza della legittimazione processuale quale misura dell'effettività, in questa fase dello sviluppo del diritto euro-unitario procedurale può essere analizzata rileggendo uno storico *leading case* affrontato dalla Corte di Giustizia dell'UE, in relazione alla quale, proprio sul modo di intendere la legittimazione al ricorso, si è verificato un grave vuoto di tutela.

⁴³ D. O'KEEFFE, *Judicial Protection of the Individual by the European Court of Justice*, in *Fordham Int'l L.J.*, 19, 903 ss.

⁴⁴ CGUE 21 febbraio 1991, cause riunite, in C-143/88 e C-92/89, “Zuckerfabrik”.

⁴⁵ CGUE, 9 novembre 1995, in C-465/93.

La società *Oleificio Borelli s.p.A.* ricorreva alla Corte di Giustizia per ottenere l'annullamento (ex art. 173 CEE, oggi 263 TFUE) del diniego della Commissione al rilascio di un contributo per l'esercizio della propria attività. Le autorità italiane comunicavano alla Commissione il parere negativo del Consiglio regionale della Liguria sulla richiesta della società e sulla scorta di tale provvedimento, la Commissione emanava il diniego impugnato⁴⁶.

La ricorrente contestava il parere negativo dell'amministrazione regionale (atto endoprocedimentale) direttamente innanzi alla Corte di Giustizia, argomentando che il relativo carattere non definitivo ne avrebbe precluso l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo italiano. Su tale specifico punto, tuttavia, la Corte declinava con ordinanza la propria competenza, affermando di non poter statuire sulla legittimità di un atto emanato da un'autorità nazionale.

L'Avvocato Generale Darmon concludeva per la legittimità della decisione reiettiva della Commissione per assenza del necessario parere favorevole dello Stato membro, in considerazione del ruolo essenziale giocato dal parere nazionale nel procedimento *de quo*, valendo a garantire la disponibilità dello Stato membro al cofinanziamento.

Nelle proprie conclusioni l'Avvocato Darmon si soffermava tuttavia anche sulla natura del parere negativo, concludendo che lo stesso non avrebbe potuto essere considerato un atto intermedio non impugnabile per il diritto nazionale, spettando alla Borelli censurarlo innanzi alle autorità giurisdizionali nazionali e, qualora le fosse stata opposta l'irricevibilità del ricorso, «*sollevare dinanzi al giudice nazionale la questione di un'eventuale violazione del principio del "diritto al giudice"*».

La decisione della Corte confermava il rigetto, aggiungendo che, dal momento che il procedimento di concessione del Fondo preclude alla Commissione di esaminare il progetto a fronte di un parere negativo, avrebbe precluso *a fortiori* all'Istituzione UE di sindacare la regolarità del parere nazionale (par. 11). Tale circostanza avrebbe determinato "l'impermeabilità" della decisione della Commissione all'eventuale invalidità dell'atto presupposto di competenza dello Stato membro (*"le eventuali irregolarità di detto parere non possono in alcun caso incidere sulla validità della decisione con cui la Commissione nega il contributo richiesto"*).

Tale ultimo atto, precisava la Corte, avrebbe dovuto essere impugnato innanzi alle competenti autorità giurisdizionali interne. Con riferimento alla lamentata non impugnabilità

⁴⁶ CGUE, 3 dicembre 1992, in C-97/91.

del parere, la Corte precisava che è compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla relativa legittimità, considerando *«ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere»*.

La sentenza afferma che la necessità di *«un sindacato giurisdizionale di qualsiasi decisione di un'autorità nazionale»*, quale principio generale di diritto euro-unitario derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sancito dagli artt. 6 e 13 CEDU, impone il superamento degli ostacoli posti dalla normativa procedurale interna che non consenta l'impugnazione del parere negativo reso dagli organi statali. Riprendendo un principio già affermato in precedenti pronunce, la Corte ribadisce che il diritto a un ricorso effettivo legittima la limitazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri e impone la previsione di garanzie ulteriori.

Come osservato dalla dottrina, nel caso *Oleificio Borelli* l'autonomia procedurale è talmente compressa da consentire alla Corte di Giustizia di profilare un obbligo dello Stato membro (e per esso, dei suoi giudici) di offrire un rimedio ulteriore rispetto a quelli esistenti: *«E' pertanto compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi...e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere»*⁴⁷.

A fronte dell'approccio assunto dalla Corte di Giustizia nella pronuncia in esame, è stato condivisibilmente rilevato che la giurisprudenza che ha ripreso la c.d. "dottrina Borelli" in relazione al diritto a un ricorso effettivo (art. 47 Carta di Nizza) ha assunto un atteggiamento più cauto, valorizzando il requisito della necessità per giustificare interpretazioni "additive" come quella in esame⁴⁸.

Solo quando il sistema nazionale, esaminato nel suo insieme, non fornisca un rimedio effettivo, allora i giudici nazionali sono tenuti dal diritto UE a elaborare un nuovo rimedio. Proprio da tale assunto muove l'Avvocato Generale, seguito dalla Corte, ad affermare che *«è compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla relativa legittimità, considerando ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere»*.

⁴⁷ F. APERIO BELLA, *Procedimenti composti in materia di implementazione della politica agricola comune e garanzie procedimentali: il caso Oleificio Borelli "riletto" alla luce delle Model Rules in materia di decisioni individuali*, op.cit., 4.

⁴⁸ F. APERIO BELLA, *op e loc. ult. cit.*

4. I LIMITI ALLA CD. “AUTONOMIA PROCEDURALE” DEGLI STATI MEMBRI NELLA DISCIPLINA DEL CONTEZIOSO IN MATERIA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Contrattare dell'assenza di una competenza procedurale dell'Unione nella “materia procedurale”, è la permanenza, come visto, nella stessa materia, di un'autonomia normativa e organizzativa degli Stati membri.

L'individuazione del giudice competente e delle modalità di esercizio delle azioni a tutela delle posizioni protette dal diritto dell'Unione Europea spetta quindi a ciascun Stato membro nell'esercizio della propria autonomia procedurale.

In forza dello stesso principio, il criterio da applicare per stabilire se il giudice del singolo Stato possa (o debba), anche in presenza di regole nazionali che lo vietino, valutare d'ufficio la compatibilità del diritto nazionale con la normativa euro-unitaria, è elastico e comporta in definitiva che di volta in volta si accerti se la norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario⁴⁹.

Come avverte attenta dottrina, quando si parla di autonomia procedurale degli Stati membri bisogna distinguere chiaramente fra quelle ipotesi in cui questa autonomia sussiste, ma subisce delle limitazioni forti a seguito delle indicazioni fornite al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria, qualificandosi perciò più correttamente come “competenza procedurale funzionalizzata” e quelle ipotesi, invece, in cui questa autonomia scompare del tutto, perché esistono previsioni normative comunitarie specifiche in materia procedurale e non vi è perciò alcuna competenza residua degli Stati membri in materia, neppure nella forma “funzionalizzata”⁵⁰.

Il Legislatore dell'Unione infatti, pur senza intervenire in maniera completa sulla materia, ha stabilito, prima con le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE e ancor più incisivamente con la direttiva 2007/66/CE, requisiti minimi e stringenti per le procedure di ricorso in materia

⁴⁹ In diverse pronunce la CGUE ha infatti affermato che la salvaguardia dei principi del primato e degli effetti diretti del diritto euro-unitario impone la disapplicazione degli istituti processuali nazionali suscettibili di interferire con norme europee o che possano ostacolarne l'effettività. (v., in tal senso, sentenze “*Rewe-Zentralfinanz*” e “*Rewe-Zentral*”, in C-33/76, in particolare il punto 5; e in C-228/96, in particolare il punto 18, nonché “*Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*”, C-362/12, in particolare il punto 31). Cfr. CGUE, 6 ottobre 2015, in C-69/14, laddove si afferma che in mancanza di una disciplina dell'Unione (nella specie in materia di ripetizione di imposte nazionali indebitamente percepite), «*spetta a ciascuno Stato membro, in virtù del principio dell'autonomia processuale, designare i giudici competenti e stabilire le modalità processuali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai contribuenti in forza del diritto dell'Unione*».

⁵⁰ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, op. cit., 118.

di contratti pubblici contribuendo in tal modo a conferire maggiore concretezza al principio di effettività della tutela.

Dal punto di vista della base giuridica, la dottrina ha tuttavia osservato che l'emanazione della direttiva ricorsi è espressione di un potere giuridico (*rectius* normativo) dell'Unione dalla "vaga consistenza"⁵¹.

Nella Proposta di direttiva n. 66 (cfr. «*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*», COM/2006/0195 def.) la Commissione individuava la base giuridica dell'intervento normativo nel principio di sussidiarietà in quanto gli «*obiettivi della proposta non possono essere realizzati in maniera soddisfacente con l'azione degli Stati membri*» evidenziando significativamente che «*nonostante gli sviluppi della giurisprudenza a partire dal 1999 e i successivi interventi di alcuni Stati membri, soprattutto a seguito delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione, gli Stati membri continuano a presentare notevoli differenze per quanto riguarda l'efficacia dei ricorsi nel settore degli appalti pubblici. L'assenza di garanzia di ricorsi efficaci non incoraggia inoltre le imprese comunitarie a presentare offerte al di fuori del paese d'origine. L'esperienza degli ultimi anni indica che gli interventi isolati e disparati di alcuni Stati membri non potranno eliminare tale incertezza del diritto*».

Sebbene le "direttive ricorsi" in materia di contratti pubblici non siano l'unico esempio di normativa comunitaria che detti regole dettagliate anche in tema di procedura, sono tuttavia l'unico esempio di disposizioni di rango europeo contenenti regole processuali comuni la cui base giuridica esclusiva sia l'art. 95 CE⁵².

Queste norme si inquadrano in quello specifico scenario, già evocato, di competenza comunitaria "eccezionale" in materia procedurale individuato dalla CGUE sin dalla pronuncia *Rewe*.

In questa fondamentale sentenza la Corte aveva infatti sottolineato che «*gli artt. 100-102 e 235 del Trattato consentono, eventualmente, di adottare i provvedimenti necessari per ovviare alle divergenze fra le relative disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di vari Stati membri, qualora tali divergenze risultassero atte a provocare distorsioni o a nuocere al funzionamento del mercato comune. In effetti come emerge dalla*

⁵¹ M. P. CHITI, *Le misteriose sanzioni alternative nella direttiva ricorsi ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione Europea nel diritto processuale*, op. cit., 160.

⁵² D U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, op. cit., 119.

lettura del primo considerando di entrambe le direttive ricorsi, il problema che sta alla base della loro adozione era proprio l'esigenza di garantire l'effettività delle direttive comunitaria che coordinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici nei vari settori [...]»

La direttiva 66, sulla base del principio di sussidiarietà mira infatti a “rafforzare”, quasi intervenendo a loro sostegno, gli strumenti di ricorso predisposti dagli Stati membri, ritenuti inefficaci rispetto agli obiettivi dell'armonizzazione e, a tal fine, modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali.

Sebbene la nuova direttiva operi formalmente come novella delle due precedenti, essa apporta radicali sostituzioni e integrazioni, atteggiandosi, nella sostanza, ad un nuovo corpo normativo⁵³.

Gli ambiti di intervento della direttiva 66 riguardano, in particolare: (i) l'impedimento alla stipula del contratto per un certo lasso temporale dopo l'aggiudicazione, e, in prosieguo, per effetto di un ricorso avverso l'aggiudicazione (artt. 1, 2, 2-bis, 2-ter, direttiva 89/665/CEE; artt. 1, 2, 2-bis, 2-ter, direttiva 92/13/CEE); (ii) la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione (art. 2, § 7, artt. 2-quinquies e 2-sexies, direttiva 89/665/CEE; art. 2, § 6; artt. 2-quinquies e 2-sexies, direttiva 92/13/CEE) nei suoi rapporti con le esigenze imperative legate ad un interesse generale (considerando 22); (iii) il termine di decadenza per il ricorso avverso l'aggiudicazione e gli altri provvedimenti inerenti una procedura di affidamento (artt. 2-quater e 2-septies, direttiva 89/665/CEE; artt. 2-quater e 2-septies, direttiva 92/13/CEE); (iv) la tutela risarcitoria per equivalente e in forma specifica (art. 2, direttiva 89/665/CEE; art. 2, direttiva 92/13/CEE); (v) la tutela cautelare d'urgenza (artt. 1 e 2, direttiva 89/665/CEE; artt. 1 e 2, direttiva 92/13/CEE); (vi) le cd. sanzioni alternative irrogabili nei confronti delle stazioni appaltanti (art. 2-sexies delle direttive).

È stato così evidenziato che la direttiva 66 interviene in maniera più incisiva rispetto alle due precedenti, riducendo ancora l'ambito della competenza procedurale degli Stati membri nel settore specifico dei contratti pubblici.

In questo specifico settore infatti – come si è già anticipato – l'Unione ha esercitato una competenza normativa derivante dall'art. 95 CE, sicché rispetto alle suddette previsioni normative, contenute nelle direttive, scompare del tutto la competenza procedurale degli Stati membri.

⁵³ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 4.

La dottrina ha quindi evidenziato che in questo specifico ambito, quel che rimane agli Stati membri è soltanto quella «*competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*» prevista dall'art. 249, comma 3 CE, per il fatto che la normativa in parola è stata adottata per il tramite dello strumento normativo della direttiva e del regolamento [...] Per quel che concerne l'ambito che risulta normato dalle direttive ricorsi, valgono le regole dell'effetto diretto e del primato del diritto procedurale comunitario su quel diritto procedurale nazionale che si ponga in contrasto con le previsioni di queste direttive»⁵⁴.

5. L'APPLICAZIONE DELLE "DIRETTIVE RICORSI" E IL RAPPORTO CON LE "DIRETTIVE CONTRATTI" DEL 2014.

Il rispetto della direttiva ricorsi da parte degli Stati membri è stato e continua ad essere oggetto di attento e costante controllo da parte della Commissione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Quest'ultima è ripetutamente intervenuta sia nell'ambito di ricorsi per inadempimento proposti dalla stessa Commissione contro gli Stati membri che, nell'ambito dei numerosi rinvii pregiudiziali effettuati ai sensi dell'art. 267 TFUE dai giudici nazionali.

L'interpretazione che la Corte ha dato alla direttiva ricorsi ne ha spesso valorizzato al massimo le potenzialità proprio al fine di rendere rapida e effettiva la tutela contro il mancato rispetto della disciplina sostanziale. Le fondamentali pronunce in tema di risarcimento del danno e la tutela cautelare costituiscono prova esemplare, penetrati graniticamente nelle discipline processuali nazionali.

È ben noto il caso *Santex* in relazione al quale la Corte ha indicato che per valutare se il termine di decadenza risponda al principio di effettività è necessario prendere in considerazione il comportamento della Pubblica Amministrazione e il legittimo affidamento creato il capo al ricorrente.

Trascorsi oramai dieci anni dall'emanazione della direttiva n. 2007/66/CE (cd. "direttiva ricorsi" che ha modificato le precedenti direttive nn. 89/665/CE e 92/13/CEE), il Legislatore europeo non ne ha modificato la relativa disciplina, limitandosi, nelle ultime direttive sostanziali in materia di contratti pubblici, a richiamarne la disciplina per confermarne la validità⁵⁵.

⁵⁴ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, op. cit., 122.

⁵⁵ Il *considerando* n. 122 della direttiva 2014/24/UE precisa, riferendosi alla possibilità per qualunque operatore economico interessato all'aggiudicazione di un determinato appalto (e che "sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono

L'intenzione dello stesso Legislatore di non effettuare ulteriori incursioni nel campo delle procedure di ricorso degli Stati membri, emerge chiaramente in una recente relazione della Commissione UE presentata lo scorso 28 gennaio al Parlamento europeo e al Consiglio, concernente il monitoraggio dell'efficacia delle predette direttive al raggiungimento gli obiettivi dalle stesse perseguiti.

La Commissione, dopo aver descritto un sistema tendenzialmente armonizzato, dove gli Stati membri, seppur con le differenze imposte dalle rispettive tradizioni giuridiche processuali, hanno ormai completamente assorbito i pochi, ma essenziali contenuti delle direttive ricorsi⁵⁶, ha evidenziato l'inesistenza di «*necessità urgenti o rilevanti di modificare le direttive sulle procedure di ricorso*» sicché «*in questa fase si è deciso di mantenerle nella loro forma attuale senza apportare ulteriori modifiche*»⁵⁷.

Tra i pochi elementi di criticità rilevati emerge principalmente la questione dell'interazione tra le direttive sulle procedure di ricorso e il nuovo “pacchetto” di direttive sostanziali del 2014, in relazione alle quali la stessa Commissione si impegna a diffondere specifici orientamenti volti a chiarirne la portata.

Se, dunque, per la Commissione non è attualmente necessario un ulteriore intervento legislativo a livello dell'Unione, ciò non significa tuttavia che le Istituzioni ignorino la perdurante presenza, negli ordinamenti degli Stati membri, di problemi nelle procedure di ricorso contro le decisioni assunte dalle Amministrazioni nazionali nella materia di contratti pubblici.

Come si sottolinea nella stessa relazione tuttavia «*i problemi individuati hanno origine nella legislazione nazionale al di là delle direttive sulle procedure di ricorso o nelle prassi nazionali e non nelle direttive stesse*»⁵⁸, lasciando così intendere che stante, come noto,

tale diritto” di adire organi di ricorso indipendente, come previsto dalle “direttive ricorsi”) che «*La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso*».

⁵⁶ Sulle direttive ricorsi si v. A. NOBILE, *La nuova direttiva comunitaria concernente i ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, in *app. e contr.*, 2008, 11, 36; P. SANTORO, *La nuova direttiva ricorsi 2007/66/Ce e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, 3, 676.

⁵⁷ Cfr. la relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio “*concernente l'efficacia della direttiva 89/665/cee e della direttiva 92/13/cee, come modificate dalla direttiva 2007/66/ce, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*”, COM (2017) 28 Final, pubblicata il 28 gennaio 2017, in *eur-lex.europa.eu*. Le stesse direttive sulle procedure di ricorso prevedono infatti che la Commissione vigili sulla loro trasposizione da parte degli Stati membri e riferisca al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alla loro efficacia. La Commissione ha così avviato il suddetto Studio avente ad oggetto l'esame delle normative di recepimento, della giurisprudenza nazionale, nell'ambito del quale sono state effettuate consultazioni con gli operatori interessati e con gli Stati membri.

⁵⁸ La difficoltà di scindere i “problemi processuali” derivanti dalle singole tradizioni giuridiche rispetto a quelli derivanti dall'applicazione delle direttive ricorsi viene evidenziato dal punto 6 del “Documento di lavoro” alla suddetta Relazione della Commissione, laddove si pone in luce che: «*One of the major challenges in the context of the present evaluation is therefore to distinguish the outcomes directly associated with the Remedies Directives from those that stem from national implementing measures and national approaches to enforcement*», cfr.

l'assenza di una specifica competenza procedurale dell'Unione, un altro intervento di armonizzazione, non potrebbe trovare (nuovamente) la propria base giuridica nel principio di sussidiarietà⁵⁹.

Alla stabilità dei principi affermati dalle direttive ricorsi si contrappone, tuttavia, il fenomeno inverso del costante mutamento delle normative nazionali che disciplinano il settore dei contratti pubblici.

Nell'invariato quadro normativo, la Corte di Giustizia dell'UE, costantemente sollecitata dalle Istituzioni europee e dagli organi di ricorso nazionali, se da una parte continua a chiarire il contenuto delle predette direttive, dall'altra ne confronta la compatibilità con il diritto interno degli Stati membri, contribuendo a misurare l'efficacia delle stesse direttive rispetto agli obiettivi dalle stesse perseguiti.

6. IL CONSIDERANDO N. 122 DELLA “DIRETTIVA 24”: IL DIRITTO DEL “CITTADINO-CONTRIBUENTE” DI SEGNALARE LE VIOLAZIONI DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Sebbene come accennato nel precedente paragrafo, il Legislatore europeo con le direttive contratti del 2014 abbia confermato la validità delle “direttive ricorsi”, lo stesso ha al contempo sollecitato gli Stati membri ad affiancare ai previsti mezzi di ricorso, strumenti di controllo generalizzato sul rispetto delle direttive contratti e delle relative normative nazionali di recepimento.

A tal fine, il *considerando* n. 122 della direttiva 24 afferma che ogni Stato membro dovrebbe consentire ad ogni cittadino, soggetto interessato, organizzato o meno, persone, organismo che non abbiano accesso alle predette procedure di ricorso, di segnalare le eventuali

“Commission staff working document evaluation of the modifications introduced by directive 2007/66/EC to directives 89/665/EEC and 92/13/EEC concerning the european framework for remedies in the area of public procurement/ refit evaluation”, (SWD/2017/013 final), in *eur-lex.europa.eu*.

⁵⁹ Art. 5, par. 3 del TUE. Nella Proposta di direttiva n. 66 (cfr. «*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*», COM/2006/0195 def.) la Commissione individuava la base giuridica dell'intervento normativo nel principio di sussidiarietà in quanto gli «*obiettivi della proposta non possono essere realizzati in maniera soddisfacente con l'azione degli Stati membri*» evidenziando significativamente che «*nonostante gli sviluppi della giurisprudenza a partire dal 1999 e i successivi interventi di alcuni Stati membri, soprattutto a seguito delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione, gli Stati membri continuano a presentare notevoli differenze per quanto riguarda l'efficacia dei ricorsi nel settore degli appalti pubblici. L'assenza di garanzia di ricorsi efficaci non incoraggia inoltre le imprese comunitarie a presentare offerte al di fuori del paese d'origine. L'esperienza degli ultimi anni indica che gli interventi isolati e disparati di alcuni Stati membri non potranno eliminare tale incertezza del diritto*».

violazioni della normativa in materia di contratti pubblici «*all'autorità o alla struttura competente*».

La dottrina ha evidenziato che la suddetta disposizione manifesta una nuova tendenza inaugurata con le stesse direttive UE del 2014 a prestare attenzione al «*terzo lato del rapporto contrattuale*», ovvero non solo tra Amministrazione/stazione appaltante e operatori economici privati, ma anche tra la prima e i cittadini/utenti destinatari dell'opera o fruitori del servizio oggetto di appalto o concessione⁶⁰.

Infatti, le direttive ricorsi come modificate dalla direttiva 66, trattando dei rimedi giurisdizionali non ha riconosciuto al cittadino-utente la possibilità di lamentare profili di illegittimità nelle procedure di affidamento o nell'esecuzione di contratti pubblici (resta fermo il potere di denuncia alla Commissione ex art. 258 TFUE quale organo deputato al controllo sulla corretta applicazione del diritto UE) e anche i controlli amministrativi sono rimessi alla gestione interna dell'Amministrazione.

Il *considerando* n. 122 potrebbe aprire al riconoscimento in capo al cittadino del diritto a presentare segnalazioni su eventuali violazioni della nuova direttiva UE basato sull'interesse qualificato al corretto svolgimento delle procedure di appalto.

La *ratio* non è tuttavia volta ad ampliare il novero dei soggetti legittimati processualmente a impugnare atti delle procedure di gara, quanto a far valere la voce degli interessati attraverso forme di controllo, finalizzate alla verifica del conseguimento dei risultati (dall'aggiudicazione all'esecuzione dei contratti), più che al controllo della regolarità formale delle procedure.

Vero è che il nostro ordinamento aveva già spostato l'attenzione sul risultato dell'azione riconoscendo l'azione per l'efficienza della p.a., ma in questo caso saremmo al di fuori dell'ambito processuale e, più nello specifico, si tratterebbe di promuovere una visione circolare per la valutazione di un ciclo di attività che vanno dalla programmazione dei lavori all'esecuzione dei contratti.

Mentre nel caso della cd. «*class action amministrativa*» i parametri sono ben identificati dalla norma (d.lgs. 198/2009, con riferimento all'adozione o meno di un atto normativamente previsto ovvero al rispetto o meno dei parametri qualitativi e quantitativi fissati nelle carte dei servizi), in questo caso si tratterebbe di aprire a un nuovo controllo – relativo alle

⁶⁰ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della dir. 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 101 ss.

procedure di programmazione, aggiudicazione ed esecuzione – sull’operato della stazione appaltante. attivabile dagli amministratori.

Il riconoscimento di un interesse legittimo ai cittadini, in qualità di contribuenti, a un corretto svolgimento delle procedure di appalto e senza che ciò comporti, come afferma il considerando, necessariamente un’azione dinanzi a corti e tribunali, farebbe scaturire la legittimazione a una forma generale di controllo. Si tratta di forme di garanzia per i singoli o gli associati che vanno nella direzione del potenziamento del controllo sull’amministrazione.

Come si vedrà *infra*, senza dare espressamente seguito alla predetta disposizione, abrogato il potere di "raccomandazione vincolante" attribuito dall’originaria formulazione dell’art. 211, comma 2, del Codice dei contratti all’ANAC, il Legislatore, non ha concesso ai cittadini/”contribuenti” strumenti diretti di segnalazione delle illegittimità, tanto che, da ultimo, ha attribuito alla stessa Autorità uno speciale potere di segnalazione (art. 211, comma 2-ter del Codice) che, dopo una fase di contraddittorio con la stazione appaltante, può eventualmente condurre dinanzi al giudice amministrativo così confermando, ancora una volta, la preferenza della sede giurisdizionale per la risoluzione delle controversie nel settore dei contratti pubblici⁶¹.

La dottrina di matrice giurisprudenziale ha così sottolineato che la riforma del 2017 sembra segnare un inedito passaggio dal *precontenzioso* ad una sorta di *supercontenzioso*, di *pluscontenzioso* o di *extracontenzioso*, perché, potenzialmente, si dilata notevolmente l’ambito entro cui potranno aprirsi controversie dinanzi al giudice amministrativo.

7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L’effettività del diritto dell’UE esige una maggiore integrazione anche sul versante delle discipline processuali. da una parte limando i limiti verticali all’autonomia procedurale derivanti dalla “dottrina *Rewe*” e rafforzando, d’altra parte i limiti orizzontali provenienti dall’apertura laterale delle singole normative nazionali.

In altri termini, il principio di equivalenza, tradizionalmente inteso quale divieto di discriminazione tra controversie assoggettate a differenti discipline processuali all’interno dello stesso Stato, può dilatarsi al punto da estendere il divieto di discriminazione anche a

⁶¹ M. LIPARI, La dottrina ha così sottolineato che la riforma del 2017 sembra segnare un inedito passaggio dal *precontenzioso* ad una sorta di *supercontenzioso*, di *pluscontenzioso* o di *extracontenzioso*, perché, potenzialmente, si dilata notevolmente l’ambito entro cui potranno aprirsi controversie dinanzi al giudice amministrativo.

controversie assoggettate a disuguali discipline processuali da parte degli ordinamenti nazionali.

Ciò non comporta l'abbandono del principio di autonomia procedurale, bensì la sua (maggiore) funzionalizzazione all'*effetto utile dell'effetto diretto* delle norme europee.

D'altra parte l'uniformazione delle regole processuali non potrebbe che essere imposta dalla necessità di livellare il grado di effettività del processo dei differenti ordinamenti nazionali giacché, del tutto significativamente, quando la Corte di giustizia dell'UE ha limitato l'autonomia procedurale degli Stati membri lo ha fatto perseguendo l'effettività del diritto europeo piuttosto e non per specificatamente tutelare le situazioni giuridiche soggettive.

In quest'ottica, peraltro la scelta di un criterio di legittimazione processuale "comune" tra gli Stati membri ha effetti diretti sulla possibilità del soggetto di sollecitare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e, quindi, in ultima analisi, sul funzionamento del sistema processuale di tutela delle situazioni giuridiche soggettive comunitarie e, attraverso di esse, della conformità e effettività del quadro normativo a quello europeo.

In tale ambito, se dunque, l'autonomia procedurale sembra destinata a essere ulteriormente erosa dalla conformazione alle regole processuali degli altri ordinamenti nazionali, ad oggi ciascun ordinamento nazionale, pena la perdita della sua funzionalizzazione al diritto europeo, deve conformarsi, quantomeno, al minimo comune denominatore di garanzia giurisdizionale che si registra attraverso l'analisi comparata dei processi nazionali.

CAPITOLO II

LA SOGGETTIVITÀ PROCESSUALE NELLE “DIRETTIVE RICORSI” LE DEFINIZIONI DI “CANDIDATO” E DI “OFFERENTE” INTERESSATO

SOMMARIO: 1. Una (prima) individuazione dei soggetti legittimati a rivolgersi ad un organo di ricorso indipendente - 2. Le aperture della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea. I casi “*Hackermüller*” e “*Fritsch*” - 2.1 (*segue*) il caso “*Fastweb*” - 2.1.2. (*segue*) le precisazioni del caso “*Puligienica*” - 3. La “conciliazione” tra i precedenti della CGUE effettuata nel caso “*Archus*”.

1. Una (prima) individuazione dei soggetti legittimati a rivolgersi ad un organo di ricorso indipendente

La concreta determinazione dei soggetti legittimati a ricorrere costituisce un importante passaggio procedurale, sul quale rischiano di annidarsi e di proliferare tentativi di discriminazione e di scorretta applicazione della normativa sostanziale.

In primo luogo, gli artt. 258 e 259 del TFUE attribuiscono, rispettivamente, alla Commissione UE e agli Stati membri, esperita una preliminare e necessaria fase di contraddittorio procedimentale, la legittimazione a ricorrere direttamente davanti alla Corte di Giustizia contro uno degli Stati membri, qualora ritengano che lo stesso Stato non abbia rispettato uno degli obblighi su di esso incombenti in forza del diritto dell’Unione.

I Trattati non attribuiscono invece una legittimazione processuale ai cittadini dell’Unione contro gli Stati membri⁶² né diretta, né indiretta, giacché la giurisprudenza non ritiene sussistere il dovere di agire in giudizio della Commissione a seguito della segnalazione dei singoli⁶³.

⁶² La giurisprudenza europea ha evidenziato che: «*Il giudice comunitario non è competente [...] a pronunciarsi, su iniziativa di una persona fisica o giuridica, sulla compatibilità con le disposizioni del Trattato del comportamento di uno Stato membro o di una persona fisica o giuridica*». Trib., 9 gennaio 1996, in T-575/93, “Casper Koelman c. Commissione”. Sul tema, R. MASTROIANNI, *La procedura di infrazione ed i poteri della Commissione: chi controlla il controllore?*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 1021.

⁶³ Nonostante abbia riconosciuto il dovere della Commissione, in virtù del ruolo istituzionale ad essa affidato, di procedere alla verifica di tutte le violazioni del diritto dell’Unione commesse dagli Stati membri (cfr. già CGUE., 21 maggio 1985, causa 248/83, Commissione c. Germania), tuttavia, stante la piena discrezionalità riconosciuta alla Commissione in tutti gli stadi della procedura di infrazione, dall’espletamento della fase amministrativa all’avvio della fase contenziosa, la Corte si è nondimeno da sempre orientata nel senso che dalla facoltà riconosciuta al singolo di presentare denunce non discende un diritto di questi ad esigere che la Commissione agisca: «risulta [infatti] dall’ economia dell’ art . [258 TFUE] che la Commissione non è tenuta ad instaurare un procedimento ai sensi di questa norma, ma che in proposito essa dispone invece di un potere discrezionale, che esclude il diritto dei singoli di esigere dalla stessa istituzione di decidere in un senso determinato» (così CGUE, 14 febbraio 1989, “Star Fruit Company SA c. Commissione”). Parimenti, la decisione della Commissione di procedere all’archiviazione della denuncia non è considerata dalla Corte come un atto impugnabile da eventuali interessati, in particolare coloro che si siano fatti promotori della segnalazione relativa alla presunta infrazione

In secondo luogo, l'art. 263 dello stesso TFUE demanda il controllo sugli atti delle Istituzioni alla Corte di Giustizia e, a tal fine, attribuisce la legittimazione a ricorrere, oltre che alle Istituzioni dell'Unione, anche ai singoli, seppur limitatamente agli adottati *«nei propri confronti o che li riguardino direttamente»* e contro i regolamenti che li *«riguardino direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione»*.

A corollario della suddetta disposizione, l'art. 277 del TFUE attribuisce a ciascuna parte (ivi compresi i cittadini dell'Unione) la possibilità di contestare la validità di un atto di portata generale nell'ambito di un procedimento che sia stato già instaurato dinanzi alla Corte, avente ad oggetto l'interpretazione o l'applicazione di tale atto.

Le origini internazionalistiche del riferito sistema hanno pesato in senso limitativo sulla soluzione del problema dell'accesso diretto dei singoli/cittadini al giudice comunitario e spiegano perché i suddetti articoli richiedano una posizione soggettiva differenziata e soprattutto qualificata ai fini dell'ammissione alla tutela: una persona fisica o giuridica è legittimata a proporre ricorso solo contro *«le decisioni prese nei suoi confronti»* e *«contro le decisioni che, pur appearing come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente»*.

statale, posto che tutti gli atti adottati dalla Commissione nel corso di una procedura di infrazione sono rivolti solamente agli Stati membri (cfr. il caso deciso dall'ordinanza Trib. UE, 29 novembre 1994, cause riunite T-479 e 559/93, Bernardi c. Commissione, in Racc., p. II-1115, in cui il Tribunale ha dichiarato irricevibile un ricorso per carenza proposto da un individuo che mirava a far accertare che, non avendo avviato nei confronti di uno Stato membro un procedimento per la dichiarazione di inadempimento, la Commissione aveva ommesso di statuire trasgredendo il Trattato). Peraltro, né la lettera di messa in mora né il parere motivato con cui la Commissione chiude la eventuale procedura pre-contenziosa sono oggetto di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, e il loro accesso è precluso ai privati (art. 4 del Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, su cui Trib., 17 settembre 2003, causa T-76/02, Messina c. Commissione, in Racc., p. II-3203), sulla base della considerazione per cui, stante il carattere politico del procedimento di infrazione, è ritenuto particolarmente meritevole di tutela il diritto alla riservatezza degli Stati membri, che viene fatto coincidere con l'interesse pubblico a che la divulgazione di tali atti non interferisca con i diritti di difesa dello Stato accusato (cfr. in proposito Trib., UE, 11 dicembre 2001, in T-191/99, "Petrie e a., Associazione lettori di lingua straniera c. Commissione"). Nemmeno l'adozione da parte della Commissione di una comunicazione sulla trasparenza della procedura (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Mediatore europeo relativa ai rapporti con gli autori delle denunce in materia di violazioni del diritto comunitario, n. 2002/C 244/03, in GUCE, C 244 del 10 ottobre 2002, p. 5) pare comportare un grosso cambiamento nel senso dell'ampliamento effettivo delle garanzie processuali del denunciante: innanzitutto, il termine di un anno previsto come termine massimo per il trattamento delle denunce è puramente indicativo e non è accompagnato da alcuna effettività, avendo la Commissione, nel caso di superamento di tale termine, il solo obbligo di informare per iscritto il denunciante. Nemmeno la facoltà attribuita al denunciante di presentare le proprie osservazioni, eventualmente in opposizione, all'archiviazione della denuncia consiste in una garanzia provvista di qualche effettività, posto che l'eventuale opposizione non pregiudica in alcun modo la decisione della Commissione di procedere all'archiviazione. In generale, dunque, permane in capo alla Commissione una piena discrezionalità nella gestione di tutta la procedura anche relativamente alla sostanza dei rapporti con il denunciante. Sicché, l'unico rimedio a disposizione del singolo in caso di cattiva amministrazione nel trattamento della denuncia da parte della Commissione è in effetti la facoltà dell'autore della denuncia di ricorrere al mediatore europeo a norma degli articoli 24 e 228 TFUE.

Quindi solo il destinatario del provvedimento o dell'omissione o chi dal provvedimento sia toccato direttamente e individualmente può agire in giudizio. Da ciò discende, fra le altre, la ben nota questione dell'ammissibilità dell'impugnazione di atti normativi e, più in generale, la discussione sul deficit di tutela contro gli atti assunti dalle istituzioni comunitarie, che portò anche alla proposta (in sede di preparazione del Trattato di Amsterdam) di modificare gli ex artt. 173 e 175 nel senso di un ampliamento della legittimazione.

La Corte di giustizia dell'UE, orientata a conferire al sistema i caratteri propri di un ordinamento che riconosce come soggetti anche i singoli, ha cercato di forzare i limiti ristretti del Trattato e la sua giurisprudenza è stata certamente determinante nella definizione di criteri di legittimazione più aperti e calibrati in ragione dell'obiettivo di effettiva tutela dei singoli cittadini dell'Unione Europea.

Al di fuori delle azioni direttamente proponibili dinanzi al giudice europeo, i soggetti interessati all'applicazione di una norma di diritto dell'Unione potranno rivolgersi ai giudici nazionali, invocando, direttamente o indirettamente, la tutela giurisdizionale della posizione giuridica di cui essi siano titolari in forza dell'applicazione di quella norma.

La direttiva 66 obbliga gli Stati membri a garantire, secondo modalità da essi determinabili, l'accessibilità alle procedure di ricorso *«almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione presunta»*.

Se da un lato, la titolarità del potere di agire davanti ad un organo di ricorso è affidata a "chiunque" abbia o abbia avuto interesse e sia stato o rischi di essere lesa da una violazione della normativa, d'altra parte, l'utilizzo dell'avverbio *«almeno»⁶⁴* lascia intendere che il Legislatore abbia voluto fornire solo uno *standard* minimo di tutela che gli Stati membri rimangono quindi liberi di incrementare.

L'utilizzo della parola "chiunque" non consente tuttavia una precisa individuazione dei soggetti legittimati a ricorrere, d'altra parte l'impossibilità di una sua accezione onnicomprensiva è smentita proprio dall'utilizzo dell'avverbio *«almeno»* e dalla conseguente possibilità di allargare la platea dei soggetti legittimati.

Un ulteriore elemento di differenziazione della soggettività è scolpita dal par. 2 della stessa direttiva che distingue tra *«candidati interessati»* e *«offerenti interessati»*.

Sul punto la direttiva precisa che *«Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti*

⁶⁴ Nelle versioni della direttiva francese, inglese e tedesco tradotti rispettivamente negli analoghi *«au moins»*, *«at least»*, *«zumindest»*.

interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso.

I candidati sono considerati interessati se l'amministrazione aggiudicatrice non ha messo a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda prima della notifica della decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti interessati»

La disposizione prende in primo luogo in considerazione la posizione del concorrente escluso, riservandogli protezione fin quando non sia stato escluso definitivamente dalla gara ovvero la sua esclusione non sia più contestabile dinanzi a un organo di ricorso.

Viene inoltre garantita la stessa tutela anche ai soggetti che benché

Le uniche due condizioni espressamente poste dal Legislatore europeo per poter accedere alla tutela dinanzi ad un organo di ricorso indipendente sono dunque l'esistenza di un interesse all'aggiudicazione e di una lesione, attuale o potenziale, causata da una violazione della normativa sui contratti pubblici.

Sembra dunque che per il Legislatore europeo l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire dinanzi ad un organo di ricorso indipendente per denunciare le lesioni derivanti dalla violazione della normativa sui contratti pubblici, si risolva nell'accertamento della contemporanea esistenza delle due condizioni:

(i) dell'interesse all'aggiudicazione di un *determinato* appalto;

(ii) dell'esistenza di una lesione o del *rischio* di una lesione derivante dalla presunta violazione della normativa in materia di contratti pubblici.

Lo stesso Legislatore peraltro non assegna rilevanza all'interesse solo di chi è ancora "in corsa" per l'aggiudicazione, ma lo estende anche a chi «*abbia avuto*» interesse all'aggiudicazione del contratto⁶⁵.

Al contempo, con l'utilizzo della parola «*rischio*» il legislatore ha, di fatto, anticipato la soglia di tutela consentendo l'accesso al ricorso non solo in presenza di una lesione piena, ma anche potenziale.

La dottrina nel sottolineare la complementarietà tra le due riferite condizioni ha evidenziato che il riferimento al "rischio" incide anche sulla valutazione che l'organo di ricorso è chiamato a compiere sull'interesse all'aggiudicazione del contratto, sicché l'anticipazione della soglia di protezione, provoca inevitabilmente un'estensione del novero dei soggetti legittimati⁶⁶. Tale scelta del legislatore mostra la volontà di prestare tutela in tutte quelle circostanze in cui una la

⁶⁵ Cfr. l'art. 2 par. 2-bis della direttiva 66.

⁶⁶ S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004, 114.

stazione appaltante non abbia avviato il necessario confronto concorrenziale e pertanto la lesione non possa che essere indirettamente provocata dalla suddetta violazione.

2. LE APERTURE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA. I CASI "HACKERMÜLLER" E "FRITSCH"

In due casi affrontati nel 2003 su rinvio pregiudiziale del giudice austriaco (*Bundesvergabeamt*, organismo competente, secondo la normativa austriaca, a giudicare sui ricorsi in materia di contratti pubblici), la Corte di Giustizia dell'UE ha affermato importanti principi in tema di accesso alle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici⁶⁷.

In entrambi i casi il giudice austriaco era chiamato a stabilire se il ricorrente che abbia impugnato l'aggiudicazione abbia effettivamente diritto di accesso alle procedure di ricorso. La normativa austriaca stabilisce infatti che l'aggiudicazione può essere impugnata solo da chi ha un interesse alla conclusione di un contratto e solo se dall'illegittimità della decisione deriva o rischia di derivargli un danno⁶⁸. Nel caso *Hackermüller* il ricorrente contestava che la stazione appaltante non avesse rispettato i criteri di aggiudicazione cui si era vincolata con il bando di gara. Il ricorso veniva tuttavia respinto dal *Bundesvergabeamt* per mancanza di legittimazione ad agire in quanto veniva eccepita l'esistenza di un motivo di esclusione dalla gara derivante dall'inserimento nella domanda di indicazioni che consentivano di risalire alla sua identità (precisamente il proprio nome e cognome). Per il giudice austriaco pertanto il ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura prima di procedere all'aggiudicazione del contratto sicché lo stesso non era più legittimato a presentare ricorso. Tale sentenza viene successivamente annullata dalla Corte costituzionale austriaca per violazione del diritto costituzionalmente garantito ad un procedimento dinanzi al giudice, sicché il *Bundesvergabeamt* domanda in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE se, ai sensi dell'art. 1 della dir. 89/665, la legittimazione a presentare un ricorso spetti a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto o, in caso contrario, se tale diritto spetti ad un offerente che si trovi nella situazione descritta⁶⁹.

Da un lato, la Corte richiama quanto previsto nella più volte citata direttiva n. 89, ossia che il diritto al ricorso non spetta a chiunque, ma solo a chi viene leso o rischia di essere leso dalla violazione denunciata sicché tale disposizione non obbliga gli Stati membri a rendere le procedure di ricorso accessibili a tutti, ma al contrario consente loro di introdurre dei limiti, al

⁶⁷ CGUE, VI, 19 giugno 2003, C-410/01, "*Fritsch*"; Id., VI, 19 giugno 2003, C-249/01, "*Werner Hackermüller*"

⁶⁸ Cfr. Art. 115, n. 1, della legge federale n. 1997/56 (in recepimento della dir. 89/665/CE)

⁶⁹ v. supra cap. I.

fine di esigere che ricorra tale presupposto. D'altro lato però, la Corte di giustizia dell'UE afferma che tale diritto non possa essere limitato nel caso di specie in quanto l'esclusione dell'offerta di un interessato rientra tra i provvedimenti contro i quali deve essere possibile ricorrere (la definizione di tali provvedimenti, ai sensi dell'art. 1, n 1, dir. 89/665, come ha successivamente confermato la giurisprudenza che si richiamerà *infra* è oggetto di interpretazione estensiva della Corte⁷⁰) sicché, in assenza dell'adozione da parte della stazione appaltante di una formale decisione di esclusione, l'effetto è quello di negare illegittimamente il diritto di contestarne la legittimità⁷¹.

Similmente al caso *Hackermuller*, nel caso *Fritsch* un consorzio contestava l'illegittimità dell'aggiudicazione. In questo caso la stazione appaltante eccepeva tuttavia che il consorzio non avesse rispettato le procedure previste dalla legge federale, prima di proporre ricorso al *Bundesvergabeamt*. La normativa austriaca prevede infatti che, fino al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, un'apposita commissione federale di controllo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici sia competente alla conciliazione delle eventuali controversie sicché – evidenziava la stazione appaltante - il consorzio avrebbe dovuto sollevare le proprie eccezioni presso tale commissione, prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

La Corte di Giustizia dopo aver richiamato le finalità generali della direttiva ricorsi (i.e. rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale che su quello comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti e fare in modo che tali meccanismi siano rapidi ed efficaci⁷²) ha affermato che subordinare il diritto di ricorso al previo esperimento del tentativo di conciliazione ritarda l'avvio delle procedure di ricorso e dunque ne compromette la rapidità⁷³.

Limitare il diritto di accesso alle procedure di ricorso attraverso l'obbligo di adire preventivamente a una commissione di conciliazione, quale quella prevista nell'ordinamento

⁷⁰ Cfr. CGUE 18 giugno 2002, in C-92/00, HI; Id., 23 gennaio, in C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki.

⁷¹ La Corte ha comunque precisato che « non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata» (p.to 27).

⁷² cfr. l'art. 1, dir. cit., ma cfr. anche Corte giust., sent. 28-10-1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., in Racc., I-7671, p.ti 33 e 34; Corte giust., sent. 12-12- 2002, causa C-470/99, Universale Bau e a., in Racc., I-11617, p.to 74.

⁷³ A ciò si collega il fatto che – e questa appare la motivazione più forte a sostegno della tesi della Corte – la commissione di conciliazione di cui si tratta non possiede i poteri che la direttiva obbliga a concedere alle istituzioni responsabili delle procedure di ricorso (il potere di prendere provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti e il potere di annullare o far annullare le decisioni illegittime, cfr. art. 2, n. 1, dir. cit.) e perciò tale organismo non garantisce l'applicazione effettiva delle direttive comunitarie.

austriaco, costituisce, in quest'ottica, un passaggio procedurale che ad avviso della CGUE ostacola la realizzazione degli obiettivi previsti dalla direttiva.

Entrambe le riferite soluzioni adottate dalla Corte rispecchiano una nozione "ampia" della legittimazione a ricorrere che, oltre a trovare fondamento già nella stessa direttiva ricorsi, è stata costantemente valorizzata nella giurisprudenza europea⁷⁴.

A tal riguardo, del tutto significativamente, in entrambe le sentenze la Corte di giustizia fa convergere tutte le tensioni verso un unico imperativo: l'offerente «*deve essere legittimato a contestare la fondatezza del motivo di esclusione*», non solo in applicazione dei principi generali di tutela e garanzia giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, ma anche, e soprattutto, perché attraverso una maggiore estensione del campo d'azione dei ricorsi si aumenta la dose di effettività nell'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, in ogni fase della procedura di aggiudicazione.

2.1 (SEGUE) IL CASO "FASTWEB"

Nel caso Fastweb, investita dal dal TAR Piemontese circa l'interpretazione della Direttiva 89/665/CEE alla luce del diritto vivente, la Corte di giustizia dell'Unione Europea chiarisce il dubbio riguardante la compatibilità fra i principi espressi dalla decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e quelli di parità delle parti, non discriminazione e libera concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, fondanti la normativa comunitaria⁷⁵.

Dopo aver affrontato, e risolto positivamente, il tema della ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice individua nel paragrafo 3 dell'articolo 1 della summenzionata Direttiva la norma la cui interpretazione si ritiene necessaria per stabilire la conformità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria al diritto comunitario.

La disposizione stabilisce che: "*gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione*".

La Corte richiama a tal proposito un proprio precedente, ossia la sentenza "*Hackermüller*⁷⁶", nel quale aveva affermato che la decisione dell'autorità aggiudicatrice di escludere un offerente da una gara prima dell'inizio della selezione non può privare lo stesso della legittimazione a

⁷⁴ Corte giust., sent. 28-10- 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., cit., p.to 35; Corte giust., sent. 17-9-1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, in Racc., I-4961, p.to 46)

⁷⁵ CGUE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 in www.ilnuovodirittoamministrativo.it con nota di F. CALZETTA.

⁷⁶ CGUE., Sez. VI, 19 giugno 2003, C-249/01 in *Urb. e app.*, 2003, 1275.

ricorrere contro gli atti di quel procedimento, in particolare per contestare i motivi per cui la stazione appaltante ne ha decretato l'esclusione⁷⁷.

In quell'occasione precisava la Corte che, qualora i motivi di esclusione fossero risultati fondati, il ricorrente, non avrebbe potuto sollevare nessuna altra obiezione, di fronte all'inammissibilità delle ulteriori censure contenute nel ricorso, dirette a contestare altri atti del procedimento e in particolare l'aggiudicazione in favore di un altro offerente, in quanto l'istante non avrebbe potuto ritenersi ulteriormente lesa da tale declaratoria.

Nel caso oggetto del rinvio pregiudiziale del T.A.R. piemontese, tuttavia, la Corte rileva una differenza sostanziale dall'ipotesi affrontata nel precedente citato, vale a dire la circostanza che, dalla verifica svolta dal giudice del rinvio, era emerso che anche l'offerta dell'unico altro concorrente, divenuto poi aggiudicatario, sarebbe dovuta essere esclusa dal procedimento per inadeguatezza tecnica.

La differenza dal “*caso Hackermuller*” secondo la Corte dunque, non deriva dal fatto che l'inammissibilità del ricorso principale in questa vicenda derivi dall'accoglimento del ricorso incidentale e non a causa a causa del rilievo officioso del giudice come in quella vicenda, bensì dal fatto che anche l'offerta dell'aggiudicatario è stata ammessa nel procedimento in virtù di una compiuta illegittimità dell'amministrazione.

In tal caso afferma la Corte, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, in quanto: “*ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare*”⁷⁸.

Tenuto conto di queste considerazioni viene risposto alla questione sollevata, dichiarando che: “*L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle*

⁷⁷ Il precedente che viene richiamato in motivazione era stato sollecitato dalla Commissione. Sembra opportuno porre l'attenzione che nel giudizio i partecipanti erano tre ossia la Commissione europea, il governo italiano, e l'impresa ricorrente incidentale nel giudizio davanti al T.A.R. Non sono invece state ritenute necessarie le conclusioni dell'Avvocato generale e non vi erano altri Stati partecipanti. Le tre parti esprimevano opinioni convergenti sul principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria n.4 del 2011 e sulla sua compatibilità con il sistema europeo.

⁷⁸ Punto 33 della motivazione.

specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale”.

2.1.2. (SEGUE) LE PRECISAZIONI DEL CASO “PULIGIENICA”

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Camera, con la celebre sentenza *Puligienica* del 5 aprile 2016 (C-689/13)⁷⁹, è tornata a esprimersi sul rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale⁸⁰, nel contenzioso in materia di appalti pubblici⁸¹, rimettendo in discussione quanto statuito nella precedente sentenza *Fastweb* (C-100/12).

⁷⁹ Si rimanda alla analisi contenuta in un precedente contributo in tema, A. BERTI SUMAN, *Il ricorso incidentale escludente e le prime applicazioni della sentenza Puligienica*, www.giustizia-amministrativa.it, 3 ottobre 2016.

⁸⁰ In tal modo, la Corte ha risposto alla prima delle due questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza n. 848 del 17 ottobre 2013. Per completezza, si ricorda che la seconda questione affrontata dalla Corte UE ha riguardato il contrasto fra esercizio della funzione nomofilattica ex art. 99 c.p.a. e vincolatività del principio di diritto nei confronti delle Sezioni del Consiglio di Stato, da un lato, e facoltà di queste ultime di discostarsene in caso di contrasto col diritto dell'UE ovvero di effettuare il rinvio pregiudiziale obbligatorio ex art. 267 FUE senza investire nuovamente l'Adunanza plenaria, dall'altra. In merito a tale seconda questione, per la cui trattazione si rimanda ad altra sede, la Corte si espressa enucleando i seguenti principi: “2) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale. 3) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione”.

⁸¹ La questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale si è posta all'attenzione della giurisprudenza già a partire dagli anni '90, quando, fermo restando il principio generale dell'accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale e quindi della priorità logica di quest'ultimo, la giurisprudenza maggioritaria affermò che, nel caso di ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale (cd. ricorso incidentale paralizzante), il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica rispetto a quelle sollevate dal ricorrente principale, ossia quelle che si riverberano sull'esistenza della legittimazione e dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale «perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una questione di rito». Il percorso seguito dalla giurisprudenza successiva è ben noto, scandito dalle importanti decisioni della Adunanza Plenaria n.11 del 2008, n.4 del 2011 e n.9 del 2014, e si ritiene di poter prescindere dalla disamina di esso. Anche la dottrina si è molto occupata del tema, così come dimostra l'amplessima produzione scientifica alla quale si rinvia. Senza pretesa di esaustività, tra i tanti contributi si veda: G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1995, n. 388)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1997, pp. 555 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, in F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, pp. 715 ss.; R. SPAGUOLO VIGORITA, *Dinamiche processuali e vicende di giustizia sostanziale. Brevi note in tema di ricorso incidentale*, in *Foro amm. –T.A.R.*, IV, 2007, pp. 1536 ss.; G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in www.giustamm.it, 2006; ID., *Ricorso incidentale e parità delle parti. La Plenaria dopo la svolta della V e della VI*, *ibidem*, 2008; G. TROPEA., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, pp. 633 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso*

Nello specifico, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella pronuncia *Puligienica*, ha affermato il principio di diritto ai sensi del quale la c.d. direttiva ricorsi⁸² “*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 lesa 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 da detto altro offerente.*”

La novità di tale principio - di portata dirimpante - consiste nel fatto che, ai fini dell'applicazione dello stesso, risulta irrilevante:

- a) il numero dei partecipanti che abbiano presentato ricorsi;
- b) l'eventuale divergenza dei motivi dedotti.

principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo, in www.giustamm.it, 2008; G. FIGUERA, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2008, pp. 1066 ss.; L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, in *Foro amm. - C.d.S.*, IX, 2008, pp. 2949 ss.; A. REGGIO D'ACI, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l'effetto «paralizzante» del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica. Rimangono, però, non esaminate alcune tematiche che potrebbero suggerire un ragionevole ripensamento di questo nuovo orientamento*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2008, pp. 215 ss.; R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2008, pp. 911 ss.; F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, *ibidem*, IV, 2009, pp. 1047 ss.; M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, *ibidem*, III, 2009, pp. 609 ss.; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, *ibidem*, II, 2009, pp. 146 ss.; L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, I, 2009, pp. 48 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2009, pp. 581 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, pp. 315 ss.; R. VILLATA - L. BERTOZZI, *Rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno*, www.treccani.it, 2014; G. SIGSMONDI, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, e 30 gennaio 2014, n. 7)*, in *Foro it.*, VIII, 2014, pp. 472 ss.; R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 791 ss.; F. FRENI, *Il nuovo processo per gli appalti pubblici: il nuovo rito appalti, annullamento dell'aggiudicazione e effetti sul contratto, sinteticità degli atti processuali di parte nel processo, contributo unificato, rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, Giuffrè, 2015; C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2016. Infine, sul recente principio espresso dalla Corte nella sentenza “Puligienica”, si rinvia a D. ANDRACCHIO, *La nuova fisionomia 'euro-unitaria' dei rapporti tra ricorso principale e incidentale 'escludente' in materia di appalti*, in *Federalismi.it*, n. 16 del 2016; S. TRANQUILLI, *Prime applicazioni della sentenza “Puligienica”: cui prodest?*, in www.lamministrativista.it; A. CARBONE *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in *Giust.amm* n. 3-2017; M. LIPARI, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani.

⁸² In particolare, 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.

In altre parole, il ricorso principale deve comunque essere esaminato, anche in seguito all'accoglimento di quello incidentale, a prescindere dalla natura della violazione con esso dedotta e dal numero di imprese che hanno partecipato alla procedura⁸³.

I giudici europei non si sono limitati dunque ad affermare la piena equivalenza tra il caso *Fastweb* e la particolare situazione dei ricorsi incrociati proposti dagli unici due concorrenti "rimasti in gara" (pur in presenza di altri operatori economici ammessi alla procedura, ma successivamente esclusi dalla stazione appaltante)⁸⁴, bensì hanno espresso il generale principio secondo cui la finalità di tutela dell'interesse strumentale delle parti impone sempre:

a) l'esame di entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti, indipendentemente dalla natura e dalla identità dei vizi denunciati e dalla fase a cui essi si riferiscono;

⁸³ I giudici di Lussemburgo hanno quindi superato quanto affermato dalla Adunanza Plenaria con la sentenza n.9 del 2014, in cui si era precisato, in coerenza con i principi affermati nella sentenza *Fastweb*, che l'obbligo di procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi fosse circoscritto alle sole ipotesi in cui si controverta nello stesso procedimento, gli operatori rimasti in gara siano solo due e il vizio che affligge le relative offerte attenga alla medesima fase procedimentale (c.d. simmetria escludente). La stessa Plenaria aveva altresì ritenuto che, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale soltanto nel caso in cui "*esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.*". A seguito della suddetta pronuncia, si era cristallizzato in giurisprudenza il principio secondo il quale, in caso di fondatezza del ricorso incidentale escludente, il giudice doveva dichiarare inammissibile il ricorso principale per carenza di interesse, senza esaminarlo nel merito, salvo i tassativi casi di accertata "simmetria" delle censure formulate e di proposizione di ricorsi escludenti nei confronti di tutti i concorrenti rimasti in gara. Solo in tali particolari circostanze appariva infatti configurabile un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, in quanto l'esame contestuale dei ricorsi, in presenza di due soli concorrenti, e l'accertata fondatezza degli stessi, avrebbe potuto giustificare l'annullamento dell'intera procedura di gara con conseguente sua ripetizione, idonea a soddisfare l'interesse strumentale delle parti. Al contrario, nel caso di più partecipanti in gara, se i diversi ricorsi escludenti incrociati non coinvolgevano la posizione di uno o più dei concorrenti rimasti in gara ovvero non era impugnata anche l'ammissione del terzo concorrente, il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario assumeva portata paralizzante del ricorso principale. In tale caso, l'esame del ricorso principale rimaneva preclusa, in quanto un eventuale accoglimento dei due ricorsi incrociati avrebbe provocato la ripetizione della gara o, al massimo, uno scorrimento della graduatoria, con conseguenti effetti utili potenziali solo per il terzo (ancorché rimasto estraneo alla controversia), senza giovare in alcun modo all'interessato.

⁸⁴ La controversia di cui al procedimento principale riguardava una procedura di gara con più di due partecipanti, ove in primo grado, il Tar Sicilia, a fronte di censure reciprocamente escludenti sollevate dal ricorrente principale e da quello incidentale, aveva esaminato e ritenuto fondati entrambi i ricorsi, e, per l'effetto, annullato l'aggiudicazione e l'ammissione alla gara delle due società ricorrenti. Successivamente alla pubblicazione della sentenza, la stazione appaltante dapprima aveva escluso dalla procedura le due ricorrenti e poi, una volta fatta scorrere la graduatoria, aveva altresì provveduto all'esclusione di tutte le altre imprese ammesse per inidoneità delle rispettive offerte, poiché tutte carenti del requisito rappresentato dalla specifica indicazione dei costi per la sicurezza, con provvedimenti successivamente divenuti inoppugnabili. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, adito per l'appello, si era ritrovato quindi a giudicare su censure escludenti in merito ad una vicenda venuta a configurarsi, a seguito dell'esclusione definitiva di tutti gli ammessi alla procedura, come una gara a soli due partecipanti. L'ordinanza di rinvio, si preoccupa di distinguere la concreta vicenda esaminata da quelle finora vagliate dalle precedenti Plenarie (del 2008, del 2011 e del 2014) e, soprattutto, dalla sentenza *Fastweb*, ove, come noto alla gara avevano partecipato, *sin dall'origine*, le due sole imprese che avevano proposto i ricorsi reciprocamente escludenti e le censure proposte erano, anche nel contenuto, perfettamente speculari (c.d. simmetria escludente). Il Collegio siciliano, dubita che si possa applicare il principio di diritto espresso dalla sentenza "*Fastweb*" anche al caso *de quo*, in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, sono state tutte escluse dalla stazione appaltante, con provvedimenti divenuti definitivi, di guisa che la controversia, alla luce della evoluzione suddetta, risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese, pur evidenziando un sostanziale *isomorfismo* delle situazioni.

b) lo scrutinio simultaneo dei ricorsi incidentale e principale, anche quando non siano state dedotte censure avverso l'ammissione di tutti i concorrenti "rimasti in gara" e questi ultimi non siano stati evocati in giudizio.

Ad avviso della CGUE, infatti, i ricorrenti vanterebbero, in ogni caso, una astratta *chance* di ripetizione della gara, in quanto l'Amministrazione potrebbe decidere comunque di non procedere allo scorrimento della graduatoria; ovvero si potrebbe appurare l'illegittimità dell'offerta del terzo; o quest'ultimo potrebbe non essere più interessato all'aggiudicazione.

In tal modo, si è esteso di molto il principio stabilito dalla sentenza *Fastweb*, con il fine di tutelare, in prospettiva più generale, la legalità delle procedure di affidamento degli appalti pubblici⁸⁵.

⁸⁵ Ritieni che la sentenza della Corte di Giustizia "Puligienica" sia indice della presenza di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici F. FRANCIOSI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in www.lamministrativista.it. Sul tema, in generale, si rimanda al Convegno "Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa", Siena, Certosa di Pontignano 13 – 14 maggio 2016. Tra questi, con particolare riferimento al rapporto tra sentenza Puligienica e giurisdizione oggettiva si veda l'intervento di M. LIPARI, *Il giudice amministrativo e la corsa della giurisdizione oggettiva*, il quale paragona la "corsa" della giustizia amministrativa, caratterizzata da profili oggettivi, a quella di una lepre, che il giudice può afferrare solo se si attrezza di mezzi moderni e adeguati. Sul punto si veda altresì, A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., osserva che: "appare chiaro come la scelta compiuta dalla Corte di giustizia in *Fastweb* non possa che significare un'adesione alla seconda delle due alternative; non possa, cioè, che essere intesa nel senso di ammettere, ancorché implicitamente, una legittimazione a ricorrere diversa da quella propria dell'ordinario giudizio amministrativo di tipo soggettivo, derogando così alle regole proprie di quest'ultimo. Di fatto, come si è già avuto modo di considerare, in questo modo vi è una svalutazione del requisito della legittimazione e l'elemento soggettivo viene spostato sull'interesse a ricorrere per cui – senza potersi in questa sede soffermare sulla problematica, peraltro del tutto nota, concernente il rapporto tra interesse legittimo e interesse processuale – può dirsi che la legittimazione ad agire assuma un ruolo recessivo, giacché la sua configurabilità dipende da un elemento di differenziazione fortemente generico, che viene poi a declinarsi in concreto in relazione all'effettivo interesse al ricorso; ciò che, determinando uno spostamento del rilievo dell'interesse della parte dal versante sostanziale a quello processuale, necessariamente implica anche una concezione maggiormente oggettivistica del modulo processuale corrispondente. (...) l'applicazione di questa impostazione al contenzioso relativo agli appalti pubblici porterebbe a configurare un modello differenziato di giudizio, ove il criterio di legittimazione a ricorrere si conforma alle esigenze di oggettivizzazione che già possono riscontrarsi nei poteri speciali concessi al giudice in ragione della protezione di quel particolare interesse che in questo tipo di controversie si ravvisa, a dire quello alla tutela della concorrenza". Al contrario, ritiene che sia da escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici R. CAPONIGRO, in *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14 giugno 2016. Nello specifico, l'Autore osserva che: "I principi posti da tale ultima pronuncia riguardano anch'essi l'ipotesi di due soli concorrenti in gara, tale del resto era la fattispecie concreta posta all'esame della Corte, e non sembrano potersi estendere automaticamente all'ipotesi di pluralità di partecipanti, [...]. La Corte, infatti, si riferisce comunque all'esistenza di "un analogo interesse legittimo" all'esclusione dell'offerta ed all'interesse strumentale a partecipare ad una gara eventualmente rinnovata, presupposti che potrebbero non sussistere se, ritenute fondate le azioni principale ed incidentale, la stazione appaltante fosse tenuta ad aggiudicare l'appalto ad una terza impresa estranea al rapporto processuale. Tale considerazione porta ad escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici".

L'evidente portata innovativa del principio di diritto espresso dalla sentenza *Puligienica*, che aveva fin da subito sollevato una serie di dubbi in dottrina⁸⁶, nonché nei giudici amministrativi che si erano trovati a doverlo applicare⁸⁷, sembra ora essere circoscritto (ed, in un certo senso, messo in dubbio) dalla stessa Corte di Giustizia, nella citata sentenza *Bietergemeinschaft*, di poco successiva alla prima, che ha sostanzialmente limitato la portata applicativa del suddetto principio, modulandolo sulla base della nozione di "interesse strumentale".

Tale sentenza è stata resa in risposta ad una questione pregiudiziale sollevata da un giudice austriaco, relativa al caso di un offerente definitivamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, al quale era stato negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del medesimo appalto e la conclusione del contratto, in una fattispecie in cui le offerte erano state presentate unicamente da due imprese (ovvero l'offerente escluso e l'aggiudicatario) e l'offerente escluso contestava che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

Il giudice del rinvio dubitava che l'insegnamento discendente dalla sentenza *Fastweb* fosse applicabile anche al caso in cui due operatori economici abbiano inizialmente presentato un'offerta e l'esclusione dell'offerente che intenda contestare la decisione di aggiudicazione sia stata preliminarmente e definitivamente accertata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, non riconoscendo a quest'ultimo, in tale caso, la qualifica di «offerente interessato» ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di detta direttiva. Tuttavia, il giudice austriaco domandava se, in base al principio di parità di trattamento, si potesse riconoscere anche ad un tale offerente definitivamente escluso la legittimazione a ricorrere avverso detta decisione, quando quest'ultima sia favorevole all'unico altro offerente in gara.

La Corte di Giustizia si è espressa in senso contrario.

⁸⁶Tra gli altri, in particolare, M. LIPARI, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, op. cit., nota come l'interesse strumentale alla ripetizione della gara, nel caso *Puligienica*, risulta "un po' meno nitido" rispetto al caso *Fastweb*. Infatti "nel caso *Fastweb*, poiché tutti gli originari due partecipanti alla gara contestano simultaneamente le reciproche ammissioni, risultava chiaro che l'eventuale accoglimento di tutti i ricorsi avrebbe determinato l'azzeramento della gara, aprendo la concreta chance della sua ripetizione, senza alcuna "riserva". Nel caso *Puligienica*, invece, le contestazioni reciproche delle ammissioni alla selezione riguardano i soli concorrenti "rimasti in gara", senza coinvolgimento degli altri operatori definitivamente esclusi dalla stazione appaltante. Si prospetta, allora, almeno astrattamente, una possibile incognita. Infatti, anche in caso di accoglimento di tutti i ricorsi incrociati, l'effetto di "annullamento totale" dell'intera gara non è del tutto scontato, ma resta sempre subordinato alla circostanza che l'amministrazione non decida, in via di autotutela, di riammettere alla selezione gli operatori esclusi".

⁸⁷Nello specifico, le questioni affrontate sono le seguenti: i limiti oggettivi di applicazione del nuovo principio; la necessità, o meno, di esaminare sempre entrambi i ricorsi escludenti incrociati; l'esatto ordine di esame dei ricorsi; il contenuto delle pronunce di accoglimento di entrambi i ricorsi e gli effetti sulla procedura di gara; il contraddittorio processuale con i concorrenti "terzi". Per un'analisi di esse si rimanda a A. BERTI SUMAN, *Il ricorso incidentale escludente e le prime applicazioni della sentenza Puligienica*, op. cit.

Invero, dopo aver ribadito che, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci devono essere accessibili per lo meno “*a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione*”, la Corte ha evidenziato come il caso di specie sia sostanzialmente diverso rispetto a quelli affrontati in *Fastweb* e *Puligenica*, in quanto:

a) le offerte dei soggetti interessati nelle cause che hanno dato origine alle citate sentenze non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, a differenza dell'offerta presentata nel procedimento principale (punto 31);

b) in tali due cause ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, vantando entrambi un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta. Tali contestazioni avrebbero infatti potuto indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare e, di conseguenza, a rinnovare la procedura di gara. Nel caso di specie, diversamente, il ricorso è stato presentato, in primo luogo, avverso la decisione di esclusione adottata nei propri confronti e, in secondo luogo, avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto ed è nell'ambito del secondo ricorso che esso invoca l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria (punto 32).

Pertanto, il principio di diritto espresso nel 2013, come ribadito e “ampliato” nel 2016, non è applicabile alla situazione procedurale e al contenzioso *de quo*, in quanto il soggetto ricorrente, non avendo tempestivamente impugnato l'esclusione, deve essere considerato offerente definitivamente escluso, con conseguente difetto di legittimazione ad impugnare, alla stregua di ogni altro soggetto che non ha preso parte alla procedura competitiva.

In tal modo, la Corte di Giustizia, seppur implicitamente, si è posta sul solco di quanto affermato dai giudici amministrativi, che avevano rilevato la necessità di modulare quanto espresso nella sentenza *Puligenica* alla luce della nozione di “interesse ad agire”⁸⁸, escludendo il diritto a ricorrere a colui il quale, essendo stato legittimamente e definitivamente escluso dalla gara, non potrebbe ricavare, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale), da un eventuale accoglimento del ricorso.

3. LA “CONCILIAZIONE” TRA I PRECEDENTI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE EFFETTUATA NEL CASO “ARCHUS”

⁸⁸ In particolare, ci si riferisce a Cons. St., III, sent. 26 agosto 2016, n. 3708, su cui si rimanda *amplius* al par. successivo.

Sebbene la genericità delle definizioni delle direttive ricorsi non agevoli l'interprete nel ricavare indicazioni utili a misurare la rispondenza della normativa interna rispetto ai principi euro-unitari, sembra invece più chiara la posizione assunta dalla Corte di Giustizia dell'UE che recentemente si è, invero per la prima volta, soffermata sulle definizioni poste dalla direttiva 66 di «*decisione di ammissione*», «*offerente interessato*» e di «*interesse ad un determinato appalto*».

In un caso recentemente affrontato la Corte di Giustizia dell'UE ha escluso che le direttive ricorsi individuino un preciso momento della procedura di gara a partire dal quale gli Stati membri devono garantire la possibilità di proporre un ricorso contro le “decisioni” adottate dalle stazioni appaltanti. Al contrario, ha precisato la Corte, le direttive si limitano a vietare che l'esperibilità del ricorso sia subordinata al fatto che la procedura di affidamento abbia formalmente raggiunto un determinato stadio, quale, ad esempio, quello dell'aggiudicazione⁸⁹. La questione era stata sollevata nel 2015 dal *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*. Nella specie, i giudici ponevano in dubbio la compatibilità con le direttive ricorsi della normativa di settore spagnola, nella parte in cui non consente l'immediata e autonoma impugnazione dinanzi ad un organo giurisdizionale della decisione di ammettere un offerente alla procedura di aggiudicazione, adottata asseritamente in contrasto con il diritto UE o con il diritto nazionale che lo trasponga.

La Corte ha precisato anzitutto che *qualsiasi* decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e sia idonea a

⁸⁹ CGUE, sez. I, 11 gennaio 2005, in C-26/03, “Stadt Halle”, i cui principi sono stati di recente ripresi e confermati dalla sentenza CGUE, sez. IV, 5 aprile 2017, in C-391/15 “Marina del Mediterraneo”, in *lamministrativista.it*. Nel 2011, la “Marina del Mediterráneo SL” e altri presentavano un ricorso amministrativo avverso la decisione della commissione aggiudicatrice di ammettere alla gara un RTI (unico altro partecipante alla procedura) di cui era componente anche una P.A. (Comune di Marbella). La ricorrente censurava l'ammissione alla gara in quanto il diritto euro-unitario non consentirebbe, pena l'alterazione del confronto concorrenziale, la partecipazione alla gara di una P.A. Il 3 maggio 2011 l'organo amministrativo adito respingeva il predetto ricorso richiamando i precedenti giurisprudenziali in cui la Corte UE (“CoNISMa”, in C-305/08) ha riconosciuto la qualità di operatore economico anche agli enti e alle amministrazioni pubbliche (sul punto cfr. la casistica della Bussola “operatore economico”). L'appalto veniva così aggiudicato (6 giugno 2011) a favore del predetto RTI e anche l'aggiudicazione veniva “vanamente” impugnata dalla ricorrente con un nuovo ricorso respinto dallo stesso organo amministrativo (11 luglio 2011). Nelle more dell'adozione quest'ultima decisione (5 luglio 2011), i ricorrenti contestavano la prima decisione dell'organo amministrativo di ricorso (risalente al 3 maggio 2011), presentando un ricorso presso il Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Corte superiore di giustizia dell'Andalusia, Spagna) reiterando la richiesta di annullamento della predetta ammissione e chiedendo il “conseguente annullamento” dell'aggiudicazione dell'appalto al RTI. Il 19 febbraio 2015 la Corte rappresentava alle parti l'irricevibilità del ricorso proposto, in quanto, ai sensi della normativa nazionale, la decisione di una Commissione aggiudicatrice di non escludere un offerente, ammettendo la sua offerta e autorizzandolo a partecipare alla procedura di aggiudicazione non costituisce un atto decisorio impugnabile con ricorso. La suddetta normativa tuttavia – evidenziava la Corte spagnola – non impedisce alla persona interessata di denunciare le eventuali irregolarità a posteriori, impugnando l'aggiudicazione dell'appalto. I giudici sottoponevano alla CGUE la questione della compatibilità della predetta normativa nazionale, nella parte in cui non consente l'immediata contestazione dell'ammissione alla gara, con il diritto UE.

violarle, è assoggettata al controllo giurisdizionale previsto dall'art. 2, par. 1, lett. a) e b), della direttiva 66.

Viene infatti evidenziato che la direttiva ricorsi accoglie un'accezione "estesa" di "decisione di un'autorità aggiudicatrice", senza distinguere in base al contenuto o al momento della sua adozione, né limitandone l'impugnabilità in ragione della sua natura o contenuto della decisione.

Inoltre, sottolinea la Corte che un'interpretazione restrittiva di tale nozione sarebbe incompatibile con il richiamato art. 2, par. 1, lett. a), laddove impone agli Stati membri di prevedere procedimenti d'urgenza in relazione a «*qualsiasi decisione*» adottata dalle autorità aggiudicatrici cosicché anche la sola decisione di "ammettere un offerente a una procedura di aggiudicazione deve poter essere oggetto di un ricorso autonomo rispetto all'impugnazione dell'aggiudicazione.

In assenza di indicazioni da parte del diritto UE, la Corte evidenzia che spetta al diritto nazionale disciplinare le modalità del procedimento giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza, di effettività e senza mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva n. 89/665/CE.

Con la seconda questione pregiudiziale, la Corte spagnola chiedeva inoltre se gli artt. 1, par. 1, e 2, par. 1, lett. a) e b), della direttiva 89/665/CE hanno "effetto diretto" negli ordinamenti degli Stati membri.

Anche su tale quesito la Corte dà risposta affermativa precisando che le suddette disposizioni sono incondizionate e sufficientemente precise per fondare un diritto, a favore di un singolo, da «*eventualmente far valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice*».

La decisione sembra, del resto, porsi in linea con l'impianto generale delle direttive ricorsi che spingono verso un'anticipazione della contestazione delle violazioni rispetto alla definizione della procedura per consentire la correzione in tempo utile delle violazioni e il proseguimento della stessa.

In un'altra recente sentenza la Corte di Giustizia ha precisato che non può considerarsi un "offerente interessato" all'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 1, par. 3, della direttiva, il soggetto che sia stato definitivamente escluso dalla gara ai sensi dell'art. 2-bis, par. 2 della stessa direttiva (ai sensi del quale «*L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti*

interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso»⁹⁰.

Tale sentenza è stata resa in risposta ad una questione pregiudiziale sollevata da un giudice austriaco, relativa al caso di un offerente definitivamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, al quale era stato negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del medesimo appalto e la conclusione del contratto, in una fattispecie in cui le offerte erano state presentate unicamente da due imprese (ovvero l'offerente escluso e l'aggiudicatario) e l'offerente escluso contestava che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

Il giudice del rinvio dubitava che l'insegnamento discendente dalla sentenza *Fastweb* fosse applicabile anche al caso in cui due operatori economici abbiano inizialmente presentato

⁹⁰ Corte giust. UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*; 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; Sez. X, 4 luglio 2013 C-100/12 *Fastweb*; Sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09 *Stadt Graz*; 28 gennaio 2010, n. 406/08 *Uniplex*; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, *Grossman*; 19 giugno 2003, C-249/01 *Hackermuller*. In particolare, nel caso *Hackermuller*, la Corte UE ha rilevato che la partecipazione alla gara costituisce un necessario fattore di differenziazione della situazione soggettiva vantata dall'impresa che intenda agire in giudizio per dedurre la presenza di illegittimità nello svolgimento della gara, atteso che anche l'ordinamento europeo individua nell'annullamento giurisdizionale uno strumento di tutela di una posizione soggettiva sostanziale, non una via di ripristino della legalità violata, con un vincolo di necessaria presupposizione tra lesione ed annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo. Nello specifico, la Corte nella suddetta sentenza ha affermato che: "1. L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, 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 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non impedisce che le procedure di ricorso previste da detta direttiva siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se queste ultime siano state o rischiano di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata. (v. punto 19, dispositivo 1). 2. L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, impedisce che ad un offerente venga negato l'accesso alle procedure di ricorso previste da detta direttiva per contestare la legittimità della decisione dell'autorità aggiudicatrice di non considerare la sua offerta come la migliore, per il motivo che tale offerta avrebbe dovuto essere preliminarmente esclusa da detta autorità aggiudicatrice per altre ragioni e che, pertanto, egli non è stato o non rischia di essere leso dall'illegittimità da lui denunciata. Nell'ambito della procedura di ricorso pertanto aperta a detto offerente, quest'ultimo dev'essere legittimato a contestare la fondatezza del motivo di esclusione in base al quale l'autorità responsabile delle procedure di ricorso ritiene di poter concludere che egli non sia stato o non rischi di essere leso dalla decisione di cui denuncia l'illegittimità. (v. punto 29, dispositivo 2)". In particolare, al punto 27, la sentenza sottolinea che "certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione, nell'ambito della procedura di ricorso avviata da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata" (p.to 27). Al riguardo, M. SALERNO, *La parola agli "esclusi": la Corte di Giustizia difende il diritto al ricorso contro le decisioni delle amministrazioni appaltanti*, www.osservatorioappalti.unitn.it, osserva che tale affermazione sembra dire che "non è l'aspetto formale (la presenza o meno di una decisione di esclusione) l'elemento sul quale la Corte di giustizia fonda le sue conclusioni, ma l'aspetto sostanziale, costituito dal diritto irrinunciabile del soggetto destinatario della decisione di contestarne davanti a un giudice, non importa in quale sede o circostanza, la fondatezza".

un'offerta e l'esclusione dell'offerente che intenda contestare la decisione di aggiudicazione sia stata preliminarmente e definitivamente accertata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, non riconoscendo a quest'ultimo, in tale caso, la qualifica di «offerente interessato» ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di detta direttiva. Tuttavia, il giudice austriaco domandava se, in base al principio di parità di trattamento, si potesse riconoscere anche ad un tale offerente definitivamente escluso la legittimazione a ricorrere avverso detta decisione, quando quest'ultima sia favorevole all'unico altro offerente in gara.

La Corte di Giustizia si è espressa in senso contrario.

Invero, dopo aver ribadito che, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci devono essere accessibili per lo meno “*a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione*”, la Corte ha evidenziato come il caso di specie sia sostanzialmente diverso rispetto a quelli affrontati in *Fastweb* e *Puligenica*, in quanto:

- a) le offerte dei soggetti interessati nelle cause che hanno dato origine alle citate sentenze non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, a differenza dell'offerta presentata nel procedimento principale (punto 31);
- b) in tali due cause ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, vantando entrambi un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta. Tali contestazioni avrebbero infatti potuto indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare e, di conseguenza, a rinnovare la procedura di gara. Nel caso di specie, diversamente, il ricorso è stato presentato, in primo luogo, avverso la decisione di esclusione adottata nei propri confronti e, in secondo luogo, avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto ed è nell'ambito del secondo ricorso che esso invoca l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria (punto 32).

Pertanto, il principio di diritto espresso nel 2013, come ribadito e “ampliato” nel 2016, non è applicabile alla situazione procedurale e al contenzioso *de quo*, in quanto il soggetto ricorrente, non avendo tempestivamente impugnato l'esclusione, deve essere considerato offerente definitivamente escluso, con conseguente difetto di legittimazione ad impugnare, alla stregua di ogni altro soggetto che non ha preso parte alla procedura competitiva.

In tal modo, la Corte di Giustizia, seppur implicitamente, si è posta sul solco di quanto affermato dai giudici amministrativi, che avevano rilevato la necessità di modulare quanto espresso nella

sentenza *Puligienica* alla luce della nozione di “interesse ad agire”⁹¹, escludendo il diritto a ricorrere a colui il quale, essendo stato legittimamente e definitivamente escluso dalla gara, non potrebbe ricavare, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale), da un eventuale accoglimento del ricorso.

La reale portata applicativa del suddetto principio, avvertita dai primi commentatori come contrastante con le precedenti pronunce della stessa Corte in materia di rapporto tra le censure reciprocamente escludenti, è stata poco dopo chiarita dalla successiva sentenza “Archus”⁹².

Nell’ambito di una gara per l’affidamento di alcuni servizi di digitalizzazione bandita da un’Amministrazione polacca, presentavano un’offerta solamente due imprese. Nel corso della procedura, l’offerta di una delle due concorrenti veniva tuttavia “respinta” in quanto ritenuta non conforme al capitolato di gara. La stazione appaltante, di conseguenza, aggiudicava la gara all’unica restante offerente, evidenziando, comunque, che l’offerta di quest’ultima fosse “più vantaggiosa”. La concorrente esclusa ricorreva dinanzi alla Camera dei ricorsi Polacca contestando, con il medesimo ricorso, sia il rigetto della propria offerta che l’aggiudicazione in quanto - asseriva la ricorrente - l’offerta risultata vincitrice non era conforme alle specifiche del capitolato.

Il suddetto giudice, nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE, premetteva che nell’ordinamento polacco, l’operatore economico, può far valere in giudizio il proprio interesse a contestare il rigetto della propria offerta (visto che in tal caso il contratto potrebbe essergli direttamente aggiudicato), ma non conserva, qualora la sua offerta venga definitivamente respinta a seguito del rigetto del predetto ricorso contro l’esclusione, un interesse a contestare l’aggiudicazione per conseguire, indirettamente, la riedizione della gara.

Descritto il contesto normativo di riferimento, il giudice del rinvio sospendeva il giudizio chiedendo, in via pregiudiziale, alla CGUE, se la definizione di “un determinato appalto”, posta dall’art. 1, par .3, della direttiva n. 92/13/CEE (ai sensi del quale «*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 ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione*»), riguardi l’eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

La CGUE ha, in via preliminare, richiamato i propri, noti, precedenti, seppur riferiti all’interpretazione delle equivalenti disposizioni della Direttiva n. 89/665/CEE, (4 luglio 2013,

⁹¹ In particolare, ci si riferisce a Cons. Stato, sez. III, sent. 26 agosto 2016, n. 3708, su cui si rimanda *amplius* al par. successivo.

⁹² CGUE, sez. VIII, 10 maggio 2017, in C-131/16, Archus sp. z o.o, in www.lamministrativista.it.

Fastweb, C-100/12; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13, 21 dicembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15), in cui è stato più volte sancito che ogni offerente ha, indipendentemente dal numero di partecipanti alla gara e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso, un “analogo interesse legittimo” all’esclusione delle offerte degli altri concorrenti, finalizzato all’aggiudicazione del contratto.

Viene in particolare evidenziato dalla sentenza che, al punto 27 della sentenza Puligienica⁹³ era stato chiaramente specificato il principio secondo cui, se da un lato «*l’esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l’appalto direttamente nell’ambito della stessa procedura*», d’altro lato, «*nell’ipotesi di un’esclusione di tutti gli offerenti e dell’indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l’appalto*».

I suddetti principi – sottolinea la Corte – sono applicabili anche alla questione sottoposta dalla Corte polacca, in quanto, come già affermato nel precedente Fastweb, «*all’offerente che ha proposto ricorso deve essere riconosciuto un interesse legittimo all’esclusione dell’offerta dell’aggiudicatario che può portare, se del caso, alla constatazione dell’impossibilità, per l’amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un’offerta regolare*».

Al punto 57 della sentenza, la CGUE chiarisce, inoltre, la conciliabilità dei suddetti principi con quanto sancito nella suddetta sentenza *BTGuCÖ* in cui è stato affermato che l’operatore escluso nel corso della procedura di gara non può ricorrere avverso l’aggiudicazione. Il suddetto principio – vuole inequivocabilmente chiarire la Corte – è tuttavia stato affermato in relazione a una decisione sull’esclusione che «*aveva acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell’appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico in questione*».

Nel caso sottoposto dalla Corte polacca invece, precisa la CGUE che, diversamente dalla fattispecie oggetto del rinvio pregiudiziale del giudice austriaco, le ricorrenti hanno contestato, contemporaneamente, sia la propria esclusione che l’altrui aggiudicazione, pertanto «*non possono (...) essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura*». In una situazione del genere, conclude la sentenza, la nozione di “un determinato appalto” che, ai sensi dell’art. 1, par. 3, della Direttiva n. 92/13/CEE, può essere invocato dal ricorrente/concorrente non

⁹³ CGUE, grande sez., 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13, in www.lamministrativista.it, con commento di M.B. CAVALLO.

definitivamente escluso dalla gara, «può, se del caso, riguardare l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

CAPITOLO III

UN DIBATTITO APERTO TRA FRANCIA E GERMANIA

SOMMARIO: 1. Premessa: l'evoluzione del contenzioso sui contratti pubblici nel sistema francese e tedesco – *Sezione prima - Il sistema francese* – 1. Cenni sulla disciplina del contenzioso in materia di contratti pubblici nel sistema francese e inquadramento della questione affrontata nella ricerca – 2. La legittimazione a ricorrere dei “*concurrents évincés*” contro gli atti di gara dal *recours pour excès de pouvoir* al *référé précontractuel* - 2.1. Il ricorso del *concurrent évincé* contro il contratto 2.2. Il ricorso del terzo per contestare la validità del contratto (*Les recours ouverts aux tiers*) - 2.3. Il ricorso delle parti contro il contratto (*Les recours ouverts aux contractants*) - *Sezione seconda - Il sistema tedesco* 1. Cenni sul contenzioso dei contratti pubblici nel sistema tedesco e inquadramento della questione affrontata nella ricerca- 2. La legittimazione a contestare le violazioni della disciplina sui contratti pubblici (*Klagebefugnis*).

1. PREMESSA: L'EVOLUZIONE DEL CONTENZIOSO SUI CONTRATTI PUBBLICI NEL SISTEMA FRANCESE E TEDESCO

Le riflessioni svolte nel precedente capitolo consentono di affermare che l'armonizzazione compiuta dalle “direttive ricorsi” non cancella le sfumature delle discipline processuali nazionali e che l'autonomia procedurale deve essere intesa come .

Induce in tal senso la circostanza, recentemente evidenziata anche dalla Commissione UE che le suddette direttive abbiano trovato una pressoché totale attuazione da parte degli Stati membri, ma permanga comunque una forte divergenza nella loro attuazione negli ordinamenti degli Stati membri⁹⁴.

Del resto, mentre alcuni Stati hanno scelto, come noto, un “approccio minimalista”, strettamente limitando la portata delle direttive ricorsi ai contratti coperti dalle direttive contratti (sostanziali), altri ne hanno generalizzato l'applicazione a tutte le tipologie di contratti pubblici. Forti differenze nell'approccio emergono, proprio nel tema che qui interessa, ossia nelle diverse forme di attuazione che gli Stati membri hanno dato all'art. 1, par. 3, delle “direttive ricorsi” disciplinando in dissimili modi la legittimazione a ricorrere in giudizio per far valere le violazioni della normativa sui contratti pubblici.

⁹⁴ Cfr. la relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio “*concernente l'efficacia della direttiva 89/665/cee e della direttiva 92/13/cee, come modificate dalla direttiva 2007/66/ce, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*”, COM (2017) 28 Final, pubblicata il 28 gennaio 2017, in eur-lex.europa.eu.

In alcuni Stati la legittimazione processuale viene attribuita oltre che ai concorrenti della gara, a organizzazioni e enti rappresentativi escludendola invece per i cittadini-contribuenti e per i soggetti pubblici; altri attribuiscono invece speciali legittimazioni anche a soggetti pubblici statali (come il Prefetto in Francia) o ad Autorità amministrative indipendenti (come l’Autorità per i diritti dei consumatori in Danimarca e l’Autorità nazionale anticorruzione in Italia e per i profili che involgono anche la tutela della concorrenza l’Autorità garante per la concorrenza e per il mercato).

Come si preciserà meglio nei successivi capitoli, mentre l’Italia non ha inserito nel proprio ordinamento una specifica disposizione attuativa dell’art. 1, par. 3, delle direttive ricorsi, alcuni Stati membri (come Francia e Germania) hanno invece deciso, sulla scia di alcuni importanti interventi giurisprudenziali, di disciplinare specificatamente l’istituto.

Nei prossimi paragrafi ci si soffermerà su tali aspetti e, in particolare, sulla differente evoluzione del sistema del contenzioso sui contratti pubblici negli ordinamenti francese e tedesco.

L’analisi risulta di estremo interesse se si considera, come recentemente sottolineato da un autorevole studio, la profonda influenza dei due suddetti ordinamenti nella costruzione teorica del concetto di “condizioni dell’azione” nell’ordinamento italiano, e, in particolare, nell’introduzione dell’art. 100 c.p.c. (e - prima ancora, l’art. 36 del codice di procedura civile del 1865) – sulla scia della tradizione dottrinale e giurisprudenziale francese racchiusa nei celebri brocardi “*pas d’intérêt pas d’action*” o “*l’intérêt est la mesure des actions*”⁹⁵.

Diversamente dall’ordinamento italiano, in quello francese, in cui la figura dell’interesse ad agire è storicamente sorta, la regola “*pas d’intérêt pas d’action*” ha tuttavia trovato una disposizione che la contemplasse in via generale solo nel 1975, con l’art. 31 del *nouveau code de procedure civil*, (seppur dai più ritenuta “assai marginale”) secondo cui: «*L’action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d’une prétention*».

La stessa autorevole dottrina ha evidenziato che si tratta di massime sulla cui formazione ha sicuramente influito una tendenza di matrice cartesiana, sono cioè “adagi” ispirati ad un “*modello di quieta razionalità giansenista*” sicchè “*non è casuale che siano germinate nel sistema processuale francese, ossia “in quella peculiare e singolarissima atmosfera culturale*

⁹⁵ M. MARINELLI, La clausola generale dell’art. 100 c.p.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli, in Quaderni dell’Università di Trento, Litotipografia Alcione, Trento, 2005, 22, richiamando A. PROTO PISANI, *Dell’esercizio dell’azione*, op. cit., 21. Sull’influenza dell’ordinamento francese nelle origini della scienza italiana del diritto amministrativo si v. A. SANDULLI, *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in *Rivista AIC*, 2016, 3, 10.

e giusfilosofica di ispirazione cartesiana e giansenista – che caratterizza certi ambienti di “artigianato intellettuale della Francia nei tempi antecedenti le grandi codificazioni napoleoniche – fortemente contrassegnata dall’aspirazione alla ricerca della chiarezza e dell’ordine anche nell’ambito giuridico”.

La materia processuale non poteva rimanere impermeabile a questo *milieu* culturale e, viene ipotizzato, che presumibilmente proprio dalle suddette istanze prese concretamente vita l’esigenza di fare chiarezza e ordine nel processo, depurandolo da tutte le questioni che, già *prima facie*, si presentavano del tutto irrilevanti o meramente astratte.

Era, dunque, a questo principio di ragione cui, come si analizzerà *infra*, si riferiva Redenti descrivendo l’art. 100 c.p.c. come un “*criterio di ordine pratico*”, svilendone la portata sistemica additandolo come “*la quinta ruota del carro*”.

La stessa dottrina ha tuttavia evidenziato che nell’ordinamento francese la massima “*nessun interesse nessuna azione*” si risolse ben presto nell’affermazione del principio reciproco, ma non coincidente: “*appena vi ha un interesse vi ha un’azione*” con la conseguenza che la regola “*pas d’intérêt pas d’action*”, da principio di ragione e di buon senso, divenne rapidamente “*una bandiera sotto la quale veleggiano le soluzioni più disparate*”, fondante una confusione tra le categorie, tra cui la legittimazione ad agire e il merito della causa.

Dunque, dopo poco tempo e nella stessa area che ne è stata la culla, la massima “*pas d’intérêt pas d’action*” dismette le vesti del principio di ragione divenendo un *unbestimmter Rechtsbegriff*, e trovando anche nella più autorevole dottrina francese definizioni del tutto vaghe: “*ciò che l’attore ha principalmente di mira è un rimedio, un soccorso, una protezione. Il rimedio presuppone un male, il soccorso un pericolo, la pace giudiziaria un problema. L’interesse, così come la causa, stabilisce un legame tra il passato ed il futuro. Ciò che ha di mira l’attore è la cessazione di un problema. Due elementi sono necessari: l’effettività di un male e la possibilità di un rimedio. Senza interesse (senza causa), può significare senza male o senza rimedio*”.

SEZIONE I

IL SISTEMA FRANCESE

1. CENNI SULLA DISCIPLINA DEI RICORSI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI NEL SISTEMA FRANCESE E INQUADRAMENTO DELLA QUESTIONE AFFRONTATA NELLA RICERCA

Nel sistema francese la disciplina dei ricorsi nel contenzioso sui contratti pubblici⁹⁶ la preponderante componente di *puissance publique* comporta che la cognizione delle relative controversie sia completamente devoluta al *juge administratif* anche per la fase di esecuzione del contratto, il quale è tenuto all'applicazione di regole speciali (diverse da quelle di diritto privato) anche relativamente alle domande risarcitorie⁹⁷.

La trasposizione delle direttive ricorsi è rilevante per tutti i tipi di appalti pubblici sicché, sia per i “contratti amministrativi” che per quelli di diritto privato sono previsti due tipologie di procedure di ricorso il cui spartiacque è dettato dalla stipulazione del contratto: il *reféré précontractuel* e il *reféré contractuel*⁹⁸.

Come si vedrà meglio *infra*, mentre il primo si muove in una logica spiccatamente preventiva in quanto impone alla stazione appaltante di conformarsi, nel corso della procedura di gara rimuovendo la violazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza accertati giurisdizionalmente, il secondo mira, in una logica repressiva, ad ottenere dal giudice una pronuncia che dichiari la validità o meno del contratto. A seguito del recepimento della direttiva 66 nel sistema francese, un tratto comune alle due suddette modalità di ricorso consiste, come si vedrà meglio *infra*, nell'individuazione dei soggetti legittimati alla loro proposizione.

Precedentemente alla trasposizione delle direttive 66 mentre le parti del contratto potevano contestarne la validità davanti al *juge du plein contentieux*, (giudice naturale dei contratti dell'amministrazione), ai terzi (non aggiudicatari) era stato concesso, grazie all'elaborazione giurisprudenziale, una sorta di *droit de regard sur les contrats* tramite il ricorso per eccesso di potere contro gli atti gara.

⁹⁶ Per un inquadramento generale del sistema contenzioso francese in materia di contratti pubblici si v. D. CAPITANT, *L'influence du droit communautaire sur le contentieux administratif français : l'exemple des marchés publics*, in Vera Parisio (dir.), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 29 s.; Id., *La réforme du contentieux de la passation des contrats de commande publique*, in *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2009, 7, 48, 30; M. ANTONIOLI, F. CARDARELLI, *Il recepimento della direttiva 66/2207/CE nell'ordinamento francese*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Giuffrè, 2010, 226; D. POUYAUD *Le contentieux des contrats publics en Europe* *Note de bas de page, France*, in *RFDA*, 2011, 6; F. LICHÈRE, N. GABAYET, *Enforcement of the Public Procurement Rules in France*, in S. TREUMER, F. LICHÈRE (eds.) *Enforcement of EU public procurement rules*, Copenhagen, 2011, 299.

⁹⁷ Tale regola di riparto è stata cristallizzata nella legge 11 dicembre 2001 n. 267 che ha qualificato come “contratti amministrativi” tutti quelli conclusi ai sensi della normativa dettata dal *Code des marchés publics*. Tutte le procedure di gara indette ed i contratti conclusi in applicazione della normativa dettata dal Codice dei contratti sono quindi attratti nella sfera di cognizione del *juge administratif*; sono invece affidati ai tribunali civili o commerciali le controversie riguardanti contratti conclusi da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che conservano lo status di *personnes morales de droit privé* (come le società miste e gli organismi di sicurezza sociale.) i quali, seppur tenuti all'applicazione della normativa dettata dalle direttive comunitarie in tema di pubblicità e concorrenza, non sono assoggettate all'applicazione del *Code des marchés publics*.

⁹⁸ D. POUYAUD, *Le contentieux des contrats*, op. cit., 6.

Con la L. 11 dicembre 2001, n. 267 sono stati ulteriormente ampliati i poteri del giudice amministrativo, sia attraverso un adattamento degli strumenti di intervento ad esso riconosciuti alle esigenze proprie di un contenzioso destinato ad avere per oggetto il vincolo contrattuale, sia estendendo la possibilità di adire il giudice alle imprese partecipanti alla procedura di gara. La riforma in questione parte da un'esigenza avvertita dal legislatore di intervenire su un duplice aspetto di criticità del sistema di vigilanza giurisdizionale: da un lato, l'assenza di un sistema di controllo rivolto specificamente alla fase anteriore alla conclusione del contratto; dall'altro la debolezza di un sistema che non consentiva un controllo efficace sul contratto già concluso. Il diritto euro-unitario ha infine aggiunto l'ulteriore categoria dei concorrenti che lamentano di essere (o esser stati) pregiudicati della mancata conoscenza della procedura di aggiudicazione, così inserendo nel sistema una nuova "soggettività" processuale "intermedia" tra le parti e i terzi aspiranti all'aggiudicazione⁹⁹.

Nei successivi paragrafi si analizzeranno partitamente tali soggettività che, a seguito di un significativo *revirement* giurisprudenziale possono essere individuati: (i) negli offerenti "non aggiudicatari" (*concurrents évincés*); (ii) nelle parti del contratto; (ii) nei terzi rimasti totalmente "estranei" alla procedura di gara, ma interessati al contratto.

2. LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DEI "CONCURRENTS ÉVINCÉS" CONTRO GLI ATTI DI GARA. DAL *RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR* AL *RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL*

Occorre partire dall'analisi dei soggetti indicati nel precedente paragrafo *sub (i)* soffermandosi, in primo luogo, sull'analisi delle differenze tra la proposizione del *recours pour excès de pouvoir* e del *référé précontractuel*.

Prima del recepimento delle "direttive ricorsi", (nn. 89/ 655 CEE e 92/13/CEE) avvenuto con le leggi nn. 92-10 del 4 gennaio 1992 e 93-1416 del 29 dicembre 1993, l'ordinamento francese non attribuiva al *juge administratif* poteri specifici per la tutela giurisdizionale nelle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, sicché la giurisprudenza amministrativa limitava il suo sindacato alla sola legittimità degli atti amministrativi emanati dalla stazione appaltante prima della stipula del contratto.

Il Consiglio di Stato francese aveva infatti da tempo sviluppato la c.d. *théorie des actes détachables*, che affermava la legittimazione dei concorrenti non aggiudicatari ad impugnare mediante ricorso per eccesso di potere alcune tipologie di decisioni dell'amministrazione a

⁹⁹ D. POUYAUD *Le contentieux. op. e loc. ult. cit.*

prescindere dalla fase (pre o post contratto) in cui veniva instaurato il giudizio di fronte all'organo giurisdizionale¹⁰⁰.

Il suddetto sistema del contenzioso in materia di contratti pubblici era incentrato unicamente sulla proposizione del ricorso per *excès de pouvoir*, con cui il giudice amministrativo poteva spingersi a verificare la sola legittimità dell'atto amministrativo, eventualmente annullandolo (retroattivamente). Allo stesso giudice era tuttavia precluso sindacare il contratto¹⁰¹.

Con il recepimento delle suddette direttive è stato introdotto il cd. *référé précontractuel*¹⁰², disciplinato agli articoli da 551-1 a 551-12 (del CJA) e da 551-1 a 551-4 (del relativo Regolamento), inteso a prevenire la conclusione di contratti in violazione delle disposizioni in materia di pubblicità e concorrenza¹⁰³.

Anteriormente alla conclusione del contratto, l'art. 551-1, CJA, consente agli operatori, di presentare un ricorso al Presidente del Tribunale amministrativo (o a un magistrato da questi delegato) per contestare la violazione delle norme in materia di pubblicità e concorrenza, la cui notifica preclude alla stazione appaltante la stipula del contratto fino alla comunicazione della decisione giurisdizionale¹⁰⁴. A norma degli artt. 551-2 e 551-12, CJA, il giudice potrà, anche

¹⁰⁰ C.E., 4 agosto 1905, c.d. *Arrêt Martin*, in *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2007, 94.

¹⁰¹ Si potevano impugnare così gli atti amministrativi espressivi della volontà dell'amministrazione che autorizza l'organo esecutivo a concludere il contratto, ovvero gli atti di gara mediante i quali l'organo all'uopo nominato seleziona le imprese candidate, ammettendone talune ed escludendone delle altre. Pur potendo il giudice sollevare d'ufficio i c.d. *moyens d'ordre public* (riguardanti vizi essenziali che prescindono dalla domanda di parte, come l'incompetenza della p.A.), il sindacato del giudice amministrativo poteva spingersi sugli atti amministrativi, fermo restando che, il carattere "oggettivo" della giurisdizione amministrativa non consentiva un'indagine da parte dell'organo giurisdizionale in merito al fondamento delle pretese delle parti, fondate sull'esistenza o meno di un diritto di tipo soggettivo delle stesse rispetto al vincolo contrattuale e alle relative controversie in materia.

¹⁰² Con il termine *référé*, che significa letteralmente "rimettere" o "deferire", l'ordinamento francese indica un gruppo di procedure differenziate rispetto al rito ordinario e caratterizzate da un'estrema semplicità procedurale che consente, nel rispetto del contraddittorio delle parti, di dirimere in condizioni di estrema rapidità ed economicità le questioni sottoposte al giudice, sfociando in un provvedimento provvisorio che non pregiudica il merito della lite. La rapidissima "*irrésistible ascension*" del suddetto rimedio è stata giustificata dalla continua crescita del contenzioso e dal crescente favore con cui la dottrina e gli operatori hanno guardato a questa procedura, suscettibile di fornire provvedimenti rapidi e poco costosi, idonei contro la complessità e la lentezza del processo ordinario. Queste circostanze hanno costituito la fortuna nel quale l'istituto del *référé* si è esteso e sviluppato seguendo due direttrici che hanno rispettivamente interessato, l'una, la progressiva estensione della procedura a tutte le giurisdizioni in cui si articola il sistema giudiziario francese, si da avere un *référé* per ogni materia, e l'altra, il continuo accrescersi del ruolo svolto da questo procedimento, dovuto al costante ampliamento dei suoi presupposti d'applicazione che il legislatore ha attuato con interventi successivi, svincolando lentamente l'istituto dall'originaria ed imprescindibile condizione d'urgenza ed a cui ha sinergicamente contribuito la pratica giurisprudenziale.

¹⁰³ Al fine di potenziare il ruolo del giudice amministrativo sono state create quattro ipotesi di *référé précontractuel*: due fattispecie di *clivage communautaire*, rivolte rispettivamente agli appalti aggiudicati da operatori di ricerca e agli appalti riferibili ad altri settori; due fattispecie di *clivage national*, relative a appalti pubblici di diritto amministrativo e di diritto privato.

¹⁰⁴ Cfr. l'articolo L551-4 CJA, ai sensi del quale "*Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle*".

d'ufficio, sospendere o annullare le decisioni amministrative che riguardano la firma del contratto e ordinare alla stazione appaltante di porre fine alle violazioni denunciate con il ricorso¹⁰⁵.

Il procedimento è di tipo sommario e, pertanto snello e accelerato, sicché ai sensi dell'art. R. 551-1 CJA, il giudice adito mediante una procedura di *référé précontractuel* deve pronunciarsi entro venti giorni¹⁰⁶ e conformemente a quanto richiesto dalle direttive ricorsi permette di agire "in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette".

Nonostante il CJA limiti espressamente l'esperimento del *référé* per denunciare le suddette tipologie di violazioni la giurisprudenza ha interpretato estensivamente tali vizi, ricomprendendovi anche l'individuazione da parte della stazione appaltante di specifiche tecniche eccessivamente restrittive. Ciò non impedisce la stipula di contratti viziati da altre irregolarità: il giudice del *référé* infatti non controlla il rispetto delle norme sulla competenza o la valutazione dei requisiti dei candidati.

In parte ricalcando il contenuto dell'art. 1, par. 3, delle direttive ricorsi (come modificate dalla direttiva 66), il Legislatore francese ha introdotto, sia per il *référé précontractuel*, ma con una formulazione sostanzialmente analoga anche per il *référé contractuel*, una definizione dei soggetti legittimati alla proposizione del ricorso¹⁰⁷.

Possono infatti azionare sia il *référé précontractuel* che il *référé contractuel* coloro che hanno un interesse a concludere il contratto e sono suscettibili di essere lesi dal contestato inadempimento agli obblighi di pubblicità e trasparenza¹⁰⁸.

¹⁰⁵ In base alla suddetta disposizione infatti "I.-Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations".

¹⁰⁶ Termine cui è pacificamente attribuita natura "ordinatoria".

¹⁰⁷ *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise.*

¹⁰⁸ "Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise".

Ai suddetti soggetti l'art. 551-10 CJA aggiunge il rappresentante dello Stato (*i.e.* il prefetto o il ministro competente) nell'ipotesi in cui (i) il contratto debba essere concluso da una collettività o da un ente pubblico locale¹⁰⁹; (ii) siano state notificate dalla Commissione europea ragioni in base alle quali si ritiene che vi siano state gravi violazioni delle obbligazioni di pubblicità e di concorrenza¹¹⁰

Sebbene in un primo momento i maggiori poteri riconosciuti al giudice amministrativo furono ritenuti esercitabili esclusivamente con riferimento ai contratti c.d. "soprasoglia", il legislatore ha esteso l'applicazione del *référé précontractuel* ai contratti di modesto ammontare, nonché ai contratti di partenariato e ai contratti per affidare i servizi pubblici.

Ancorché il sistema francese di giustizia amministrativa sia improntato ad una tutela marcatamente si stampo "oggettivo" (improntato cioè alla tutela della legalità dell'azione amministrativa piuttosto che alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive lese dalla condotta della pubblica amministrazione), le richiamate disposizioni del CJA ancorano la legittimazione a ricorrere all'esistenza di un interesse concreto e personale del soggetto che chiede tutela, forgiando, come è stato osservato, "*il référé précontractuel sostanzialmente come strumento di giurisdizione amministrativa soggettiva*"¹¹¹.

Dopo alcune oscillazioni giurisprudenziali¹¹², tale impostazione ha trovato conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che nel 2008, nel caso Smirgeomes, ha evidenziato l'obbligo per il giudice del *reféré précontractuel*, di indagare sulla componente "lesiva" della

¹⁰⁹ A seguito della decentralizzazione 1982 è stato riconosciuto al Prefetto il potere di impugnare gli atti delle collettività locali senza dover dimostrare il proprio interesse, rappresenta l'interesse pubblico. L'art. R551-3 CJA, ai sensi del quale "*Dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article L. 551-10, l'Etat est représenté par le préfet lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une collectivité territoriale, par un établissement public local ou par une personne morale de droit privé pour le compte de l'une de ces personnes publiques. Lorsqu'il s'agit d'autres contrats, il est représenté par le ministre compétent*". A partire dal 2014 anche i Consigli regionali hanno diritto a contestare gli atti dell'esecutivo senza alcuna verifica sul loro interesse ad agire.

Si tratta di due esempi particolari e eccezionali che esulano dall'ambito proprio del contenzioso contrattuale.

¹¹⁰ Ai sensi dell'art. 9 dell'ordinanza 515/2009, n tale seconda ipotesi, se il *reféré précontractuel* si svolge dinanzi al giudice civile il soggetto legittimato sarà invece il Pubblico Ministero.

¹¹¹ M. GIAVAZZI,

¹¹² Secondo l'interpretazione tradizionale del *référé précontractuel*, l'interesse ad agire era, per consolidata prassi interpretativa (quantunque non per disposto di legge), del tutto disgiunto dalla rappresentazione di una concreta lesione in pregiudizio della sfera giuridica di chi ricorreva all'autorità giudiziaria. La giurisprudenza amministrativa aveva interpretato l'art. L.551-1 CJA nel senso che «*l'intérêt s'apprécie donc au vu de deux conditions, l'une "objective", tenant à ce que l'entreprise était candidate à l'attribution du marché, l'autre "subjective" tenant à ce que le candidat été effectivement lésé par le manquement qu'il invoque ... une telle rédaction était sans doute par trop contraire au principe de la procédure contentieuse administrative française selon lequel l'intérêt pour agir s'apprécie par rapport aux conclusions et non par rapport aux moyens ... Ainsi si la condition "objective" est remplie, la condition "subjective" l'est également: l'intérêt pour agir est constitué des lors que l'entreprise est candidate (...)*». precisando che "*une entreprise candidate à l'attribution d'un marché et, par suite, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment*".

violazione fatta valere dal concorrente¹¹³ con riguardo “*au stade de la procédure auquel ils [les manquements] se rapportent ...*”.

2.1. IL RICORSO DEL *CONCURRENT ÉVINCÉ* CONTRO IL CONTRATTO

Nel precedente paragrafo si è visto che con il procedimento dinanzi al *référé précontractuel* gli operatori economici interessati possono contestare esclusivamente gli atti amministrativi precedenti alla stipula del contratto, sicché dopo la stipula la legittimazione al ricorso è preclusa dall’estraneità al contratto.

Nella delimitazione dei soggetti legittimati a proporre ricorso, la giurisprudenza del *Conseil d’État* a partire dall’*Arrêt Martin*, del 1905 si basava, come visto, sul principio secondo cui la possibilità di proporre ricorso da parte dei terzi estranei alla procedura di gara era preclusa dalla loro estraneità al contratto.

Le imprese, seppur interessate al contratto, potevano, pertanto, impugnare solo gli atti amministrativi adottati nel corso della procedura ad evidenza pubblica al fine di ottenerne l’annullamento e chiedere al giudice amministrativo di ordinare all’Amministrazione di riesaminare il contratto e, successivamente, instaurare un secondo giudizio per chiedere l’annullamento del contratto.

In deroga alla suddetta procedura il legislatore e la giurisprudenza amministrativa avevano riconosciuto ad un soggetto terzo, (il Prefetto), in qualità di rappresentante dello Stato, la possibilità di rivolgersi al giudice amministrativo rispettivamente per la verifica della *légalité* del contratto concluso da un’amministrazione locale e per l’annullamento di alcune clausole del contratto.

Per bilanciare tale limitazione la giurisprudenza amministrativa ha tuttavia allargato le maglie del ricorso per *exces de pouvoir* non solo agli atti unilaterali che precedono il contratto (cd. *actes préalables*, come ad. esempio la deliberazione del consiglio municipale che autorizza il sindaco a stipulare il contratto; la decisione del sindaco di concludere il contratto, o anche

¹¹³ Il Consiglio di Stato ha infatti affermato che “*Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements; qu'il appartient des lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse au motif que le syndicat aurait indiqué à tort dans les avis d'appel public à la concurrence que le marché était couvert par l'Accord sur les marchés publics, sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était susceptible d'avoir lésé ou risquait de léser la société Passenaud Recyclage, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office; qu'il en résulte que le Smirgeomes est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a prononcé l'annulation de la procédure de passation du marché*”.

impliciti) ma facendo rientrare all'interno della categoria dell'*acte détachable* anche quelli successivi alla stipula del contratto.

Autorevole dottrina che, non a caso, ha descritto il fenomeno come un momento di forte "*liberalisme de la jurisprudence*" non ha mancato di evidenziare che a tale ampliamento si è parallelamente affiancato un'estensione, da parte della stessa giurisprudenza, dell'interesse a ricorrere.

L'annullamento dell'atto unilaterale non provoca, comunque, l'annullamento del contratto: era tuttavia possibile intentare innanzi al giudice amministrativo una domanda per ordinare all'amministrazione contrattante di rimettere in causa il contratto e poi ricorrere al giudice competente a giudicare sulla legittimità del contratto affinché lo annullasse.

La dottrina, pur riconoscendo come il suddetto orientamento fosse fortemente rispettoso delle categorie (e in particolare della "forza del contratto") ne evidenziava tuttavia l'inutilità pratica in quanto il ricorso ancorché accolto, non produceva effetti nella sfera del ricorrente, in quanto il contratto rimaneva intatto¹¹⁴.

La giurisprudenza aveva quindi creato una netta divisione del contenzioso amministrativo sui contratti pubblici in due blocchi non comunicanti: da una parte i ricorsi (per *excès de pouvoir*) incardinati dai terzi "non aggiudicatari", dall'altra quelli (di *pleine juridiction*) delle parti del contratto¹¹⁵.

Nel 2007, a seguito della pubblicazione della direttiva 66, il suddetto sistema viene totalmente stravolto da una fondamentale pronuncia del Consiglio di Stato (comunemente conosciuto come "*Arrêt Tropic*"¹¹⁶) che, gettando come si vedrà *infra* le basi per l'introduzione nell'ordinamento francese dell'istituto del *référé contractuel*, ha ammesso, per la prima volta, la possibilità per tutti i "concorrenti" non aggiudicatari (*candidats évincés*) di impugnare

¹¹⁴ La dottrina ha significativamente qualificato tale effetto "*platonique pour le tiers*".

¹¹⁵ Con il *recours de plein contentieux* le parti possono adire il giudice affinché verifichi la contrarietà a legge del contratto stipulato per motivi attinenti all'incompetenza dell'amministrazione stipulante, ovvero ad irregolarità della procedura di affidamento, o ancora all'illiceità di alcune clausole contrattuali. Rimane, dunque, uno strumento che la dottrina e la giurisprudenza francesi definiscono "de légalité objective", essendo precluso al giudice di indagare in merito alla corretta applicazione da parte dei contraenti del contenuto del contratto stesso. (B) L'interesse a invocare motivi che consentano di caducare il contratto. Nel ricorso di piena giurisdizione può essere fatto valere ogni tipo di vizio, mentre nel ricorso per *excès de pouvoir* si possono far valere solo i vizi di legittimità. Il primo è soggettivo il secondo è quindi un giudizio oggettivo. La giurisprudenza ha in più occasioni affermato che "Il terzo in qualità di concorrente non aggiudicatario non può invocare che dei vizi/motivi che si pongono in rapporto diretto con l'interesse leso che esso fa valere" (3 giugno 2008). Il terzo può invocare solo i motivi che si pongono in rapporto diretto con l'interesse che lo stesso può far valere contro il contratto. Il giudice può sollevare d'ufficio i c.d. *moyens d'ordre public*: riguardano vizi essenziali che prescindono dalla domanda di parte: ad es. l'incompetenza della p.A.. È un vizio radicale e se viene introdotto in giudizio dalla parte non richiede una verifica peculiare del collegamento tra il mezzo di ricorso e l'interesse che si assume leso

¹¹⁶ C.E, 16 luglio 2007, "*Société Tropic Travaux Signalisation*", Lebon, 360, concl. Casas; AJDA 2007. 1577, con nota di D. CAPITANT, *Simplification des recours contre les contrats administratifs, Note sous CE 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 10, 2500.

dinanzi al giudice amministrativo tutti quei contratti amministrativi la cui conclusione è prodromica una “*procédure de mise en concurrence*”, o singole dello stesso.

Per la prima volta viene riconosciuta la legittimazione ai concorrenti della gara, non solo di impugnare un contratto di cui non sono parte, ma di farlo con un *recours de plein contentieux* e non (solo) per eccesso di potere.

Nella richiamata sentenza si precisa che tale strumento è utilizzabile solo da parte dei concorrenti alla gara non aggiudicatari rimanendo precluso alle imprese “terze” non partecipanti alla procedura, cui rimane la (sola) possibilità di promuovere un giudizio, prima della stipula del contratto, per l’annullamento dell’*acte détachable*.

Con riferimento alle modalità concrete attraverso cui il giudice può intervenire per porre rimedio alle illegittimità proprie dell’operato dell’amministrazione, la giurisprudenza in esame ha elaborato una serie di misure per così dire flessibili, rimesse all’autonoma valutazione del giudice.

In particolare, questi potrà risolvere il contratto, modificarne alcune delle clausole, ordinare all’amministrazione di apportare le correzioni necessarie al contratto in questione, valutare la necessità di riconoscere il diritto all’indennizzo.

Come è stato evidenziato, sulla decisione *Tropic* ha indubbiamente influito oltre la pubblicazione della direttiva 66 anche la complessità del contenzioso in materia di contratti pubblici il cui sistema di tutela veniva percepito come insufficiente, e l’esaurimento della teoria degli *actes detachables*

Una recente sentenza del Consiglio di Stato ha chiarito che la soprarichiamata giurisprudenza Smirgeomes non si applica al “*recours en contestation de la validité d'un contrat*”, riguardo al quale, “*Pour statuer sur la recevabilité d'un tel recours et des conclusions indemnitaires susceptibles de l'accompagner, il appartient au juge du contrat d'apprécier si le requérant peut être regardé comme un concurrent évincé. Cette qualité de concurrent évincé est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable*”.

Così che anche l’impresa che non ha partecipato alla procedura di evidenza pubblica o che ha presentato un’offerta irregolare può, comunque, reagire alla violazione delle norme sull’evidenza pubblica aggredendo direttamente il contratto che si è concluso illegalmente.

La dottrina ha evidenziato che la restrizione alla legittimazione a ricorrere effettuata dall’arrêt Smirgeomes è compensata, sul fronte dell’effettività, dal “*recours Tropic*”.

In sede di ricorso, per il quale è posto un termine di decadenza di due mesi, è, altresì, possibile per la parte presentare un'istanza di sospensione al fine di ottenere l'immediata ripresa delle relazioni contrattuali. Nel valutare la legittimità della misura di risoluzione nonché la possibilità di concedere, in via cautelare, la ripresa dei rapporti negoziali, il giudice deve ad ogni modo verificare che una decisione in tal senso non sia contraria all'interesse pubblico né eccessivamente lesiva di eventuali diritti sorti in capo a terzi, quale ad esempio la parte contraente di un nuovo contratto concluso a seguito della risoluzione del contratto precedente. Inoltre, riconosciuta la fondatezza della pretesa, il giudice può altresì valutare l'opportunità di condannare la parte resistente a risarcire la propria controparte per i danni subiti a causa della mancata esecuzione del contratto nel periodo di tempo trascorso tra la risoluzione del vincolo e la ripresa dell'esecuzione ordinata in sede giurisdizionale.

Con la richiamate sentenze *Société Tropic* del 2007 la giurisprudenza amministrativa ha esteso la legittimazione delle imprese partecipanti (ma non aggiudicatarie) a ricorrere al giudice amministrativo, quale giudice del contratto, per ottenerne l'annullamento nonché per l'emanazione di sentenze dirette a intervenire nella maniera più adeguata sulla regolazione del rapporto negoziale.

Il suddetto *revirement*, accolto dalla dottrina come vera e propria rivoluzione, consente al terzo di contestare direttamente un contratto di cui non è parte con uno strumento che non era più il tradizionale ricorso per *excès de pouvoir* (di carattere oggettivo), ma con il ricorso di *pleine juridiction* (di carattere soggettivo), che richiede una verifica sulla legittimazione e che consente, a certe condizioni, di equiparare le possibilità del terzo a quelle delle parti del contratto.

Il contenzioso di *pleine juridiction* consente al giudice di adottare una pluralità di pronunce:

(i) rigetto del ricorso;

(ii) annullamento del contratto – soluzione estrema;

(iii) di regola il giudice cerca di salvare il contratto valutando e bilanciando gli interessi contrapposti nel giudizio (del ricorrente e delle parti del contratto), l'interesse (oggettivo) alla legalità e l'interesse a garantire il rispetto di regole la cui violazione non può essere ammessa.

Il giudice, in funzione degli interessi in causa, può decidere che il contratto continuerà a produrre effetti sino a una certa data; può ordinare alla p.A. di svolgere una regolarizzazione del contratto, svolgendo delle procedure che garantiscano la legittimità e solidità del contratto; può condannare al risarcimento del danno in favore del ricorrente o di una delle parti del contratto se l'illegittimità non è stata da questa comportata.

Il riferito, radicale, cambiamento ha trovato una successiva conferma e una ulteriore “storia” evoluzione in una pronuncia del 4 aprile 2014 (*Département de Tarn et Garonne*) in cui il *Conseil d’Etat* ha riconosciuto per la prima volta a tutti i terzi che dimostrino di essere titolari di un “*intérêt lésé par un contrat administratif*” la possibilità di adire il giudice amministrativo al fine di contestare la validità del contratto.

La suddetta pronuncia tuttavia non riconosce una legittimazione generalizzata a tutte le imprese non partecipanti alla gara né consente di far valere qualsiasi violazione afferente al contratto, ma si limita a estenderla solo ad alcuni soggetti terzi rispetto alla procedura affinché possano ottenere una pronuncia in grado di invalidare il contratto con riferimento ad alcune violazioni caratterizzate dalla particolare gravità.

La richiamata giurisprudenza precisa che affinché sia riconosciuta la legittimazione a ricorrere ad un “terzo” occorre la dimostrazione circa l’esistenza di una lesione diretta e certa dei suoi interessi. Accertata la sussistenza di una lesione, anche potenziale, il giudice può decidere, a seconda della gravità del vizio che inficia la regolarità del contratto, di adottare una pronuncia favorevole alla prosecuzione dell’esecuzione del contratto ovvero indicare alle parti le modalità per la regolarizzazione del negozio.

Nelle ipotesi più gravi, in cui l’irregolarità non possa essere colmata attraverso un intervento finalizzato alla regolarizzazione del contratto e sempre che non vi sia un pregiudizio eccessivo per l’interesse generale, il giudice può optare per la risoluzione del vincolo negoziale o ancora per l’annullamento retroattivo totale o parziale dello stesso. Quest’ultima ipotesi, secondo la giurisprudenza, deve essere valutata dal giudice come *extrema ratio*, cui ricorrere solo in caso di contenuto illecito del contratto o vizio di assoluta gravità.

La stessa sentenza ha inoltre limitato temporalmente gli effetti della regola da essa enunciata precisando l’estensione della legittimazione riguarda le imprese terze rispetto alla procedura di gara solo ed esclusivamente con riferimento ai contratti stipulati in seguito all’emanazione di tale decisione (quindi dal 4 aprile 2014)¹¹⁷.

Il principio affermato nel 2014 è stato successivamente confermato e precisato dalla giurisprudenza successiva che si è in particolare soffermata sulla definizione di interesse “certo e diretto”.

¹¹⁷ Per quanto riguarda i contratti stipulati anteriormente a tale data, tali soggetti potranno esclusivamente adire il giudice amministrativo mediante esperimento del ricorso contro “les actes détachables”, attraverso il quale, come si è già detto, sarà loro possibile ottenere, in caso di accoglimento della domanda, una pronuncia che verifichi l’illegittimità dell’atto a monte della stipulazione contrattuale, senza che da ciò derivi alcuna conseguenza sul rapporto sorto a valle.

In particolare nell'*Arrêt Region Reunion* il *Conseil d'État* ha accolto il ricorso proposto da un'impresa non partecipante alla gara (nonostante il bando non le precludesse) sulla base del fatto che l'offerta di uno dei candidati era fondata sulla tecnologia fornita dalla stessa ricorrente. Uno dei concorrenti della procedura aveva infatti presentato un'offerta che utilizzava la tecnologia della società ricorrente, sicché il Collegio ha affermato che l'interesse della ricorrente fosse leso in modo "sufficientemente diretto e certo" tanto da renderla legittimata alla proposizione del ricorso contro l'aggiudicazione¹¹⁸.

Più recentemente, nell'*Arrêt Ministre des affaires sociales*, del 2 giugno 2016, il *Conseil d'État* ha evidenziato che anche nell'ipotesi in cui ad agire in giudizio sia un soggetto pubblico quest'ultimo "*comme à tout tiers, de démontrer qu'elle a été lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses d'un tel marché pour en contester la validité ou demander la suspension de l'exécution de ce marché*"¹¹⁹.

¹¹⁸ CE, 14 ottobre 2015, n. 391183, cfr. in particolare il pt. 5. dove viene precisato che: "*Considérant que si la société requérante n'est pas un concurrent dont la candidature ou l'offre a été rejetée ou qui aurait été empêché de présenter sa candidature, et si en sa seule qualité de société susceptible d'intervenir en qualité de sous-traitante, elle ne justifie pas d'un intérêt lésé pouvant la rendre recevable à contester la validité du contrat en cause, il ressort des pièces du marché que l'offre d'un des groupements candidats reposait sur la technologie que fournit cette société; que, dans ces conditions, elle justifie être lésée par la conclusion du contrat litigieux de manière suffisamment directe et certaine pour être recevable à en demander l'annulation ainsi que la suspension*".

¹¹⁹ Occorre preliminarmente precisare che nel sistema francese alcuni contratti conclusi dagli ospedali in materia sanitaria sono soggetti al controllo delle Agenzie regionali sanitarie. Queste ultime tuttavia non godono di un potere di legittimazione generalizzata e, al di fuori dell'ambito di controllo che gli è attribuito per legge, devono dimostrare il proprio interesse diretto e certo per contestare un contratto. Al pt. 6 della richiamata pronuncia viene infatti precisato che "*Considérant, en deuxième lieu, que le législateur a, par la loi du 21 juillet 2009, créé dans chaque région et dans la collectivité territoriale de Corse, une agence régionale de santé, établissement public de l'Etat, qui s'est substituée à divers services déconcentrés et organes préexistants, dont les agences régionales de l'hospitalisation, afin de mettre en oeuvre la politique nationale de santé, de réguler, d'orienter et d'organiser l'offre de services de santé, de soins et de services médicaux-sociaux et de garantir l'efficacité du système de santé à l'échelle régionale et infrarégionale; que, dans ce cadre, le législateur a confié aux agences régionales de santé, dans les conditions définies notamment aux articles L. 1431-2 et L. 6145-1 et suivants du code de la santé publique, une mission de financement et de contrôle budgétaire et financier des établissements publics de santé, ainsi que la responsabilité de conclure avec eux des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens et d'en assurer le suivi, compétences jusqu'alors dévolues aux agences régionales de l'hospitalisation; que le directeur général de l'agence peut ainsi demander à un établissement public de santé, en vertu de l'article L. 6143-3 du même code, de présenter un plan de redressement lorsque sa situation financière le justifie et, dans certaines conditions, décider, en vertu de l'article L. 6143-3-1 du même code, du placement de l'établissement sous administration provisoire; que le législateur a également confié à l'agence, en vertu de l'article L. 1431-2 de ce code, le soin de contrôler la création et les activités des établissements de santé; que le directeur général de l'agence siège ainsi avec voix consultative au sein du conseil de surveillance des établissements publics de santé en application de l'article L. 6143-5 du même code; que l'article L. 6143-4 du code de la santé publique définit les actes des organes dirigeants des établissements publics de santé auxquels le directeur général de l'agence peut s'opposer dans certains délais, ceux qu'il peut déférer au tribunal administratif s'il les estime contraires à la légalité ainsi que ceux qu'il doit expressément approuver; que si les actes par lesquels le directeur d'un établissement public de santé conclut, en concertation avec le directoire, les délégations de service public, les contrats de partenariat, les baux emphytéotiques ou certaines conventions de location sont au nombre des actes qui peuvent être déferés par le directeur général au tribunal administratif, il ressort, en revanche, des modifications introduites sur ce point par la loi du 21 juillet 2009, par notamment à ses articles 10 et 21, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu ne pas soumettre à ce contrôle les actes relatifs aux autres contrats administratifs et notamment aux marchés publics passés par ces établissements, alors qu'ils pouvaient l'être auparavant par le préfet en vertu de l'ancien article L. 6145-6 du même code; que le législateur a ainsi entendu définir les modalités*

2.2. IL RICORSO DEL “TERZO” PER CONTESTARE LA VALIDITÀ DEL CONTRATTO (*LES RECOURS OUVERTS AUX TIERS*)

Come visto, gli strumenti a disposizione degli operatori sono molteplici¹²⁰.

Gli offerenti esclusi dalla gara possono proporre un ricorso *de plein contentieux* (recours Tropic), per contestare la validità del contratto entro due mesi dal compimento delle misure che ne hanno dato pubblicità.

D'altra parte a partire dal 2009 è stato introdotto il *référé contractuel* che a differenza del primo è a cognizione sommaria, ha un ambito di cognizione più ampio (riguardando sia i contratti di diritto amministrativo che di diritto privato) e in ragione della peculiarità dei più vizi che possono essere fatti valere (violazione degli obblighi di pubblicità e concorrenza) può essere proposto entro 6 mesi dalla stipula del contratto

Mentre il *recours Tropic*, come visto, può essere proposto dai concorrenti “non aggiudicatari” ancorché partecipanti, il *référé contractuel* può essere invece proposto da tutti coloro che abbiano un interesse a concludere il contratto e che sono suscettibili di essere lesi dall'invocato inadempimento agli obblighi di pubblicità e trasparenza.

In base alla suddetta distinzione cambiano anche i poteri del giudice sul contratto: mentre nell'ambito del *recours Tropic* l'*annullamento del contratto è subordinato alla verifica che* Sulla base di ciò, spetterà al giudice amministrativo verificare in primo luogo che la parte che ha introdotto il giudizio sia “*recevable à le faire*”, ossia ne abbia la legittimazione.

Una tale verifica non comporta solamente l'accertamento circa la corrispondenza del ricorrente con la parte contraente; è difatti necessario, altresì, che questi non sia l'autore dell'irregolarità che si fa valere in giudizio. L'esigenza di legalità delle relazioni contrattuali impone, secondo la giurisprudenza citata, che colui che agisce in giudizio per ottenere l'accoglimento di una propria pretesa processuale, a seguito del quale potrebbe discendere

d'exercice par l'agence régionale de santé de son contrôle sur les actes des établissements publics de santé de son ressort, sans inclure notamment celui des marchés publics ; qu'il suit de là qu'une agence régionale de santé ne peut, en cette seule qualité, être regardée comme justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour demander au juge administratif d'annuler ou de suspendre un marché public ; qu'il lui appartient, au contraire, comme à tout tiers, de démontrer qu'elle a été lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses d'un tel marché pour en contester la validité ou demander la suspension de l'exécution de ce marché ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Clermont-Ferrand n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier dont il était saisi en rejetant comme irrecevable la demande présentée par l'agence régionale de santé d'Auvergne sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, au motif que cette dernière ne démontrerait pas avoir été lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du marché en cause et de son avenant”.

¹²⁰ L. IDOT, *Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations - Aspects du droit français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, 3, 748.

un mutamento della posizione giuridica in termini allo stesso favorevoli, non sia egli stesso causa dell'irregolarità rispetto alla quale si chiede il ripristino della legalità.

Quanto, nello specifico, ai diversi meccanismi di intervento di cui risulta titolare il potere giurisdizionale, questi può, una volta verificata la sussistenza delle condizioni dell'azione e a seconda della gravità dell'infrazione, ordinare la prosecuzione dell'esecuzione del contratto anche se viziato da irregolarità, indicando nel caso misure di regolarizzazione del vincolo negoziale, ovvero stabilire un termine a partire dal quale sarà differita la risoluzione del rapporto contrattuale, purché non ne derivi un pregiudizio eccessivo all'interesse pubblico.

Nel caso in cui, invece, l'illegittimità del contratto sia dovuta al carattere illecito del contenuto dello stesso, ovvero ad un vizio di particolare gravità riguardante la formazione del consenso delle parti, è consentito al *juge administratif* pronunciare l'annullamento in via retroattiva del contratto. Nella diversa ipotesi in cui il giudice sia adito da una delle parti per questioni attinenti all'esecuzione del rapporto contrattuale, come ad esempio qualora un contraente agisca in giudizio per ottenere un risarcimento legato al pregiudizio subito per l'inadempimento della controparte alle proprie obbligazioni contrattuali, spetta al giudice risolvere la controversia su un piano per così dire contrattuale, ossia mediante valutazione del comportamento delle parti in base alle statuizioni del contratto, lasciando tuttavia in essere il vincolo negoziale. Diversamente se l'irregolarità denunciata attiene ad una di quelle violazioni di particolare gravità di cui sopra (carattere illecito del contenuto del contratto ovvero vizio invalidante il consenso delle parti), al giudice non rimane altra alternativa che ordinare lo scioglimento del contratto stesso e risolvere la controversia su un piano definito dalla giurisprudenza francese "extracontrattuale", perché riguardante l'assetto di interessi delle parti a seguito della caducazione del vincolo.

2.3. IL RICORSO DELLE PARTI CONTRO IL CONTRATTO (*LES RECOURS OUVERTS AUX CONTRACTANTS*)

Le parti con cui la stazione appaltante ha sottoscritto un contratto hanno a disposizione tanto gli strumenti civilistici che pubblicistici. Alle tradizionali azione di nullità con le sentenze

*Béziers I*¹²¹ e *Béziers II*¹²² il *Conseil d'Etat* ha affermato la possibilità per la parte del contratto di agire in giudizio mediante un ricorso *de plein contentieux* per ottenere, rispettivamente, una sorta di “annullamento” (eventualmente a geometrie variabili dello stesso) o della misura di risoluzione del vincolo negoziale, con contestuale ripresa del normale svolgimento del rapporto sorto dal contratto.

La sentenza *Commune de Béziers* ha profondamente rinnovato questo appello trasformandolo in un'azione che mette in discussione la validità del contratto. È stato largamente ispirato al ricorso che il *Conseil d'État* aveva creato per i concorrenti che furono estromessi nella sentenza *Tropic Travaux*, a sua volta ispirata dal giudizio dell'Istituto di ricerca per lo sviluppo sulle

¹²¹ CE, 28 dicembre 2009, n. 304802, “*Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ; Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel*”.

¹²² CE, 21 marzo 2011, n. 304806, “*Considérant que le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité ; que, toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles ; qu'elle doit exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation ; que de telles conclusions peuvent être assorties d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises ; Sur l'office du juge du contrat saisi d'un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles : Considérant qu'il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité ; que, dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles ; Considérant que, pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse*”.

conseguenze da trarre da la cancellazione di un atto staccabile. Il punto comune è che ora sembra che la sanzione dell'illegalità non sia più necessariamente la scomparsa del contratto. Il giudice deve modulare la penalità in base alla sua importanza e alle sue conseguenze, verificando in anticipo che le parti non si avvalgano di irregolarità che comprometterebbero la lealtà dei rapporti contrattuali. In particolare, un appaltatore non poteva invocare un'irregolarità che ha provocato volontariamente. Il giudice esamina quindi la natura dell'irregolarità tenendo conto dell'obiettivo di stabilità dei rapporti contrattuali e deve far scomparire il contratto solo se l'interesse generale non si oppone. Alla fine di questa valutazione, ha la possibilità di scegliere tra diverse possibilità. Può, nonostante l'illegittimità, consentire la continuazione dell'esecuzione del contratto (la sentenza non menziona la possibilità di indennità compensativa) prescrivendo, se necessario, le misure di regolarizzazione che possono essere dell'ente pubblico o risultato di un accordo tra i contraenti. Può anche risolvere il contratto, se l'interesse generale non lo preclude, cancellandolo per il futuro o cancellandolo con Footnote (7) con, in linea di principio, un effetto retroattivo. Ma la cancellazione è ormai riservata alle irregolarità più rilevanti: illegittimità del contenuto del contratto o "difetto di una particolare gravità relativa alle condizioni in cui le parti hanno dato il loro consenso". Il "particolare" offre un'ampia libertà al giudice che potrebbe considerare in un caso specifico che un difetto procedurale, ad esempio, giustifica la scomparsa del contratto. Inoltre, il giudice può automaticamente sollevare questa irregolarità. In precedenza si è ritenuto che tutte le illegalità nel contratto fossero di natura pubblica. D'ora in poi solo i più seri, quelli che possono portare alla cancellazione, possono essere sollevati automaticamente dal giudice del contratto. Se una parte lo richiede, quando il giudice ritiene che l'irregolarità sia tale da giustificare la cancellazione e che vi sia urgenza, può sospendere l'esecuzione del contratto. La sostituzione della sanzione di annullamento a quella di nullità consente di applicare le disposizioni dell'articolo L. 521-2 del codice di giustizia amministrativa.

SEZIONE SECONDA

IL SISTEMA TEDESCO

1. CENNI SUL CONTENZIOSO DEI CONTRATTI DEI CONTRATTI PUBBLICI NEL SISTEMA TEDESCO E INQUADRAMENTO DELLA QUESTIONE AFFRONTATA NELLA RICERCA

A differenza dell'ordinamento francese e, come si vedrà, di quello italiano, il sistema tedesco distingue nettamente la normativa applicabile ai contratti di rilevanza comunitaria, disciplinati dalla legge in materia di restrizioni alla concorrenza Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – (GWB), oggetto delle direttive sostanziali e quelli “sotto-

soglia”¹²³. Il doppio regime è frutto scelta effettuata a monte dal legislatore tedesco di procedere ad una trasposizione solo minimale del diritto europeo (cd. “approccio minimalista”, “Eins-zu-Eins-Umsetzung”), come previsto anche dall’accordo di coalizione del governo in carica¹²⁴.

Il diritto degli appalti sotto-soglia è inserito nella normativa di bilancio (Haushaltsvergaberecht) contenuta nell’ordinamento di bilancio federale e dei Länder (Bundeshaushaltsordnung) che rinvia alle norme tecniche VOB/A e VOL/A.

Lo scopo di tali disciplina “alleggerita” è consentire allo Stato e agli enti pubblici di reperire beni e servizi sul mercato alle condizioni più favorevoli. Le procedure di riesame sono affidate ad appositi organi di controllo (Nachprüfungsstellen) e le relative controversie sono devolute al giudice ordinario¹²⁵.

La concezione degli appalti sotto soglia come “fenomeni di massa” ne giustifica una forma minore di tutela peraltro ritenuta compatibile con i principi costituzionali¹²⁶, rispetto a quella accordata in presenza di atti autoritativi della pubblica amministrazione, sicché viene privilegiata la celerità dello svolgimento degli appalti rispetto alla tutela di posizioni individuali. In tali ipotesi la normativa “light” prevista dal diritto tedesco è considerata preferibile, perché più flessibile e spedita. L’interesse dell’amministrazione e del mondo

¹²³ Per una ricostruzione del sistema delle tutele in materia di contratti pubblici in Germania si v. M.P. SINGH, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin-Heidelberg, 2001; U. STELKENS, *Administrative Appeals in Germany*, in D.C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.) *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg, 2014; M. BURGI, *EU procurement rules – a report about the German remedies system*, in S. TREUMER, F. LICHÈRE (eds.) *Enforcement of EU public procurement rules*, Copenhagen, 2011; H. SCHRÖDER, U. STELKENS, *Le contentieux des contrats publics en Allemagne*, in *Rev. franç. de droit adm.*, 16 ss. D. SORACE, *I Giudici di Berlino, tutele differenziate e l’equo processo*, in *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, a cura dello stesso A., Firenze University Press, 2009, F. CORTESE, F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell’ordinamento tedesco*, in *Il recepimento delle direttive ricorsi a cura di G. GRECO*, op. cit., 262; O. MALLMANN, *Investigation of facts*, op.cit.; R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello*, Padova, 1996, p. 261; P. M. HUBER, *L’europizzazione del settore degli appalti pubblici in Germania*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003; E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 711.

¹²⁴ V. R. CARANTA, *Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?*, in S. TREUMER, F. LICHÈRE (eds.) *Enforcement of EU public procurement rules*, Copenhagen, 2011, secondo cui questo approccio “is grounded on what appears to be an outmoded approach to EU law which is still based on international law concepts. This basically intergovernmentalist attitude pretends that the scope of EU law is confined to what the Member States – the Herren des Vertrags – have expressly agreed upon in the Council when passing the directives. At a general level, this attitude was defeated already fifty years ago in the seminal constitutional rulings van Gend & Loos which dispelled the initial reconstruction of the (then) EEC”.

¹²⁵ Il Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*) nella sentenza BverwG 6 B 10.07 del 2 maggio 2007, in www.bverwg.de, ha affermato che le controversie sull’aggiudicazione degli appalti sotto soglia, ai quali non si applicano le disposizioni dei §§ 97 della GWB, sono devolute all’autorità giudiziaria ordinaria.

¹²⁶ Come sottolineato da F. CORTESE, F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell’ordinamento op. cit.*, 263, nell’ambito degli appalti sotto-soglia non vi sono garanzie giurisdizionali speciali e l’amministrazione è parificata a qualsiasi soggetto privato.

economico alla celerità e alla stabilità dell'aggiudicazione viene considerato prevalente rispetto all'interesse del concorrente non aggiudicatario a ottenere soddisfazione. Possono però insorgere difficoltà in relazione di appalti prossimi alla soglia europea in caso di incertezza sul regime applicabile. Anche per il contratto sotto-soglia che abbia "rilevanza per il mercato interno" trovano comunque applicazione le libertà fondamentali e in particolare il principio della libera concorrenza, della trasparenza e della non discriminazione in base alla nazionalità. Ciò presuppone la della commessa.

Sopra la soglia comunitaria le direttive europee sono state trasposte nella Legge contro le restrizioni della concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB¹²⁷). La suddetta normativa viene ricondotta al "diritto degli appalti inerente ai cartelli" (Kartellvergaberecht).

La normativa in materia di appalti si compone unicamente di norme che riguardano l'attività dell'amministrazione, l'unico atto avente rilevanza esterna è rappresentato dalla stipula del contratto, disciplinata dal diritto privato.

La dottrina da tempo evidenzia la riluttanza della Germania nell'applicazione del diritto europeo in materia di contratti pubblici¹²⁸, riscontrandovi una forte componente "purista" tendente a tener separate le categorie del diritto pubblico e del diritto privato, e a salvaguardare il dogma dell'intangibilità del contratto. La legislazione tedesca in materia di appalti pubblici a differenza del descritto sistema francese non conosce infatti la figura del "contratto amministrativo" né la teoria degli *actes détachables*, ma si fonda principalmente sul dogma dell'intangibilità del contratto (di diritto privato) sicché: (i) l'aggiudicazione di un appalto (*Zuschlag*) al candidato vincitore e la conclusione del relativo contratto avviene con un unico atto, distinto dalla "decisione di aggiudicazione" comunicata ai concorrenti non selezionati ai sensi dell'art. 2-bis, secondo comma, delle direttive ricorsi¹²⁹; (ii) la violazione della normativa sugli appalti pubblici non ha, in linea di principio, alcuna conseguenza sulla validità del

¹²⁷ Per i contratti di rilevanza comunitaria il sistema normativo interno è pertanto composto dalla Legge contro le restrizioni della concorrenza (GBW), dal regolamento (VgV) e dalle norme tecniche (VOB/A, VOL/A). Con riferimento a queste ultime si tratta di un sistema "a cassette" in cui i VOB/A "paragrafi base" sono applicabili a tutti gli appalti, sopra e sotto la soglia comunitaria e i VOB/B sono norme applicabili solo ai contratti di rilevanza comunitaria.

¹²⁸ H. SCHRÖDER, U. STELKENS, *Le contentieux des contrats publics*, op. cit., 16.

¹²⁹ F. CORTESE, F. SECCHI, op. cit., p. 264, precisano che "l'atto con cui la stazione appaltante individua il vincitore della gara (Vergabeentscheidung o Zuschlag) non è considerato un vero e proprio atto amministrativo, ma rappresenta una mera manifestazione di volontà negoziale (Willenserklärung). Essa si fonda, per così dire, con l'atto con cui si conclude il contratto (Vertragsabschluss); sicché il primo riceve la qualità del secondo, ossia partecipa alla medesima natura giuridica di manifestazione dell'azione privatistica (fiskalisches Handeln) dello Stato".

contratto sicché il contratto può essere valido (e può essere risolto solo dalle parti) o invalido, ma la sua invalidità non è determinata dalla violazione delle norme sui contratti pubblici.

I ricorsi in materia di appalti sopra-soglia si propongono dinanzi ad un organo amministrativo specializzato (*Vergabekammer*) le cui decisioni possono essere impugnate, in unico grado, dinanzi a una sezione specializzata della Corte di appello (*Vergabesenat*). E' appena il caso di evidenziare che i suddetti organi non sono "corti" giurisdizionali in senso stretto, ma "organi di ricorso" ai sensi delle stesse direttive ricorsi¹³⁰.

Il ricorrente ha il previo onere di denuncia alla stazione appaltante (*Rügeobliegenheit*) perché riveda in sede di autotutela la propria decisione. L'obbligo di effettuare la denuncia "senza indugio" è stato precisato dalla novella del 2016 (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts*) che prevede ora un termine decadenziale di 10 giorni e costituisce una condizione di ammissibilità del ricorso alla *Vergabekammer*.

In un'ottica preventiva e deflattiva, l'art. 160 del GWB impone all'offerente che desideri utilizzare una procedura di ricorso di informare immediatamente (in un tempo massimo di quindici giorni, a seconda della complessità della questione) l'autorità contraente della presunta violazione da cui si ritiene lesa e la sua intenzione di proporre ricorso non appena ne "viene a conoscenza" per consentire alla stazione appaltante di correggerla prima della decisione di aggiudicazione¹³¹.

Con il recepimento della direttiva 66 è stato previsto che nell'ipotesi in cui la violazione riguardi il bando (ad esempio l'erronea scelta del criterio di aggiudicazione o del tipo di procedura selettiva) o la documentazione di gara la violazione, qualora tali atti benché non conosciuti fossero conoscibili, deve essere denunciata immediatamente.

La dottrina ha tuttavia posto in dubbio la compatibilità di tale disposizione con l'art. 1 della direttiva 66, come interpretato nel caso *Uniplex*.

Lo stesso art. 160 prevede inoltre una deroga all'obbligo di previa denuncia nel caso in cui la stazione appaltante abbia aggiudicato il contratto tramite un affidamento diretto consentendo di

¹³⁰ Le *Vergabekammer* sono organi definiti "semi-giurisdizionali" che operano nella composizione di tre membri dotati di particolare *expertise* in materia di appalti. La decisione è un provvedimento amministrativo, suscettibile di esecuzione coattiva. Il ricorso comporta la sospensione automatica dell'aggiudicazione. Vigge il principio inquisitorio ed è prevista un'udienza di trattazione. La decisione è adottata entro il termine di cinque settimane. È previsto un ampio diritto di accesso delle parti ai documenti di gara e un ampio sindacato di legittimità anche oltre il *petitum* del ricorrente, ma non può essere annullata un'aggiudicazione efficacemente effettuata. Rispetto alle decisioni della *Vergabekammer* è previsto un unico grado di impugnazione mediante *sofortige Beschwerde* (ricorso immediato) da proporsi entro due settimane dinanzi al *Vergabesenat* della Corte di Appello. Anche qui il rito ricalca quello dinanzi al giudice amministrativo. È necessario il patrocinio di un avvocato.

¹³¹ La conoscenza non è idonea a far scattare l'obbligo di denuncia laddove vi siano eventuali dubbi sulla situazione giuridica. Sussiste tale obbligo invece qualora il vizio sia palese o l'impresa abbia una professionalità nel settore che gli consenta di percepirne immediatamente la lesività.

ricorrere direttamente alla *Vergabekammer* entro trenta giorni dalla conoscenza dell'affidamento e al più, entro sei mesi dalla sua stipula per farne dichiarare l'inefficacia. Ai sensi dell'art. 115, comma 1 GWB, la presentazione del ricorso impedisce la stipula del contratto (pur potendo non provocare necessariamente la sospensione della procedura) fino allo spirare del termine per la proposizione dell'appello contro la decisione della *Vergabekammer*. L'“approccio minimalista” tedesco ha creato un sistema dualista: dinanzi alla *Vergabekammer* può essere chiesta solo la reintegrazione in forma specifica (*Primärrechtsschutz*) e tale ricorso è precluso dopo la stipula del contratto. Una volta conclusa la procedura e dichiarata l'aggiudicazione e il contratto, viene meno, ai sensi dell'art. 160, GWB l'interesse all'aggiudicazione e anche il risarcimento del danno (*Sekundärrechtsschutz*), per il quale si deve adire il giudice, svolge un ruolo marginale. I due rimedi sono autonomi. La rinuncia alla procedura di riesame può però dare adito ad un concorso di colpa dell'offerente e può comportare una diminuzione del risarcimento. Le decisioni delle *Vergabekammer* e della *Vergabesenat* fanno stato in un successivo giudizio risarcitorio dinanzi al giudice civile. Viene di regola risarcito “l'interesse negativo”, cioè l'onere sostenuto per la preparazione dell'offerta e la partecipazione alla gara.

È previsto anche un diritto al risarcimento a vantaggio della committenza in caso di richiesta di riesame o di misure cautelari abusivamente proposte con l'intento di inceppare l'assegnazione dell'appalto o di danneggiare un concorrente.

Anche sotto il profilo risarcitorio, per i contratti sotto-soglia si applica unicamente la normativa del codice civile integrata dalle norme tecniche VOB/A e VOL/A. È però prevista la tutela cautelare in applicazione analoga del § 1004 BGB (azione a difesa della proprietà), sempre che il ricorrente venga tempestivamente informato dell'aggiudicazione.

Oltre alla parte di competenza tra le diverse camere di revisione, il regime tedesco prevede regole di competenza per quanto riguarda la distinzione tra diritto federale e statale. In base al GWB, le camere di revisione federali devono decidere in merito alle questioni relative alla revisione della legge sugli appalti federali, mentre le procedure di appalto pubblico a livello statale vengono quindi trattate con camere di revisione locali. L'installazione stessa insieme alle domande di organizzazione e assegnazione è regolata dal rispettivo Stato (§ 106 II GWB). Secondo questa norma, i Länder dovrebbero costituire camere di revisione comuni (principio di efficienza). Nel caso in cui la competenza non possa essere definitivamente decisa, il GWB prevede che l'ufficio appaltante dell'amministrazione aggiudicatrice debba essere applicato come aiuto decisionale. In passato, le agenzie di revisione dei premi nel senso di organi non

giudiziari sono state menzionate anche nel GWB, ma con l'attuazione dell'ultima riforma, questa disposizione è stata rimossa al fine di promuovere l'efficacia e ridurre la complessità.

2. LA LEGITTIMAZIONE A CONTESTARE LE VIOLAZIONI DELLA DISCIPLINA SUI CONTRATTI PUBBLICI (*KLAGEBEFUGNIS*)

Una recente comparazione effettuata sul tema dell'accesso alla giustizia nel settore dei contratti pubblici ha evidenziato che il “*sistema processuale tedesco è probabilmente quello più fortemente centrato sulla protezione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente*”¹³².

Con riguardo alla legittimazione all'azione di annullamento degli atti di evidenza pubblica l'art. 160 del GWT, dopo aver precisato che la procedura di ricorso dinanzi alla *Vergabekammer* è azionabile solo su domanda di parte, ricalcando la formulazione dell'art. 1, par. 3 delle direttive ricorsi sancisce che: “*Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht*”.

Il suddetto articolo attribuisce il diritto di presentare un ricorso a tutte le imprese che hanno un interesse a concludere quel particolare contratto messo a gara (“*Interesse am Auftrag*”), laddove dimostrino che le disposizioni di cui al § 97, ultimo comma, GWB, sono state violate dall'autorità contraente. L'offerente/ricorrente, secondo il principio di causalità (*conditio sine qua non*), deve quindi dimostrare di aver subito (o che subirà) una lesione a causa della lamentata violazione (“*Verletzung in seinen Rechten*”).

Il legislatore tedesco nel rispetto dell'art. 1 par. 3 della direttiva 66 ha quindi previsto condizioni dettagliate per il riconoscimento della legittimazione a ricorrere subordinandolo alla dimostrazione della lesione provocata dalla violazione delle norme fondamentali in materia di contratti pubblici.

È stato così evidenziato che a differenza di quanto accade negli altri ordinamenti europei “*il legislatore tedesco delinea chiaramente due distinte condizioni dell'azione: l'interesse alla conclusione del contratto e la titolarità della situazione giuridica soggettiva lesa dalla*

¹³² M. GIAVAZZI, *La legittimazione processuale*, op. cit., 1081; Sul tema si v. anche T. LUBBIG, A. HAEHNEL, *Les Droits Des Parties et Des Tiers Dans La Procedure de Controle Des Concentrations: Les Systemes Contentieux Communautaire et Allemand Developpements Recents du Controle des Concentrations*

violazione delle norme sull'evidenza pubblica” valorizzando la protezione delle situazioni giuridiche soggettive¹³³.

Ancora una volta vi è, però, da verificare quale sia la posizione protetta dall'astratta affermazione di principio della legittimazione processuale attribuita a chi ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

Assume particolare rilevanza a tal fine quanto significativamente previsto dall'art. 97 ult. comma GWB, ai sensi del quale *“Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden”*.

La suddetta disposizione attribuisce espressamente agli operatori economici il diritto al rispetto delle norme sulle procedure ad evidenza pubblica, tutelando la pretesa a veder eliminata la loro violazione.

Quanto alla dimostrazione del danno, la giurisprudenza amministrativa non ritiene necessario, ai fini della legittimazione a ricorrere, la dimostrazione che se non si fosse verificata la violazione delle norme sull'evidenza pubblica il ricorrente avrebbe ottenuto con certezza l'aggiudicazione dell'appalto, ma considera sufficiente la prova della diminuzione della chance di conseguire l'aggiudicazione¹³⁴.

Ciò ancorché la Corte costituzionale abbia affermato che l'interesse alla conclusione del contratto non è di per sé soltanto fattore di legittimazione al ricorso (*“Der Beschwerdeführer setzt sich insoweit weder mit den verfassungsrechtlichen Maßstäben noch mit dem einfachen Recht hinreichend auseinander. Seinem Vorbringen ist angesichts des dargestellten Meinungsstandes in Rechtsprechung und Schrifttum auch nichts dafür zu entnehmen, dass das Oberlandesgericht die Bedeutung der Rechtsschutzgewährleistung verkannt oder das einfache Recht willkürlich ausgelegt hätte. Allein der Umstand, dass an die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB grundsätzlich keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind und das Interesse am Auftrag im Sinne dieser Vorschrift weit auszulegen ist (vgl. BVerfGK 3, 355 & 360 f.&g;), begründet noch keine geschützte Rechtsposition”*).

¹³³ M. GIAVAZZI, *op. e loc. ult. cit.*

¹³⁴ Cfr. Oberlandesgericht Saarbrücken, 25 luglio 2007, 1 Verg 1/07, in *www.rechtscentrum.de*. e Bundesverfassungsgericht, 23 aprile 2009 n. 1 BvR 324/08, in *www.bverfg.de*. entrambe citate da M. GIAVAZZI, *op. cit.* 1083, e in particolare la prima pronuncia laddove afferma che *“Wer einen Nachprüfungsantrag stellt, hat zur Voraussetzung seiner Antragsbefugnis darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Insoweit wird nicht verlangt, dass der Antragsteller nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte; andererseits ist insoweit auch nicht ausreichend irgendein möglicher Schaden; nach dem Normzweck erforderlich ist vielmehr eine gerade durch den gerügten Vergaberechtsverstoß verursachte Minderung der Chancen auf den Zuschlag”*.

Perciò, quantunque l'interesse quale condizione dell'azione sia individuato nella partecipazione alla gara per l'aggiudicazione del contratto ("*Interesse am Auftrag*") e sia nettamente distinto dalla legittimazione intesa quale titolarità della situazione giuridica lesa ("*Verletzung in seinen Rechten*"), e malgrado si affermi che al fine della legittimazione non è sufficiente l'interesse alla conclusione del contratto, nondimeno, non pare nemmeno all'uopo necessario risolvere con esito positivo un giudizio di prognosi postuma su ciò che sarebbe accaduto se non si fosse verificata la violazione delle norme di diritto pubblico di cui il ricorrente lamenta la violazione, essendo sufficiente che, in conseguenza di ciò, il ricorrente abbia subito il pregiudizio della perdita di chance di aggiudicarsi il contratto.

CAPITOLO IV

LA QUESTIONE DELLA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE NELLA DINAMICA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Premessa: l'evoluzione del diritto di azione nei confronti della Pubblica amministrazione nella Costituzione - 2. L'accesso alla "tutela" giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione: cenni al dibattito sull'estensione degli "interessi legittimi" tutelati dall'art. 24 della Costituzione - 3. I presupposti per l'instaurazione del rapporto processuale - 4. Interessi sovraindividuali e forme di legittimazione *ex lege*.

1. PREMESSA: L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI AZIONE NEI CONFRONTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA LETTURA DEGLI ARTT. 24 E 113 DELLA COSTITUZIONE

L'entrata in vigore della Costituzione ha impresso una svolta significativa al dibattito sul rapporto tra situazione giuridica sostanziale e la tutela contro la Pubblica Amministrazione¹³⁵.

A tal proposito, nel dibattito interno all'Assemblea costituente dalla I Sottocommissione sui problemi costituzionali, veniva evidenziato che la *ratio* dell'art. 24 consiste nell'impedire che il legislatore ordinario possa, arbitrariamente, privare della protezione giudiziaria determinate posizioni giuridiche soggettive¹³⁶. Che la suddetta garanzia costituzionale fondi un imprescindibile baluardo per tutti i cittadini è stato del resto, più volte, ribadito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale annoverandola tra "*i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, al quale è intimamente connesso lo stesso principio di democrazia, con garanzie inderogabili di certezza e stabilità*"¹³⁷.

¹³⁵ I contributi della dottrina sul tema sono moltissimi, si v. per tutti L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione*, Padova, 1970; Id., *Commento all'articolo 24, 1° e 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (art. 24-26)*, vol. XXI, Bologna-Roma, 1981. Si veda anche A. POLICE, *Commento all'articolo 24 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione della Repubblica Italiana*, vol. I, Torino, 2006, p. 502.

¹³⁶ A. POLICE, *op. cit.*, p. 502. Si veda anche L. P. COMOGLIO, *op. cit.*, 1970, p. 99 e 100, il quale richiama i lavori svolti nell'ambito dell'Assemblea Costituente, precisando che: "*In questa prospettiva si deve considerare l'enunciazione delle garanzie processuali nella Costituzione repubblicana del 1948. La stessa Relazione svolta all'Assemblea Costituente dalla I Sottocommissione sui "Problemi costituzionali" ribadiva (...) la necessità costituzionale di una garanzia atta ad impedire che il legislatore ordinario potesse privare determinate categorie di situazioni soggettive sostanziali della possibilità di tutela giurisdizionale, realizzata con l'esperimento dell'azione di giudizio ovvero con la proposizione dei ricorsi amministrativi*".

¹³⁷ Corte Costituzionale, sentenza 232/1989: "*Alla stregua della consolidata giurisprudenza di questa Corte non vi è poi dubbio che l'art. 24 della Costituzione enunci un principio fondamentale del nostro ordinamento. Valga per tutte richiamare la sentenza n. 18 del 1982, nella quale è testualmente affermato che il diritto alla tutela giurisdizionale, già annoverato fra quelli inviolabili dell'uomo, va ascritto "tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio*". Nella stessa direzione anche Corte Costituzionale 148/1996.

2. L'ACCESSO ALLA "TUTELA" GIURISDIZIONALE NEI CONFRONTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: CENNI AL DIBATTITO SULL'ESTENSIONE DEGLI "INTERESSI LEGITTIMI" TUTELATI DALL'ART. 24 DELLA COSTITUZIONE

I richiamati lavori dall'Assemblea costituente sull'art. 24 Cost. forniscono una significativa prova storica del (risalente e mai sopito) dibattito sulla relazione tra posizione giuridica (sostanziale) e tutela giurisdizionale.

L'adozione dell'espressione "interessi legittimi" all'interno dell'art. 24 Cost. fu infatti oggetto di dibattito.

In sede di elaborazione del testo in Commissione venne infatti proposta di abbandonare la restrittiva espressione "interessi legittimi" per utilizzare una dizione più lata (i.e. quella di "diritti e interessi") in modo tale da potervi includere *"gli interessi legittimi e gli interessi discrezionalmente protetti e gli interessi semplici nel caso in cui per questi sussista possibilità di tutela giurisdizionale come nel caso dell'azione popolare"*. In via subordinata veniva invece, altrettanto autorevolmente proposto di adottare la formula di "interessi giuridicamente protetti" anziché "interessi legittimi".

Le richiamate proposte non trovarono, come noto, successo in quanto la decisione della Commissione fu di lasciare all'elaborazione giurisprudenziale la concretizzazione dell'interesse legittimo e dunque, in ultima analisi della dimensione della tutela giurisdizionale della suddetta situazione giuridica¹³⁸.

Dal novero delle posizioni soggettive istituzionalmente garantite sono dunque rimasti estranei i c.d. interessi semplici.

Questi ultimi in genere vengono individuati in negativo: corrispondono agli interessi che non assurgono né al livello dei diritti soggettivi, né al livello degli interessi legittimi.

Sono considerati "interessi semplici", per esempio, gli interessi che non risultino 'differenziati': fra essi la giurisprudenza include, in genere, gli interessi dei cittadini rispetto alle modalità di un servizio pubblico reso alla collettività. Interessi del genere possono avere anche una consistenza rilevante dal punto di vista economico e, soprattutto, dal punto di vista sociale;

¹³⁸ Si legge nei lavori dell'Assemblea Costituente (pubblicati in <http://legislatureprecedenti.camera.it>) che l'on. Tupini, Presidente della prima Sottocommissione, evidenziò che la dizione proposta (diritti e interessi) *"è troppo lata e darebbe luogo ad una complessa casistica e a una serie notevole di incertezze e perplessità. La Commissione non crede di dover secondare, senza gravi preoccupazioni, una simile possibilità. Quanto alla dizione «interessi giuridicamente protetti», che rappresenta la subordinata nella quale l'onorevole Dominedò si rifugia, d'accordo con l'onorevole Codacci Pisanelli, faccio osservare, in linea di forma, primo: che se è un interesse giuridicamente protetto, intanto è un interesse legittimo; secondo: che la giurisprudenza — e l'onorevole Dominedò, che è un competente in materia, potrà darmene atto — ha sempre costituito un mirabile banco di prova per la concretizzazione di quello che suole chiamarsi «interesse legittimo». Lasciamo quindi anche per l'avvenire, senza inopportuni imbrigliamenti, il libero giuoco della funzione propria della giurisprudenza"*.

eppure la loro distinzione dagli interessi legittimi comporta l'esclusione di una loro tutela giurisdizionale. La tutela degli interessi semplici è prevista solo in casi eccezionali, da disposizioni che hanno una portata tassativa.

La dottrina, pur riconoscendo la difficoltà di tracciare una netta distinzione tra interessi legittimi e interessi semplici, non ha mancato di evidenziare che la "gravità" di questa concezione giacché *"è difficile ammettere che certi interessi di grande rilevanza sociale rimangano senza una tutela adeguata, solo perché non risultano differenziati o qualificati; nello stesso tempo non è sempre agevole la demarcazione fra interessi legittimi e interessi semplici"*.

Il dibattito scientifico, come si vedrà *infra*, ha riguardato in primo luogo gli interessi c.d. collettivi o di categoria. Sono gli interessi tipici dei soggetti appartenenti a una categoria lavorativa, professionale, di utenti, ecc. Nei confronti degli atti amministrativi che riguardino specificamente la categoria (come la determinazione dei parametri dei compensi per gli iscritti agli ordini professionali, le tariffe per certe attività imprenditoriali, i canoni per certi servizi pubblici), può configurarsi in capo a ciascun appartenente un interesse qualificato. In questo ambito, però, operano anche organismi privati (come le associazioni sindacali dei lavoratori dipendenti, le organizzazioni di categoria degli imprenditori, le associazioni degli utenti) o talvolta pubblici (come gli ordini professionali) che sono rappresentativi o esponenziali della categoria. Anzi, secondo alcuni autori, proprio la presenza di organismi del genere, e perciò l'organizzazione degli interessi della categoria, caratterizzerebbe gli interessi collettivi.

In passato è stato discusso se, nei confronti dell'attività amministrativa concernente la categoria, fossero titolari di un interesse legittimo anche gli organismi che rappresentano la categoria. Considerare l'interesse di categoria come un interesse legittimo dell'organismo rappresentativo sembrava incompatibile con il carattere 'soggettivo' (o personale) dell'interesse legittimo: l'organismo rappresentativo farebbe valere infatti un interesse che non sarebbe direttamente proprio, ma che piuttosto sarebbe specifico dei suoi associati e solo di riflesso coinvolgerebbe l'organismo stesso. La giurisprudenza amministrativa, negli ultimi decenni, valorizzando il rilievo, anche costituzionale, del momento associativo, ha riconosciuto in capo a questi organismi la titolarità dell'interesse di categoria e la capacità di farlo valere come un proprio interesse legittimo. E il riconoscimento della legittimazione delle associazioni ha comportato una tutela più assidua degli interessi collettivi.

La discussione più vivace ha riguardato, però, gli interessi diffusi, che corrispondono all'interesse generale dei cittadini a certi beni comuni, come l'ambiente, ecc per i quali la giurisprudenza negli anni '70 del Novecento aveva escluso ogni tutela, argomentando proprio sulla loro distinzione dagli interessi legittimi (cfr. Cass., sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207; Cons.

Stato, ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24). In seguito al dibattito suscitato da questa giurisprudenza, il legislatore interveniva con alcune disposizioni speciali che ammettevano la tutela di determinati interessi diffusi, demandandola però non al singolo cittadino interessato, bensì a particolari associazioni: ciò è avvenuto, in particolare, per la tutela degli interessi ambientali, in base all'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349. In questi casi l'intervento legislativo non ha reso l'associazione titolare di un interesse legittimo rispetto alle vicende del bene di rilevanza ambientale, ma ha operato solo sul piano processuale, attribuendo all'associazione una particolare legittimazione, che le consente di far valere anche interessi ulteriori rispetto ai propri interessi legittimi.

Una soluzione analoga, a giudizio di taluni, dovrebbe valere anche per ogni ordine di associazione costituita a tutela di un interesse diffuso, alla luce di quanto ha previsto l'art. 9 legge 7 agosto 1990, n. 241, che garantisce la partecipazione nel procedimento amministrativo alle associazioni e ai comitati costituiti a tutela di interessi diffusi. È stato sostenuto, infatti, che l'associazione che abbia partecipato al procedimento amministrativo dovrebbe anche essere legittimata a promuovere il successivo giudizio amministrativo, nel caso in cui il procedimento si sia risolto sfavorevolmente. Questa conclusione, però, è stata vivacemente criticata, dato che l'art. 9 legge 7 agosto 1990, n. 241, ha considerato solo il procedimento amministrativo e non ha inciso sul principio generale in base al quale il ricorso al giudice amministrativo è ammesso solo per far valere un interesse legittimo.

Si tenga presente infine che, nel nostro ordinamento, la tutela degli interessi legittimi è assicurata, anche da disposizioni costituzionali, con riferimento ai vizi di legittimità; invece solo raramente è ammessa con riferimento ai vizi di merito. Anzi, in genere la nozione stessa di interesse legittimo viene ricondotta alla legittimità dell'azione amministrativa, anche se in alcune ipotesi è contemplata una tutela degli interessi legittimi anche nei confronti dei vizi di merito.

Nelle ipotesi in cui non sia prevista una tutela in sede giurisdizionale o in via amministrativa per i vizi di merito, non si può affermare che il cittadino, rispetto ai vizi di merito, sia carente di interesse legittimo: è titolare di un interesse legittimo che però è privo di tutela rispetto a quei vizi. Tuttavia, spesso, in casi del genere, si usa descrivere la posizione del cittadino nei termini dell'interesse semplice, privilegiando così, più che una valutazione rigorosa della sua posizione, la mancanza di una tutela giuridica.

3. I PRESUPPOSTI PER L'INSTAURAZIONE DEL RAPPORTO PROCESSUALE

Ai fini della valida instaurazione e procedibilità del ricorso¹³⁹ la dottrina tradizionalmente distingue, con un'impostazione rimasta nella tradizione scientifica e nell'elaborazione giurisprudenziale, i "presupposti processuali"¹⁴⁰ dalle "condizioni dell'azione"¹⁴¹.

¹³⁹ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, op. cit., 547: "Con il termine ricorso giurisdizionale si esprimono nell'uso corrente nozioni fra loro diverse, e cioè una meramente formale, con la quale si indica l'atto introduttivo del processo amministrativo, una seconda (diritto al ricorso), di ordine sostanziale, è indicativa del diritto costituzionalmente garantito dagli articoli 24 e 113 della Costituzione a ciascun soggetto dell'ordinamento, di poter agire in giudizio per la tutela dei propri interessi legittimi appunto (appunto nel senso di diritto al ricorso, si usa dire "avverso tale atto è dato ricorso"); una terza esprime nella sua intenzione la dinamica del processo amministrativo".

¹⁴⁰ Cfr. R. VILLATA, *Presupposti processuali*, III - *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Vol. III, Roma, 1991 E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F. G. SCOCA (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 280.

¹⁴¹ In linea generale, la dottrina ha precisato che attraverso l'espressione "presupposti" si individua ciò che sta prima rispetto ad un punto di riferimento e viene ipotizzato come antecedente. Tale precedenza può verificarsi sul piano cronologico o strutturale, ma anche dal punto di vista meramente logico. Ed è proprio in quest'ottica che si pone il presupposto dell'azione, punto di passaggio tra il diritto sostanziale e la tutela nel processo. R. VILLATA, *Presupposti processuali*, op. cit., p. 3: "(...) è comune nei vari autori la consapevolezza che nel processo amministrativo vi è una serie di questioni, più o meno vicine al merito della controversia, ma da questo tuttavia separate in quanto attinenti a requisiti, elementi o circostanze che condizionano la possibilità di pronunciare sull'oggetto del giudizio (di solito sulla legittimità o illegittimità dell'atto), di maniera che la distinzione (...) tra presupposti processuali e condizioni dell'azione evidenzia soprattutto sequenza che conduce alla soglia del merito" - R. VILLATA, *Presupposti processuali*, III - *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Vol. III, Roma, 1991, il quale precisa che: "E' noto che nella classica concezione chiovendiana presupposti processuali e condizioni dell'azione si compongono in un armonico quadro ricostruttivo: i primi rappresentano gli elementi necessari per il conseguimento di una sentenza favorevole, devono esistere al momento in cui il giudice pronuncia tale sentenza, sono disciplinati da norme di diritto sostanziale; le seconde sono le condizioni necessarie per una sentenza favorevole o sfavorevole, devono esistere al momento della proposizione della domanda, sono disciplinate da norme di diritto processuale: e condizioni dell'azione comprendono, oltre alla situazione soggettiva sostanziale, l'interesse e la legittimazione processuale; tra i presupposti vengono indicati la giurisdizione e la competenza del giudice, la capacità processuale, l'assenza di litispendenza o di compromesso, la rappresentanza processuale (così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, 59 e ss; nello stesso senso P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, 179 e ss; LUGO, A., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1967, 20 ss; S. COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, 25 e ss)". M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, p. 29, il quale rileva come la dottrina qualifica come presupposti processuali le cose più varie: impugnabilità dell'atto, rispetto del termine, interesse a ricorrere, capacità delle parti, eccetera, in altre parole tutte le condizioni, circostanze, requisiti che consentono al giudice amministrativo di pronunciare sulla legittimità o illegittimità dell'atto impugnato (ovvero di valutare la fondatezza della diversa pretesa dedotta in sede di giurisdizione esclusiva). si distacca da tale impostazione, l'orientamento espresso da quella dottrina che ha delineato un concetto unitario - i presupposti processuali - sia pure distinguibile in due categorie: i "presupposti di ammissibilità" - o "condizioni dell'azione" - comprensivi degli elementi che determinano il dovere del giudice di pronunciare sul merito della domanda; ed i "presupposti di procedibilità" e ricevibilità - o "presupposti processuali in senso stretto" -, in mancanza dei quali il giudice non può nemmeno verificare la sussistenza delle condizioni per l'esame del merito A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1213. Secondo la riferita impostazione, appartengono ai presupposti di ammissibilità (condizioni dell'azione) la legittimazione, l'interesse al ricorso, l'esistenza di un atto amministrativo (almeno nel giudizio di impugnazione), la mancanza di cause preclusive quali la rinuncia e la decorrenza del termine. I presupposti in senso stretto si distinguono a loro volta in presupposti di ricevibilità, se concernono l'atto introduttivo del giudizio, e presupposti di procedibilità, costituiti dagli elementi la cui assenza impedisce che il giudizio, ritualmente instaurato possa tuttavia arrivare alla sua conclusione. I primi ricomprendono l'esistenza e la regolare presentazione di un ricorso, la legittimazione e l'interesse al ricorso alla stregua delle affermazioni in esso contenute, la regolarità del contraddittorio; dei secondi invece fanno parte tutti gli adempimenti ai quali il ricorrente è tenuto a pena di decadenza (ad es. l'integrazione del contraddittorio, la riassunzione del giudizio, la presentazione della domanda di fissazione dell'udienza, la mancata sopravvenienza di cause che fanno venir meno, sempre alla stregua delle affermazioni del ricorrente, la legittimazione o l'interesse al ricorso) ovvero comportano l'estinzione del giudizio.

I primi (presupposti processuali) riguardano, l'instaurazione del rapporto processuale¹⁴², mentre le seconde (condizioni dell'azione) rappresentano i “*processupposti processuali specifici per l'emissione di una pronuncia nel merito*”¹⁴³.

In base all'impostazione tradizionalmente condivisa, l'azione innanzi al giudice amministrativo è subordinata alla sussistenza di tre condizioni dell'azione: (i) l'esistenza di una posizione qualificata che distingue il soggetto dal *quisque de populo* nell'esercizio dell'azione amministrativa (cd. possibilità giuridica); (ii) l'interesse ad agire, ossia la concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 c.p.c.; (iii) la legittimazione attiva o passiva di chi agisce o resiste in giudizio, in quanto titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo¹⁴⁴.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che all'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali segue la verifica delle condizioni dell'azione¹⁴⁵ e che queste ultime, (a differenza dei presupposti) è sufficiente sussistano al momento della decisione¹⁴⁶.

In particolare, all'interno della categoria dei presupposti processuali sono tradizionalmente inclusi (i) la capacità di essere parte del giudizio e (ii) la capacità di stare in giudizio (altrimenti definita anche *legitimatio ad processum*). La *legitimatio ad causam*, come si avrà modo di meglio precisare in prosieguo, si identifica invece con la titolarità di una situazione giuridica soggettiva giustiziabile nel processo amministrativo,.

¹⁴² R. VILLATA, *Presupposti processuali*, op. cit., 5: “Tuttavia al riguardo occorre osservare che la differenza di regime è nel giudizio amministrativo di legittimità puramente teorica, in quanto la perentorietà del termine comporta nel caso di difetto di un presupposto processuale anche la consumazione della pretesa: anzi, la disciplina dei termini di costituzione delle parti e di fissazione dell'udienza di discussione impedisce che la pronuncia dichiarativa della mancanza di un presupposto processuale possa intervenire, come talvolta si prospetta, prima della scadenza del termine di impugnativa. Trova invece applicazione nelle controversie di giurisdizione esclusiva nelle quali si prescinde dall'impugnazione di un provvedimento”.

¹⁴³ A. M. SANDULLI, *Il giudizio*, op. cit., 251; E. FOLLIERI, op. cit., p. 281; S. DE PAOLIS, *le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo, in il nuovo processo amministrativo*, M.A. SANDULLI, (a cura di), Milano, 2013. La giurisprudenza condividendo tale impostazione afferma che la delibazione sull'ammissibilità del ricorso rientra, dunque, nell'ambito delle condizioni dell'azione: vale a dire dei requisiti necessari affinché la domanda proposta al giudice possa essere decisa nel merito cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; Cons. St., V, 4 gennaio 2018, n. 51.

¹⁴⁴ La giurisprudenza è consolidata: cfr., fra le tante, Cons. St., VI, 21 marzo 2016, n. 1156; Id., III, 3 febbraio 2014, n. 474 e 28 febbraio 2013, n. 1221; V, 23 ottobre 2013, n. 5131, 22 maggio 2012, n. 2947, 4 maggio 2012, n. 2578, 27 ottobre 2011, n. 5740 e 17 settembre 2008, n. 4409; IV, 30 settembre 2013, n. 4844; VI, 12 dicembre 2014, n. 6115.

¹⁴⁵ TAR Toscana, I, 16 luglio 2017, n. 833; La giurisprudenza (*ex multis* Cons. St., VI, 4 giugno 2016, n. 14), richiamando l'indirizzo accolto dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, cui si v. *infra* cap. V, ha evidenziato che la suddetta regola è “*enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., che impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, ius postulandi, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione*”.

¹⁴⁶ Cons. St., IV, 9 novembre 2015, n. 5097; 23 febbraio 2012 n. 985; 17 settembre 2013, n. 4615.

Nei termini sopra sintetizzati, la proposizione dell'azione, nell'ambito del processo amministrativo, presuppone l'accertamento sia dell'astratta *legitimitas ad causam* (da intendere come titolarità della situazione soggettiva, nell'ambito dello specifico rapporto controverso) sia della concreta finalizzazione del giudizio al perseguimento del bene della vita, inibito o compromesso dal provvedimento impugnato (c.d. *legitimitas ad processum*, intesa come presupposto per poter esercitare, in modo valido, i propri diritti o interessi protetti sul piano processuale, in base al principio generale di cui al citato art. 100 Cod. proc. civ.).

La giurisprudenza amministrativa evidenzia che i presupposti processuali e le condizioni dell'azione non sono suscettibili di costituire cosa giudicata in senso sostanziale in quanto la forza del giudicato sostanziale assiste, in linea di massima, soltanto le pronunce a contenuto decisorio di merito, vale a dire quelle che statuiscano in ordine all'esistenza delle posizioni soggettive tutelate e dedotte in giudizio¹⁴⁷.

Le sentenze c.d. di rito esauriscono la loro efficacia nell'accertare l'assenza dei presupposti processuali ovvero delle condizioni dell'azione necessari per poter definire nel merito la controversia, sono di norma inidonee a dar vita al c.d. giudicato sostanziale e a tradursi in un accertamento atto, secondo quanto previsto dall'art. 2909 c.c., a far stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa.

Tali pronunce in via generale sono, infatti, prive di qualsiasi attitudine a proiettare i loro effetti conformativi oltre i confini del processo, mediante la formazione di regole giuridiche idonee a dirimere, in via definitiva, conflitti intersoggettivi tra le parti del giudizio, creando solo una preclusione di rito, valida per quel giudizio, la quale non si ripete in altro successivo, se per questo vi siano le condizioni processuali e sostanziali per proporlo.

Infatti, il giudicato su questione processuale, quale sia quella che abbia investito esclusivamente l'esistenza o meno di una condizione dell'azione, è tale solo all'interno dello stesso processo (cosiddetto giudicato in senso formale) e non estende la sua autorità anche ad un nuovo ed autonomo giudizio¹⁴⁸.

Mentre i primi sono disciplinati dalle norme processuali e il loro difetto consente – sia pure in linea astrattamente teorica - di riproporre l'azione, i secondi sono funzionalmente collegati alle disposizioni sostanziali riguardanti la pretesa azionata in giudizio, con la conseguenza che, in loro assenza, l'azione non potrà essere riproposta, ancorché il giudice non abbia emesso una

¹⁴⁷ Da ultimo TAR Lazio, Roma, II-ter, 3 ottobre 2017, n. 10023; Id., Campania, Napoli, IV, 15 giugno 2017, n. 3305; Id., V, 16 gennaio 2017 n. 388; Lombardia, Milano, I, 26 luglio 2017, n. 1677; Cons. St., sez. II, 1 agosto 2014, n.4067; TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 luglio 2013, n. 7433.

¹⁴⁸ Corte Cass., ci., n. 26377/2014; idem, n. 15383/2014; Cons. St., Ad. Pl., 1 marzo 1984, n. 4.

decisione sul merito.

L'impostazione classica ravvisa tre momenti in cui la legittimazione a ricorrere si proietta nel processo amministrativo: (i) quello dell'*affermazione* di una lesione provocata dall'Amministrazione alla propria posizione giuridica soggettiva (proposizione del ricorso); (ii) quello del riscontro giurisdizionale sull'*effettiva appartenenza* al soggetto della posizione giuridica di cui lamenta la lesione (ammissibilità del ricorso); (iii) quello dell'accertamento della fondatezza della censura fatta valere e dunque del soddisfacimento della posizione giuridica (fase di merito)¹⁴⁹. È opinione largamente condivisa nella dottrina e nella giurisprudenza che nel processo amministrativo la legittimazione a ricorrere, pur essendo un istituto processuale, è ancorata alla sottostante situazione giuridica che si fa valere al punto da non ritenersi sufficiente la mera prospettazione del ricorrente, in quanto è richiesta l'*effettiva ed obiettiva* titolarità della posizione soggettiva lesa¹⁵⁰.

4. IL RAPPORTO TRA INTERESSE (SOSTANZIALE) E LEGITTIMAZIONE (PROCESSUALE)

Come visto, secondo la concezione ampiamente diffusa in dottrina ed accolta dalla giurisprudenza amministrativa, le condizioni dell'azione sono essenzialmente rappresentate: i) dalla possibilità giuridica di ottenere il provvedimento richiesto; ii) dalla *legitimatio ad causam*; iii) dall'interesse ad agire¹⁵¹.

L'apparente schematicità delle condizioni e dei relativi concetti si scontra, tuttavia, con la peculiare natura della situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo tutelato nel processo amministrativo di legittimità. Nello specifico, tale circostanza rende estremamente complessa l'individuazione del concetto di legittimazione ad agire come situazione autonoma rispetto al primo¹⁵². A ben guardare non si fatica a comprendere la ragione di questa confusione, che facilmente si scorge nella nozione di interesse legittimo. È infatti di tutta evidenza come l'aderenza all'impostazione diffusa nel passato, secondo cui l'interesse legittimo esprime una posizione soprattutto "*processuale*" (il cui contenuto è essenzialmente dato dalla possibilità che esso offre di insorgere in giudizio), conduce ad una confusione tra la titolarità di una simile posizione - vale a dire la legittimazione - e l'interesse processuale ad azionarla. In altri termini, fintantoché la posizione giuridica sostanziale mostra come suo principale contenuto quello della

¹⁴⁹ A. M. SANDULLI, *Il giudizio*, op. cit., 210.

¹⁵⁰ A. M. SANDULLI, op. cit., 211; C. CUDIA, op. cit., 144.

¹⁵¹ A. M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici sotto ordinati*, Napoli, 1963, 210, il quale precisa che l'uso dell'espressione "condizioni dell'azione" nella dottrina italiana risale a Chiovenda (*Istituzioni di diritto processuale civile*, 4, rist. della 2. Ed., Napoli, 1950, p. 57).

¹⁵² V. CAIANIELLO, op. cit., p. 594.

“legittimazione” a promuovere il giudizio, non solo riesce confusa la distinzione tra interesse legittimo e legittimazione, ma ne viene annebbiata anche quella che discrimina questi dall’interesse ad agire, divenendo i due interessi e la legittimazione quasi un tutt’uno nel momento in cui questi si disvelano nel rapporto giuridico processuale. Infatti, tanto più la posizione sostanziale si aziona essenzialmente nel momento in cui viene affermata insorgendo in giudizio, tanto più la titolarità di essa – vale a dire la legittimazione – e l’interesse processuale tendono a coincidere con l’interesse legittimo in azione¹⁵³.

In termini generali, si rileva che nell’ambito del processo civile la legittimazione ad agire si determina sulla base della domanda e consiste nella semplice coincidenza tra il soggetto che propone la domanda ed il soggetto che nella domanda si afferma titolare del diritto¹⁵⁴. Affinché il giudice provveda nel merito non basta che la domanda gli sia proposta, ma occorre che gli sia presentata proprio da quella persona che la legge considera come particolarmente idonea a stimolare, in quel caso concreto, la funzione giurisdizionale. L’appartenenza del diritto di azione coincide con la titolarità dell’interesse sostanziale che si assume lesa e quindi, in linea generale, legittimato ad agire è colui che “*afferma*” di aver subito la lesione di quell’interesse. Tuttavia, in relazione a tale profilo è ampiamente condivisa la consapevolezza di un disallineamento tra il sistema processuale civile e quello amministrativo.

La commistione di nozioni di diritto sostanziale con nozioni di diritto processuale, come rilevato dalla dottrina, nasce dal fatto che il processo amministrativo è derivato da una differenziazione dei procedimenti amministrativi contenziosi¹⁵⁵. In questi il “*diritto di ricorso*” costituisce la proiezione dello stesso interesse sostanziale, perché è volto ad ottenere la realizzazione di quell’interesse invocando, sia pure sotto forma di decisione contenziosa, un provvedimento (amministrativo) dalla controparte del rapporto sostanziale, cioè dall’amministrazione. Quando l’organo contenzioso ha assunto natura giurisdizionale, e si è conseguentemente distaccato dalla controparte del rapporto sostanziale, è avvenuta la scissione del diritto di azione il quale - a differenza del diritto al ricorso amministrativo che costituiva l’emanazione diretta della situazione sostanziale tutelata – è autonomo dalla situazione sostanziale dell’interesse legittimo ed esprime un diritto ad ottenere dal giudice un provvedimento per l’attuazione della volontà astratta della legge nei confronti della controparte del rapporto sostanziale¹⁵⁶.

¹⁵³ L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 140.

¹⁵⁴ In tema di legittimazione nel processo civile, si v. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 136 e ss.;

¹⁵⁵ E. FOLLIERI, *op. e loc. ult. cit.*.

¹⁵⁶ V. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 597.

In conformità a questa impostazione è stato precisato che la legittimazione consiste nella titolarità della situazione giuridica lesa e fatta valere con il ricorso¹⁵⁷. Tuttavia, secondo la posizione autorevolmente sostenuta dal Sandulli e da altri autori, solo “*l’effettiva appartenenza al ricorrente della posizione soggettiva della quale egli lamenta la lesione, è condizione per la sua legittimazione ad ottenere una pronuncia nel merito del ricorso*”¹⁵⁸. Occorre distinguere, pertanto, tra l’affermazione di essere titolare dell’interesse sostanziale, costituente il requisito per la proponibilità del ricorso, e l’effettiva appartenenza di tale interesse al ricorrente, che determina la legittimazione ad ottenere una pronuncia nel merito¹⁵⁹.

Emerge, pertanto, un’evidente disallineamento rispetto al giudizio civile nell’ambito del quale, come accennato, ai fini del riconoscimento della legittimazione è sufficiente l’affermazione della titolarità del diritto soggettivo, mentre la verifica della sua esattezza sarà analizzata nella fase di merito. A tal proposito è stato precisato che il “*rapporto tra diritto e processo*” va costruito sulla base non già dell’esistenza del diritto o rapporto giuridico sostanziale dedotto – che costituisce il risultato, solo eventuale, dell’attività giurisdizionale -, ma “*della mera ipoteticità del diritto affermato dall’attore e posto a oggetto dell’accertamento del giudice*”¹⁶⁰. In tale prospettiva, pertanto, l’azione si collega all’esercizio della funzione giurisdizionale e non al risultato di tale esercizio, che invece è “*fuori*” dall’esplicazione del diritto di azione¹⁶¹.

Al contrario, nel processo amministrativo, è indispensabile l’effettiva titolarità della posizione

¹⁵⁷ La legittimazione consiste nella “*titolarità del potere di ricorso*”. R. VILLATA, *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, op. cit., I. Si v., altresì, A. GLEJESSES, “*Profili sostanziali del processo amministrativo*”, Napoli, 1962, p. 111. P. DEL PRETE, *L’interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1951, p. 69, legittimazione significa: “*se è veramente lui il soggetto, singulus de populo, cui l’ordinamento conferisce il potere di ottenere, mediante la decisione, l’annullamento o la revoca del provvedimento*”.

¹⁵⁸ A. M. SANDULLI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁵⁹ A.M. SANDULLI, *op. e loc. cit.*; “*Mentre l’affermazione di essere stato lesa da un provvedimento amministrativo in un interesse legittimo (o nei casi di giurisdizione esclusiva, in un diritto soggettivo) determina la legittimazione del soggetto alla proposizione del ricorso, e mentre il rientrare l’atto impugnato tra quelli operanti nel campo delle posizioni soggettive protette dalla giurisdizione condiziona la sussistenza della giurisdizione di questo caso specifico, l’effettiva appartenenza al ricorrente della posizione soggettiva della quale egli lamenta la lesione, è condizione per la sua legittimazione ad ottenere una pronuncia nel merito del ricorso, restando poi l’esito del giudizio (di volta in volta sfavorevole o favorevole al ricorrente) condizionato dalla fondatezza della lagnanza, e cioè dal fatto della immunità o meno dai vizi (di volta in volta di legittimità o anche di merito) del provvedimento amministrativo impugnato, che abbia inciso nella sfera degli interessi sostanziali posti a base della legittimazione*”.

¹⁶⁰ C. CUDIA, *op. cit.*, p. 140, la quale nella nota n. 31 cita L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, ed anche E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 159: il controllo sulla legittimazione “*si deve fare in astratto e in ipotesi, stando a quanto afferma l’attore nella domanda, e con riguardo esclusivo alle affermazioni enunciate, non già alla loro fondatezza in fatto, alla loro veridicità, che rimane da indagare e che va ammessa solo per un momento provvisoriamente, giacché la questione, di ordine preliminare, è per ora vedere soltanto se – ammesso per un momento quanto si affermi nella domanda – chi si è fatto attore o chi è stato convenuto abbia o non abbia veste o qualità per sostenere la . ragione che fa valere o rispettivamente per contestarla o riconoscerla: se risultasse che non l’ha, sarebbe inutile ogni ulteriore discussione di merito*”.

¹⁶¹ Così L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, p. 53.

giuridica sostanziale¹⁶². La differenza rispetto al processo civile, come peraltro recentemente ribadito anche dal giudice amministrativo¹⁶³, deriverebbe dal fatto che là il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, mentre nel giudizio amministrativo l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, ma dall'illegittimità del provvedimento impugnato. Ciò tuttavia non significa eliminare dalla legittimazione l'aspetto ipotetico, ma spostarlo sul carattere "*contra ius*" della lesione subita dall'interesse materiale. In altre parole, l'elemento che rimane sul piano dell'affermazione in sede di verifica della legittimazione non è la titolarità della situazione protetta, ma l'illegittimità del provvedimento impugnato, che determina la fondatezza della lagnanza, poiché solo il provvedimento illegittimo concreta la lesione di quella situazione. Secondo questa impostazione, non esente da critiche mosse da una parte della dottrina¹⁶⁴, la differenza rispetto

¹⁶² In tale prospettiva, R. FERRARA, *op. cit.*, p. 471, precisa che: "*nel processo amministrativo si avrebbe sempre, infatti, la coincidenza dell'interesse protetto con titolarità della legittimazione all'impugnazione, perché protetto è solo quella posizione di vantaggio la quale risulti normativamente qualificata, in quanto riconducibile ad una norma di riferimento che si configura come il presupposto logico-giuridico della tutela giudiziale accordata al titolare della posizione di vantaggio medesima*". Sul punto anche P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 285 il quale definisce la *legitimatio ad causam* come "*l'identità del ricorrente con il titolare della posizione giuridica fatta valere*". Ancora C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 82 e N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 65.

¹⁶³ Cons. St., sez. VI, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681: (...) *È certamente vero che nel processo amministrativo, il concetto di legittimazione al ricorso ha tradizionalmente un contenuto diverso rispetto all'omologa nozione di legittimazione ad agire sviluppatasi in ambito processualcivile. Nel processo civile, infatti, la legittimazione ad agire si determina sulla base della domanda e consiste nella semplice coincidenza tra il soggetto che propone la domanda e il soggetto che nella domanda si afferma titolare del diritto. Per essere legittimati, nel processo civile, basta, quindi, che l'attore si autodichiari titolare del diritto che fa valere in giudizio attraverso la domanda. L'attore scontrerà, infatti, l'eventuale non verità della sua autodichiarazione con la soccombenza nel merito, cui andrà incontro inevitabilmente se il diritto di cui si è affermato titolare non gli appartiene. Nel processo amministrativo, al contrario, la giurisprudenza e la dottrina hanno ormai da tempo recepito una nozione più marcatamente sostanziale del concetto di legittimazione al ricorso: non basta che il ricorrente si autodichiari titolare dell'interesse che fa valere, ma occorre andare a verificare se ne sia effettivamente titolare, se cioè egli sia realmente titolare di una posizione giuridica differenziata e normativamente qualificata (fermo restando che, ai fini della giurisdizione, rileva la indubitabile titolarità di un interesse legittimo, correlativa alla lesione cagionata dagli atti autoritativi impugnati). Ciò perché nel processo amministrativo, a differenza di quanto accade nel processo civile, il ricorso potrebbe in teoria essere fondato (nel senso che l'atto impugnato potrebbe essere illegittimo) anche se colui che lo propone non è titolare di alcun interesse a ricorrere. Per questo, si impone un concetto "sostanziale" di legittimazione al ricorso, al fine di evitare che il processo amministrativo si trasformi in una giurisdizione di diritto oggettivo. Ecco allora che condizionare la sopravvivenza della titolarità di posizione di interesse a ricorrere (e, quindi, della legittimazione al ricorso) alla fondatezza del ricorso principale verso l'atto di esclusione o all'infondatezza di quello incidentale avverso l'atto di ammissione, finisce per contraddire appunto la tradizionale affermazione che vede nell'interesse una situazione giuridica a 'soddisfazione non garantita', che esiste anche se chi ne è titolare ha torto.*

¹⁶⁴ C. CUDIA, *op. cit.*, p. 149: "*L'indicata insistenza sull'effettiva titolarità di una situazione giuridica rilevante e sulla illegittimità del provvedimento come filtri per l'accesso al processo si traducono, tuttavia, in un limite all'effettività della tutela, poiché mettono in giuoco la stessa possibilità di garanzia giudiziale (...) Posto che il diritto di azione non può confondersi con la titolarità di una posizione sostanziale, si rivela allora necessario anche nel processo amministrativo andare alla ricerca di un criterio che consenta di cogliere, nel momento dell'esercizio di quel diritto, un "riflesso" del diritto sostanziale. Verificare, in altri termini, come può articolarsi nel processo amministrativo la conclusione già vista a proposito del processo civile: che, cioè, si può sempre affermare di essere titolari di qualcosa ma ciò che dovrebbe rilevare, ai fini dell'accesso alla tutela, è solo la possibilità di quella titolarità*".

al processo civile deriverebbe, dunque, dal fatto che là il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, mentre nel giudizio amministrativo “*l’esito*” non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sebbene dall’illegittimità del provvedimento impugnato¹⁶⁵.

La giurisprudenza si è interrogata sulle ipotesi di trasmissione del diritto – che costituisce il momento di collegamento con la fattispecie amministrativa – da un soggetto all’altro (es: la vendita di immobile che abilita un soggetto alla impugnativa di una norma urbanistica o di un permesso di costruire, oppure la vendita dell’immobile durante una procedura espropriativa), ponendosi in questi casi il problema di stabilire chi sia il soggetto legittimato ad agire¹⁶⁶.

5. INTERESSI SOVRAINDIVIDUALI E FORME DI LEGITTIMAZIONE *EX LEGE*

L’analisi dell’evoluzione normativa rileva come l’ordinamento abbia apprestato – quanto meno in relazione alle due categorie più significative di interessi diffusi, quelle cioè relative alla tutela dei beni ambientali e alla c.d. “*consumer protection*” – una sorta di meccanismo giuridico attraverso cui si prevede astrattamente quali siano i soggetti collettivi deputati a curare la protezione di tali situazioni in sede giurisdizionale¹⁶⁷. A tal proposito, è stato evidenziato che l’attribuzione del potere di agire in giudizio avviene, in questi casi, in “*deroga all’ordinario processo di giuridificazione degli interessi di fatto in interessi legittimi*”, a prescindere, cioè, dalla dimostrazione della lesione di una posizione di vantaggio qualificata dall’ordinamento, del resto difficoltosa per gli interessi in questione, spesso non sufficientemente contemplati e definiti dalla norma che regola il potere della

¹⁶⁵ R. VILLATA, *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, cit., 2.

¹⁶⁶ V. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 396 e 397.

¹⁶⁷ Anche in relazione a tale tematica la bibliografia è oltremodo consistente. Tra i contributi più specifici, e senza alcuna pretesa di completezza; M. S. GIANNINI, ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici, in riv. trim. dir. pub., 1973.; F. G. COCA, Tutela dell’ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell’interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile, in dir. e soc., 1985, 637 e ss; G. MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giudiziali nella tutela amministrativa dell’ambiente*, in ambiente e diritto, firenze, 1999; A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l’ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva ?*, in D. DE CAROLIS - E. FERRARI - A. POLICE (a cura di), ambiente, attività amministrativa e codificazione. atti del primo colloquio di diritto dell’ambiente (teramo, 2005) - collana delle pubblicazioni dell’a.i.d.u., milano, 2005; C.E. GALLO, l’ambiente e le situazioni giuridiche soggettive, in R. Ferrara – M. A. Sandulli (a cura di), trattato di diritto dell’ambiente, milano, 2014; a. maestroni, voce associazioni ambientaliste e interessi diffusi in s. nespors – a. l. de cesaris (a cura di), codice dell’ambiente, milano, 2009; d. siclari, profili di diritto processuale amministrativo: class action e tutela degli interessi collettivi e diffusi, in p. dell’anno - e. pizzoza (a cura di), trattato di diritto dell’ambiente, padova, 2012; R. LEONARDI, *la legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste: alcune questioni ancora giurisprudenziali*, in riv. giur. ed., 2011; M. DELSIGNORE, *la legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella sudicia review statunitense*, in dir. proc. amm., 2013, 3, pag. 734 e ss; m. calabrò, natura complessa del bene ambiente e riflessi in termini di termini di legittimazione ad agire in sede di risarcimento del danno, in ambiente e sviluppo, 2008, pag. 113; F. GIGLIANI, *la legittimazione processuale attiva per la tutela dell’ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in dir. proc. amm., 2015, 413;

pubblica amministrazione. Ad avviso di una parte della dottrina, la tutela degli interessi sovraindividuali farebbe tuttavia assumere al processo amministrativo le sembianze di un rimedio a carattere oggettivistico, attribuendo, tra l'altro, agli organismi riconosciuti – sulla scorta del diritto nordamericano – la veste e il ruolo di veri e propri pubblici ministeri privati¹⁶⁸. In realtà, l'individuazione legislativa di figure che per rappresentatività e bagaglio tecnico siano in grado di rendersi interpreti in sede giurisdizionale di interessi “adespoti” radicati presso collettività, più o meno ampie, non sembra risolvere totalmente il problema della tutela delle situazioni di vantaggio a carattere sovraindividuale. Pertanto, nonostante gli ultimi interventi normativi abbiano di fatto “istituzionalizzato” la figura della legittimazione speciale *ex lege*, confermando, in effetti, l'idea che una pretesa comune a più soggetti possa essere meglio rappresentata e gestita giudizialmente da un attore collettivo, sembra tuttavia che l'enfaticizzazione normativa del ruolo degli organismi collettivi non possa e non debba decretare l'emarginazione del singolo (o delle associazioni non riconosciute) dal processo amministrativo, soprattutto nel momento in cui questi soggetti risultino titolari di una posizione più o meno differenziata implicata con quella diffusa. In altri termini, se la normativa relativa alle associazioni ambientali e di tutela del consumatore costituisce indiscutibilmente una via preferenziale e agevolata per l'accesso al processo amministrativo degli interessi diffusi, essa non pare in ogni caso idonea ad escludere l'individuazione, da parte del giudice amministrativo, di altri fattori di legittimazione al ricorso tali da radicare la titolarità dell'azione processuale in capo a soggetti diversi da quelli normativamente ed espressamente riconosciuti come i naturali portatori in sede giurisdizionale. Si è propensi a ritenere che la rivendicazione da parte del giudice amministrativo, della permanenza del potere di accertare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità al giudizio (e della legittimazione in particolare) rappresenti un *escamotage* tecnico per garantire l'ingresso nel

¹⁶⁸ Come rilevato dal Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36: «Sotto il profilo sostanziale, l'ambiente è definito dal legislatore delegato il sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici (art. 5 comma 1 lett. c d.lgs. n. 152 del 2006). Esso è “un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità; ...La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti” (Corte cost., sent. n. 641 del 1987). La nozione globale di “ambiente” comprende in sé ogni componente dell'habitat (inteso come complesso degli elementi ambientali e culturali, che caratterizzano gli insediamenti umani) e quindi, soprattutto negli insediamenti urbani, anche il patrimonio storico-artistico: non a caso, pur in presenza di disposizioni specifiche per ciascun settore (cfr. art. 1 della legge 8.7.1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente, nonché art. 10 del d.lgs. 22.1.2004, n. 42, codice dei beni culturali e del paesaggio), è infatti previsto (art. 3 L. n. 349/1986 cit.) che il Ministro dell'ambiente ed il Ministro per i beni culturali assumano di comune intesa le iniziative necessarie, per assicurare il coordinato esercizio delle attribuzioni di rispettiva competenza».

processo amministrativo a tutti quei soggetti (individuali o associati) che, pur non dotati del riconoscimento vogliano far valere in giudizio la lesione di un interesse, per sua natura indifferenziato e di respiro ineludibilmente sociale, prospettandolo come meritevole di considerazione giudiziale. In altri termini, sembra possibile affermare che le norme che concedono la legittimazione a ricorrere non precludono ad altri soggetti di agire in giudizio. Il tema dell'accesso alla tutela giudiziale amministrativa degli interessi ambientali è stato costantemente oggetto dell'attenzione della dottrina e della giurisprudenza soprattutto a partire dagli anni settanta. In tale contesto storico e culturale degli anni veniva infatti maturata la constatazione che l'interesse alla cura e protezione dell'ambiente naturale ha carattere diffuso, e non appartiene a singoli individui in quanto tali, ma alla collettività sì da chiedersene la tutela davanti al giudice amministrativo¹⁶⁹. Come rilevato da autorevole dottrina, il bene giuridico ambiente è tale da coinvolgere, per definizione, una pluralità di interessi e soggetti. La Corte Costituzionale, ha precisato che, accedendo alla considerazione dell'ambiente come “*valore costituzionale dal contenuto integrale*” (che comprende e riassume una pluralità di interessi e aspirazioni non omogenee), la stessa espressione “diritto all'ambiente” va intesa non tanto nel senso di una situazione soggettiva unitaria riferita all'ambiente, ma come un insieme di posizioni diversamente articolate e tutelate¹⁷⁰. Il bene ambiente, proprio per le sue caratteristiche, rappresenta quindi un bene che si presta più ad un controllo sociale che al controllo individuale. La tutela contro la violazione di tale interesse assume, a partire dagli anni settanta, caratteristiche del tutto particolari ed un'importanza fino ad allora ignota¹⁷¹. Si mette in luce la chiara insufficienza della tradizionale dicotomia pubblico-privato nell'emergente società moderna di massa. Le violazioni contro le quali la giustizia è intesa a dare protezione divengono non soltanto

¹⁶⁹ M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella sudicia review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, p. 734. A tal proposito, M. S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, op. cit., pag. 15, il quale era contrario a riportare ad unità il bene ambiente come istituto giuridico, proponendo una ripartizione del concetto in differenti settori disciplinari corrispondenti ai diversi interessi tutelati. Si v., altresì, C.E. GALLO, *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*, in R. FERRARA – M.A. SANDULLI (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 399.

¹⁷⁰ Corte Cost. n. 302 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004. Sulle definizioni che in materia ha fornito la Costituzione e sul fondamento costituzionale dell'ambiente e delle connesse situazioni soggettive, si v. M.P. CHITI, *Ambiente e Costituzione europea: alcuni nodi problematici*, in *Riv. it. dir. pub. comp.* 1998, p. 1423; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente, art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. ec.*, 2002, 240.

¹⁷¹ B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, il quale intende la formula “diritto all'ambiente” non già nel senso tecnico di una pretesa soggettiva riferibile all'ambiente, bensì come formula sintetica per indicare un fascio di situazioni soggettive diversamente strutturate e diversamente tutelabili (di volta in volta coincidenti con il diritto alla salute, il diritto alla salubrità dell'ambiente ...): “non esiste dunque un diritto all'ambiente azionabile da un soggetto individuale o collettivo davanti al giudice, ma diverse situazioni soggettive variamente strutturate”, che si pongono nei confronti dell'ambiente come “valore in rapporto di mezzi al fine”.

violazioni di carattere individuale, ma anche di carattere collettivo e i vecchi strumenti di rappresentanza si rivelano inadeguati¹⁷². In questa realtà, carente il controllo dell'amministrazione, modesto il controllo sociale, assente il controllo del giudice penale culturalmente non ancora sensibile a questa problematica, la Corte dei Conti aveva progressivamente assunto le vesti di "giudice naturale degli interessi diffusi", attraverso una rilettura ampliativa della nozione di danno erariale¹⁷³. Tuttavia, si diffondeva la convinzione dell'opportunità di affidare il controllo al giudice amministrativo, non tanto perché questi fosse culturalmente più disponibile, ma semplicemente perché questi garantiva sempre e comunque il rispetto anche delle più minute prescrizioni dettate dal legislatore¹⁷⁴. Tuttavia, il processo amministrativo si dimostrava non idoneo per garantire un "controllo sociale" in quanto strutturato esclusivamente per garantire un controllo individuale sull'attività dell'amministrazione. Lo scenario complessivo della legittimazione dei titolari di interessi sovraindividuali nel settore ambientale muta radicalmente a seguito dell'entrata in vigore della legge 8 luglio 1986, n. 349, le cui vicende applicative non possono essere trascurate. La situazione di incertezza che si era venuta a creare a seguito della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 24 del 1979 aveva infatti reso necessario un intervento legislativo chiarificatore. La situazione veniva quindi superata in virtù dell'istituzione del Ministero dell'ambiente al quale il legislatore ha conferito la funzione di "assicurare in un quadro organico, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento". In tale contesto storico furono definiti e codificati i contenuti degli articoli 13 e 18 (della più volte richiamata legge 8 luglio 1986, n. 349) in virtù dei quali è stata introdotta nel nostro ordinamento la logica della "istituzionalizzazione delle associazioni di protezione ambientale". La scelta del legislatore di introdurre una

¹⁷² M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella sudicia review statunitense*, op. cit., p. 735.

¹⁷³ Corte dei Conti, sez. I, 18 settembre 1980. In proposito, è stato attentamente rilevato come la "giurisprudenza – specie quella Corte dei Conti – stante una sempre più pressante sensibilità sociale e con fare lungimirante, fece emergere la necessità di esperire un'azione finalizzata a ristorare la collettività da un danno inferto a un bene collettivo e lo fece con l'ormai storica decisione n. 86 del 1980 con la quale sopraggiungeva ad affermare la risarcibilità del danno ambientale quale danno inflitto a beni valutabili nel loro insieme (in una parola l'ambiente) che appartengono indifferenziatamente alla collettività nazionale organizzata nello Stato" - G. FESTA, *Risarcimento del danno ambientale*, in Dig. disc. pubb., Agg., Torino, 2008, 788. Ed ancora P. MADDALENA, *Nuovi indirizzi della Corte dei Conti in materia di ambiente*, in Foro it., 1979, V, 282.

¹⁷⁴ C.E. GALLO, *L'ambiente e le situazioni*, op. cit., 402. D. SICLARI, *Profili di diritto processuale amministrativo: Class Action e tutela degli interessi collettivi e diffusi*, P. Dell'anno – E. Picozza (a cura di): "Trattato di diritto dell'Ambiente", Torino, 2012.

legittimazione “speciale”, attribuita ad associazioni previamente identificate, sulla base di criteri oggettivi e senza alcuna verifica della titolarità di un interesse qualificato, era apparsa all’epoca sostanzialmente condivisibile¹⁷⁵. Pertanto, con l’istituzione del Ministero dell’Ambiente, è stato risolto il problema dell’accesso alla giustizia delle associazioni ambientali, laddove l’articolo 18 della attribuisce alle associazioni, individuate secondo i criteri di cui all’articolo 13 della stessa legge, la legittimazione a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti amministrativi pregiudizievoli per l’ambiente¹⁷⁶. Il legislatore ha dunque attribuito al Ministro il potere di identificare gli enti in base ai seguenti requisiti: la presenza sul territorio (le associazioni, infatti, devono avere carattere nazionale ovvero essere presenti in almeno cinque regioni); la valutazione delle finalità programmatiche e dell’ordinamento interno democratico previsto dallo statuto; l’accertamento della continuità dell’azione e della rilevanza esterna (previo parere del Consiglio nazionale per l’ambiente da esprimersi entro novanta giorni). La sommatoria dei predetti fattori implica pertanto l’identificazione in capo agli stessi di un interesse sostanziale, qualificato, differenziato e personalizzato tale da consentire l’accesso al giudizio. In altri termini, come rilevato dalla dottrina, la legge sul Ministero dell’Ambiente ha tentato di risolvere il problema.

¹⁷⁵ D. Siclari, *Associazioni ambientaliste e interessi diffusi*, *op. cit.*, p. 445; A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l’ambiente*, *op. cit.*, p. 316; M. DELSIGNORE, *Legittimazione*, *op. cit.*, p. 749.

¹⁷⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ancora sulla nozione giuridica di ambiente e sulla legittimazione delle associazioni ambientaliste all’impugnazione di atti amministrativi*, in *Riv. giur. ambiente*, 1992, p. 662; D. NESPOR, *Legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: questioni nuove e vecchie*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, I, 137.

CAPITOLO V

LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DELL'OFFERENTE (NON DEFINITIVAMENTE) ESCLUSO DALLA GARA

SOMMARIO 1. Premessa. La partecipazione alla gara quale condizione di legittimazione - 2. La nascita del dibattito. Il ricorso incidentale escludente nelle controversie in materia di contratti pubblici 2.1. (*segue*) controversie relative a procedimenti con pluralità di partecipanti - 2.1.1 (*segue*) lo svolgimento della gara con due soli concorrenti: l'emersione dell'interesse strumentale - 2.2. *Revirement* della Quinta sezione del Consiglio di Stato: le sentenze nn. 2468 del 2002 e 3869 del 2006 - 2.2.1. (*segue*) l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - 2.3. La pronuncia dell'Adunanza plenaria, 11 novembre 2008, n. 11 - 2.3.1 Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza - 2.3.1.1. *Considerazioni* sulla legittimazione e sull'interesse dell'impresa esclusa alla luce della Plenaria - 2.4. Una seconda rimessione. L'Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4 - 2.4.1. Le questioni affrontate dall'Adunanza Plenaria - 2.4.1.1. L'ordine di esame dei ricorsi secondo l'ordinanza di rimessione della VI sezione - 2.4.1.2. La questione della legittimazione a ricorrere dell'operatore economico di settore - 2.4.1.3. La soluzione dell'Adunanza Plenaria sul rapporto tra le censure reciprocamente escludenti - 2.4.1.4. Il difetto di legittimazione dell'impresa non definitivamente esclusa - 2.4.1.5. Le ulteriori questioni processuali sull'impugnazione del bando di gara e sulla legittimazione. I temperamenti al principio di diritto suggeriti dalla Plenari - 2.4.2. Riflessioni sul riacceso dibattito dottrinale: le obiezioni all'interpretazione dell'Adunanza Plenaria - 2.5. La questione della legittimazione dell'operatore economico "al vaglio" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione non allarga le maglie del «diniego di giustizia» - 2.5.1. L'*obiter dictum*: il monito a ristabilire "il dovuto ordine delle cose" - 2.6. L'interpretazione "adeguatrice" della giurisprudenza di primo grado - 2.7. Applicazioni e superamenti della Plenaria del 2011- 2.8. La necessità di un nuovo intervento della Plenaria: le tre ordinanze di rimessione - 2.8.1. L'ordinanza della Quinta sezione, n. 2059 del 15 aprile 2013 - 2.8.2. L'ordinanza della Sesta sezione n. 2681 del 17 maggio 2013 - 2.8.3. L'ordinanza della Sesta sezione n. 4023 del 30 luglio 2013 - 2.9. La questione della compatibilità comunitaria del diritto vivente: L'ordinanza del TAR Piemonte n. 208 del 2012 e lo spostamento del dibattito in Europa - 3. L'attesa pronuncia della CGUE: la sentenza "*Fastweb*" - 3.1. Critiche alla pronuncia. - 3.2. Nuovi scenari aperti dalla sentenza della CGUE. - 3.3. Nuovamente una rimessione alla Corte di Giustizia: l'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, 17 ottobre 2013 n. 848. - 3.4. *Quid iuris?* Tendenze giurisprudenziali dopo la sentenza della CGUE - 4. L'Adunanza Plenaria chiarisce i caratteri del ricorso incidentale "escludente", "difende" l'ordine logico delle questioni e ridefinisce le eccezioni al principio di diritto enunciato nel 2011- 4.1. (*segue*) i motivi identici nelle gare con due soli partecipanti - 4.2. (*segue*) la legittimazione a ricorrere dell'impresa esclusa: l'azione del ricorrente principale e (l'improprio) riferimento all'*abuso del processo* - 6. La nuova pronuncia della Corte di Giustizia: la sentenza "Puligienica" - 6.1 L'interesse strumentale (e i limiti oggettivi della sentenza Puligienica) - 6.2. Le applicazioni della giurisprudenza - 7. Una nuova rimessione all'Adunanza Plenaria per interpretare la sentenza Puligienica nell'ipotesi di gara con più di due partecipanti: l'ordinanza 6 novembre 2017 n. 5103 - 7. La questione della legittimazione dell'operatore economico non definitivamente escluso dalla gara di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: le aperture al dibattito - 8. Conclusioni

1. PREMESSA. LA PARTECIPAZIONE ALLA GARA COME CONDIZIONE DI LEGITTIMAZIONE

A differenza da quanto avviene negli ordinamenti francesi e tedesco, né il codice del processo amministrativo italiano né il Codice dei contratti individuano i soggetti legittimati a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo per far valere le violazioni della normativa in materia di contratti pubblici.

In assenza del dato positivo, la questione è stata profondamente influenzata in tale settore dal diritto e dell'Unione Europea e, in particolare, dalla richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE già esaminata nel secondo capitolo e che di seguito si richiamerà ai fini di evidenziarne l'applicazione concreta nell'ordinamento italiano.

Come si è visto, tra le questioni affrontate dalla giurisprudenza amministrativa (e successivamente dalla Corte UE) è particolarmente problematica quella relativa alla legittimazione processuale dell'operatore economico "escluso" dalla gara, per decisione assunta nel corso della procedura dall'Amministrazione o, come si vedrà in ragione dell'accoglimento del ricorso incidentale cd. "escludente" o "paralizzante".

Secondo l'impostazione prevalente e che ormai ricorre solitamente nella giurisprudenza amministrativa come massima consolidata, solamente il soggetto che abbia partecipato alla gara è legittimato a contestarne l'esito.

Il fondamento della suddetta impostazione è rintracciabile nella teoria del contratto ad evidenza pubblica, accolta da Giannini e seguita da una parte della giurisprudenza amministrativa e della Corte di Cassazione¹⁷⁷, secondo cui alla serie di atti che precede la conclusione della procedura negoziale, ivi ricompreso il bando, deve essere riconosciuta natura negoziale.

Il bando conterrebbe, in altri termini, un'*offerta al pubblico* o secondo altra dottrina una proposta di contratto in *incertam personam*.

Da qui la distinzione tra «*partecipanti alla gara*» e «*invitati alla gara*»: solo il partecipante, con il fatto stesso del partecipare alla gara, accetta «*sia lo schema del contratto che, sia la regola procedimentale della gara*» cosicché, evidenziava Giannini, la correttezza dell'indirizzo giurisprudenziale che riconosceva l'esistenza di situazioni giuridiche tutelabili in capo al solo partecipante e non all'invitato che non avesse preso parte alla procedura.

¹⁷⁷ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 703 e la giurisprudenza ivi richiamata. Si v. più recentemente Cons. St., Sez. VI, n. 4236 e n. 5638 del 2012; Id., sez. V. n. 3831; Cass. civ. Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

La stessa giurisprudenza riconosceva all'invitato *partecipante* la possibilità di impugnare i risultati della gara riconoscendogli la titolarità di uno specifico «*interesse procedimentale*»¹⁷⁸ giacché «*qualora il suo ricorso fosse accolto egli potrebbe avere probabilità di vittoria nella nuova gara che si esperisse*»¹⁷⁹.

È tuttavia incerto se il soggetto al fine di poterne contestare gli esiti non solo debba aver partecipato, ma la sua partecipazione debba essere preliminarmente

È tuttavia incerto se il soggetto al fine di poterne contestare gli esiti non solo debba aver partecipato, ma la sua partecipazione debba essere preliminarmente dichiarata “legittima” dal giudice amministrativo.

2. La nascita del dibattito. Il ricorso incidentale *escludente* nelle controversie in materia di contratti pubblici

Secondo una ricostruzione della dottrina, il *leading case* del problema che si affronta risale alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez IV, 23 gennaio 1986 n. 57 in cui un concorrente legittimamente escluso da una gara d'appalto, si doleva in giudizio dell'ammissione dell'altro concorrente, al fine di ottenere la rinnovazione dell'intera gara. In tale caso non vi era un problema relativo al rapporto di esame tra ricorsi, ma di riconoscimento della tutela per il soggetto escluso dalla gara, questione che, come ci vedrà, costituisce un (*retcius* il) vero nodo gordiano¹⁸⁰.

Il Collegio in quel caso riconobbe che il concorrente escluso non aveva un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata rispetto a quella che si potrebbe riconoscere in capo a qualunque altro soggetto che alla gara non abbia proprio partecipato. Il concorrente escluso dall'amministrazione quindi, non viene considerato titolare di un interesse legittimo, bensì di un interesse di mero fatto alla rinnovazione della gara e di conseguenza non poteva riconoscersi l'esistenza di una tutela giurisdizionale azionabile dallo stesso.

Per introdurre la problematica incertezza giurisprudenziale che investe il rapporto tra i ricorsi sembra utile il riferimento ad una ormai risalente pronuncia del Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano¹⁸¹, chiamato alla *revisio prioris instantiae* di una sentenza del TAR palermitano avente ad oggetto l'aggiudicazione di un'opera pubblica intervenuta a seguito di una licitazione privata.

¹⁷⁸ Sull'evoluzione e il progressivo abbandono della categoria dell'interesse procedimentale si v. F.G. Scoca, L'interesse legittimo: storia e teoria, Torino, Giappichelli, 2017, 238 ss.

¹⁷⁹ M. GIANNINI, Diritto amministrativo, *op. cit.*, 705.

¹⁸⁰ Cfr. R. VILLATA, *Riflessioni*, *op. cit.*, 286.

¹⁸¹ C.G.A.R.S. 22 dicembre 1995, n. 388, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 554 ss. con nota di G. ACQUARONE.

Il Collegio, a seguito dell'appello dell'impresa non aggiudicataria, soccombente in primo grado, accolse le censure tanto del ricorrente principale quanto del ricorrente incidentale con un dispositivo che allo stato dell'arte non sembrava avere precedenti.

Mentre nel giudizio di primo grado, l'esame di entrambe le domande era risultato precluso, a causa del previo rigetto del ricorso principale e del conseguente carattere accessorio del ricorso incidentale, il giudice d'appello in senso contrario, decideva di accogliere il gravame e annullare l'aggiudicazione. In virtù dell'accoglimento del ricorso principale, e vista tanto l'ammissibilità del ricorso incidentale quanto la sua fondatezza nel dimostrare l'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale l'appellante veniva parimenti esclusa dalla gara.

Il risultato finale consisteva quindi nel venir meno dell'aggiudicazione del ricorrente incidentale e dell'ammissione del ricorrente principale.

Questa soluzione si poneva in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente nelle pronunce del Consiglio di Stato, secondo cui, il ricorso incidentale, proposto in funzione di ottenere l'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente, andando a dimostrare l'illegittima ammissione della stessa, qualora accolto comportava la necessaria declaratoria di inammissibilità del ricorso principale. Inammissibilità che scaturiva dalla riduzione della posizione del ricorrente principale ad interessato di mero fatto e quindi privo di legittimazione. Secondo gli annotatori della pronuncia del CGAR siciliano dall'accoglimento del ricorso, a seguito della delibazione sulla fondatezza del ricorso incidentale derivano due conseguenze relativamente alla giurisdizione.

In primo luogo infatti, una volta accolto il ricorso incidentale e venuta meno la legittimazione del ricorrente, non esisterebbe più un giudice competente a conoscere la controversia e anche qualora si reputi che vi sia, questi sarebbe obbligato a dichiarare l'inammissibilità del ricorso. In quest'ultimo caso qualora non lo facesse emergerebbe comunque il difetto di giurisdizione¹⁸².

In secondo luogo l'accoglimento del ricorso principale avrebbe come effetto la sostituzione del giudice all'amministrazione.

Il ricorrente principale infatti, una volta venuta meno la sua legittimazione, non potendo richiedere la tutela giurisdizionale, potrebbe tuttavia sollecitare la pubblica amministrazione all'esercizio dei propri poteri di autotutela nei limiti in cui questo sia possibile. In tal modo vi

¹⁸² Si fa riferimento alla disputa giurisprudenziale in ordine alle conseguenze di una accertata assenza di una condizione dell'azione. Secondo alcune pronunce implicherebbe una carenza di giurisdizione del giudice amministrativo che si pronunciasse su una situazione giuridicamente non protetta oppure secondo altre l'inammissibilità dell'azione cfr V. CAIANELLO, *Manuale*, op. cit., 264 ss.

sarebbe maggiore salvaguardia degli interessi in gioco nonché la possibilità di tenere conto del mutamento o dell'esaurimento delle situazioni fatte valere in giudizio¹⁸³.

Diversamente da quest'ultima vicenda che apre nuovi scenari alla tematica che si andrà ad approfondire, l'esaurimento dei rapporti viene tenuto in considerazione in un'altra pronuncia, questa volta del TAR Abruzzo¹⁸⁴. In questa sentenza, che può essere considerata altrettanto esemplificativa del problema che si andrà a esaminare, si va oltre rispetto a quanto detto dal CGAR siciliano.

In un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, a seguito di sopravvenute integrazioni al bando di gara da parte della pubblica amministrazione intervenute dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, venivano mosse censure da parte dell'impresa seconda classificata per presunta lesione della *par condicio* e segretezza delle stesse.

Il tribunale accogliendo il ricorso principale, esaminava il ricorso incidentale dell'aggiudicataria con il quale si sosteneva l'assenza di legittimazione della ricorrente e quindi l'illegittimità della sua ammissione alla gara.

Il Tribunale decise di non accogliere *tout court* le censure contenute nel ricorso incidentale asserendo che anche qualora fossero risultate fondate, non si sarebbe potuto disconoscere l'interesse del ricorrente principale, quale operatore economico del settore, alla rinnovazione della gara stessa.

Rinnovazione che tuttavia nel caso di specie, non poteva concretamente avvenire, data l'ultimazione dei lavori dell'opera. Il T.A.R., quindi, dopo aver annullato l'intera procedura condannava l'amministrazione al risarcimento del danno da perdita di *chance* subito dalla ricorrente non aggiudicataria, in conseguenza del venir meno della probabilità di ottenere l'aggiudicazione a seguito della rinnovazione, ormai non più possibile, della procedura di gara. Al di là delle questioni attinenti alla necessità della pregiudiziale amministrativa e soffermandosi solo sulla questione relativa al risarcimento del danno emerge, che, veniva in tal caso riconosciuta la tutela senza una previa verifica del fatto che il ricorrente avesse titolo o meno per partecipare alla gara.

¹⁸³ Mentre i poteri dell'amministrazione, ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione, si sostanziano in una comparazione tra le esigenze dell'interesse pubblico attuale e concreto e l'illegittimità dell'azione amministrativa questo non sarebbe invece possibile per il giudice che con l'annullamento, non può tenere conto, specie se in difetto di una domanda di parte, né di tali interessi né dell'esaurimento delle situazioni giuridiche fatte valere, come ad esempio del completamento dell'opera di cui si contesta l'aggiudicazione cfr. G. ACQUARONE, nella nota alla pronuncia. *ult. cit.* 561.

¹⁸⁴ T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 30 giugno 2006 n.367, in *Urb. e app.*, 2006, 1473 ss., con nota di M. L. MADDALENA.

Bisogna considerare che generalmente nel settore degli appalti pubblici il risarcimento del danno per la perdita di *chance* viene riconosciuto qualora, pur non essendo stata accertata la spettanza dell'aggiudicazione¹⁸⁵, venga ritenuta meritevole di ristoro la perdita dell'opportunità di ottenerla in virtù del fatto che il soggetto sia stato ingiustamente escluso o siano emerse illegittimità nella procedura.

Tale tutela è sussidiaria rispetto alla tutela ripristinatoria e conformativa ormai non più ottenibile a seguito dell'impossibilità della rinnovazione della procedura. Risarcimento che dovrebbe quindi essere subordinato oltre all'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione anche alla dimostrazione che il ricorrente avesse realmente titolo per partecipare alla gara¹⁸⁶.

Un altro profilo che merita di essere esaminato per introdurre le questioni che si andranno a esaminare, è quello che emerge da una pronuncia del T.A.R. Lombardia avente ad oggetto una gara d'appalto a cui avevano partecipato quattro concorrenti.

La posizione dei due contendenti nel giudizio amministrativo si presentava perfettamente simmetrica dato che entrambi i ricorsi contestavano reciprocamente l'incompletezza delle documentazioni presentate in difformità con quanto previsto dal bando e quindi illegittimamente ammesse dall'amministrazione.

Il TAR nel respingere il ricorso principale, facendo uso del principio della massima partecipazione alla gara, dichiarava improcedibile in quanto accessorio al primo, il ricorso incidentale¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Bisogna distinguere la tutela risarcitoria della perdita di *chance* alla partecipazione alla gara rispetto a quella sulla "*spettanza*" ossia alla perdita dell'aggiudicazione. La seconda presuppone la certezza dell'aggiudicazione per il ricorrente, frutto dell'utilizzo di parametri matematici e vincolati non essendo necessario un apprezzamento tecnico o discrezionale dell'offerta. Qualora invece vi sia un procedimento di valutazione che implichi discrezionalità, a seguito dell'annullamento giudiziale, non potrà che rinnovarsi la gara e qualora ciò non sia possibile per sopravvenienze di fatto o diritto l'interesse potrà essere soddisfatto solo dal riconoscimento del risarcimento per la perdita della possibilità di partecipazione a chi ne aveva i requisiti. Ristoro che si sostanzia in una valutazione equitativa del giudice sull'utile perso da parte dell'impresa illegittimamente esclusa. Cfr. G. MARI, *Responsabilità per la perdita di chance e domanda di risarcimento in forma specifica implicita nella domanda di annullamento dell'affidamento a trattativa privata di un servizio*, in *Giust. Civ.*, 2002, 1421 ss. che tuttavia ritiene che il risarcimento in forma specifica si sostanzi solo con la rinnovazione della gara.

¹⁸⁶ Cfr. M.L. MADDALENA, *ibidem*, Qualora invece i requisiti per la partecipazione vengano meno a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, al di là dell'illegittimità dell'esclusione non sussisterebbero i presupposti per il configurarsi della perdita della *chance* a partecipare ad una gara per cui non si presentavano i requisiti. Profilo che non viene invece tenuto in considerazione dal Tribunale.

¹⁸⁷ Cfr. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Dinamiche processuali e vicende di giustizia sostanziale: brevi note in tema di ricorso incidentale*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 1535. Secondo I, A. emerge in primo luogo che nel caso di censure simmetriche, come quelle svolte dalle parti afferenti alla stessa fase di gara, non viene ritenuto operante un principio di priorità logica del ricorso incidentale rispetto a quello principale, ma ne emerge di nuovo il carattere accessorio. Diversamente qualora il ricorrente incidentale, anziché contestare la valutazione dell'offerta del ricorrente principale ne avesse contestato l'ammissione, il primo sarebbe stato oggetto di prioritario esame dato che in caso di accoglimento avrebbe comportato il venir meno della legittimazione del secondo. In secondo luogo nel caso in cui fossero state accolte le censure, determinandosi l'esclusione delle due imprese, si sarebbe avvantaggiata la terza classificata, risultato a cui evidentemente non aveva interesse nessuna delle due imprese ricorrenti.

Da queste pronunce si evince quindi che il problema del rapporto sorge in tutti i casi in cui il prioritario esame del ricorso principale possa comportare, in caso di sua fondatezza, l'improcedibilità o inammissibilità del ricorso incidentale, mentre il prioritario esame di quello incidentale possa comportare, in caso di accoglimento, l'improcedibilità o l'inammissibilità del primo¹⁸⁸.

Come ormai pare chiaro e come si è cercato di evidenziare parlando della natura e dell'oggetto del ricorso incidentale, l'ambito privilegiato di utilizzo dello stesso, si trova nei procedimenti di evidenza pubblica.

In particolare il settore degli appalti pubblici, è sicuramente per sua natura il più interessato dal fenomeno delle impugnazioni incrociate proprio perché nell'arco del procedimento, complesso, si susseguono più valutazioni da parte della pubblica amministrazione aventi ad oggetto la comparazione tra diversi offerenti che operano in un sistema concorrenziale.

Nella materia dei contratti pubblici e nei concorsi per l'accesso al pubblico impiego i relativi procedimenti amministrativi possono essere scomposti in fasi ciascuna dotata di una propria autonomia che possono essere quindi oggetto delle censure del ricorso principale e incidentale¹⁸⁹. È noto come nei procedimenti ad evidenza pubblica nelle gare d'appalto alla fase della prequalifica, a sua volta preceduta dalla pubblicazione del bando, segue la fase della gara vera e propria in cui vi è la valutazione delle offerte presentate. Nello stesso modo, nelle procedure concorsuali per l'accesso al pubblico impiego dopo la pubblicazione del bando, i requisiti di partecipazione sono esaminati prima dello svolgimento delle prove.

Data questa segmentazione appare logicamente possibile, ed è l'orientamento accolto da una parte della giurisprudenza, che qualora, ad esempio, le censure investano la fase della prequalifica o i requisiti per la partecipazione, debbano essere prioritariamente esaminate, in quanto la loro fondatezza determinerebbe l'improcedibilità del ricorso contrapposto¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Cfr. R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e incidentale*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁸⁹ Per le questioni concernenti l'aggiudicazione provvisoria e la tempestiva impugnazione con motivi aggiunti di quella definitiva e la natura di atto endoprocedimentale della prima nelle procedura ad evidenza pubblica cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1828 in www.ilnuovodirittoamministrativo.it con nota di T. F. MASSARI. Secondo la sezione non sarebbe necessario, ove si miri a far cadere la stessa indizione della gara, la successiva impugnazione (ove siano tempestivamente impugnati quelli di indizione del procedimento) dell'aggiudicazione definitiva, necessaria invece ove sia questa l'atto ritenuto lesivo.

¹⁹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811, in www.giustizia-amministrativa.it con nota di G. PELLEGRINO. Nel caso di specie il ricorso principale, esaminato prioritariamente, riguardava il profilo della chiusura della busta contenente l'offerta, da potersi ritenere fase precedente rispetto a quella di prequalifica che riguarda la valutazione dei contenuti della medesima busta di ammissione. Come rileva l'annotatore la pronuncia, pur dando un segnale di forte rottura verso l'orientamento che considera sempre prioritario il ricorso incidentale escludente, non fornisce una soluzione nel caso in cui le censure dei ricorsi abbiano ad oggetto la stessa fase procedimentale.

Tale censura del primo segmento di gara comporterebbe per una delle due parti, in caso di accoglimento del ricorso avversario e a seconda del contenuto della censura mossa, il venir meno dell'esistenza della legittimazione ad agire o dell'interesse a ricorrere ossia di una delle condizioni dell'azione. Si è sviluppata quindi in giurisprudenza la possibilità di far dipendere l'ordine di esame delle impugnazioni dal “*tempo logico della pretesa*”.

Secondo questo orientamento il criterio seguito dal giudice dovrebbe essere quindi unicamente quello temporale.

Da tale considerazione logicamente deriva che, nell'ipotesi più comune in cui con il ricorso principale si contesti, nel merito, l'aggiudicazione finale o la graduatoria concorsuale e con il ricorso incidentale la legittimità dell'ammissione del ricorrente principale il secondo debba essere esaminato con priorità. Specularmente, nel caso in cui sia solo il ricorso principale a contestare l'ammissione dell'aggiudicatario, l'esame di questo sarà prioritario¹⁹¹.

Questa tesi è stata tuttavia criticata in virtù del fatto che le fasi della procedura seppur distinguibili non sarebbero scomponibili dal punto di vista giuridico dato che sono strettamente connesse nonché funzionalmente tendenti ad un *unicum* finale¹⁹².

L'approccio estremamente formalistico inoltre, come si vedrà, verrà presto in parte abbandonato nell'ottica di favorire una concezione meno “oggettiva” del processo in cui non sembra competere al giudice segnare la “giusta” scansione del procedimento. Inoltre in questa maniera non sembrerebbe comunque risolvibile il problema dell'ordine dei ricorsi nell'ipotesi in cui le censure proposte da entrambi i ricorrenti vertano sul medesimo segmento procedimentale della gara.

2.1.1. Controversie su procedimenti con pluralità di partecipanti

Oltre al criterio temporale, messo sempre più da parte nell'elaborazione dottrina e dall'applicazione giurisprudenziale, la giurisprudenza ha introdotto un'ulteriore distinzione in

¹⁹¹ Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2310, dove si legge che al di là della qualificazione del ricorso incidentale, se eccezione ovvero controimpugnazione, ciò che rileva è che le relative censure, mettendo in discussione il titolo del contraddittore ai fini della partecipazione alla procedura, si pongono in uno stadio, logico e cognitivo, anteriore e pregiudiziale rispetto alle questioni relative alla gara *stricto sensu* intesa. L'applicazione coerente, agli istituti del ricorso incidentale e dell'appello, dei principi generali in punto di legittimazione ed interesse a ricorrere, consente allora di escludere che un soggetto di cui si paventi il difetto di qualificazione per l'ammissione ad una procedura competitiva possa giovare dell'accoglimento di un appello teso a mettere in discussione la correttezza di uno stadio successivo della procedura medesima al quale non avrebbe dovuto avere ingresso.

¹⁹² Evidenza come questo indirizzo seppur avesse portato risultati auspicabili appaia esageratamente formalistico e non sia stato per questo considerato dall'Adunanza Plenaria del 2008 G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della plenaria*, in www.giustizia-amministrativa.it.

relazione alle differenti ipotesi in cui alla gara abbiano partecipato più concorrenti rispetto ai procedimenti in cui i protagonisti siano solo due.

Questo *discrimen* operato dalla giurisprudenza, si vedrà con quali risvolti problematici, si basa sul fatto che in una gara con più partecipanti, qualora i ricorsi contenenti censure reciprocamente escludenti miranti al venir meno, grazie all'annullamento da parte del giudice¹⁹³, dell'ammissione alla gara, risultino fondati, la caducazione di ambe due gli atti impugnati avvantaggerebbe il terzo utilmente collocato in graduatoria, ma estraneo alla controversia.

Emerge allora che in tali casi la decisione del giudice sull'ordine da seguire per esaminare i ricorsi comporta esiti completamente diversi tra loro.

Quando viene esaminato per primo il ricorso principale, la sua fondatezza determina l'improcedibilità del ricorso incidentale ed il conseguente annullamento dell'aggiudicazione e sottrazione del bene della vita ottenuto dal controinteressato. Nel caso in cui vengano prese in considerazione prioritariamente le censure contenute con il ricorso incidentale, la loro fondatezza comporta l'improcedibilità del ricorso principale con conseguente conservazione dell'utilità ottenuta dal controinteressato.

Secondo un primo orientamento l'esame prioritario del ricorso incidentale appare giustificato da un criterio di economia dei mezzi processuali amministrativi nonché da un principio di conservazione degli atti giuridici¹⁹⁴. Il giudice sarebbe infatti chiamato a verificare se è possibile non incidere sull'attività amministrativa che ha definito l'assetto di interessi. Inoltre l'interesse pubblico all'opera e quello privato all'aggiudicazione hanno natura qualificata e possono essere incisi solo da colui che vanta, in quanto titolare di una situazione soggettiva differenziata, la facoltà di impugnare gli atti della procedura. Per tale motivo appare prioritaria la verifica verso il soggetto che agisce in giudizio per contestare la legittimità dell'atto, della titolarità di entrambe le condizioni soggettive dell'azione, in difetto delle quali il provvedimento conclusivo del procedimento non potrebbe essere messo in discussione

¹⁹³ Annullamento implicito sostenuto dalla tesi del ricorso incidentale quale mezzo di difesa contenente un'impugnazione cfr. G. PELLEGRINO, *op. ult. cit.*

¹⁹⁴ Cfr. R. CAPONIGRO, *Il rapporto*, *op. cit.*, secondo l'A. l'esame del ricorso incidentale deve essere quindi prioritariamente condotto e la sua eventuale fondatezza, ove idonea a determinare la carenza di una delle condizioni soggettive dell'azione, determina l'improcedibilità del ricorso principale e la conseguente conservazione dell'aggiudicazione. Di contro, il prioritario esame del ricorso principale, ove fondato, comporterebbe la necessità di una nuova attività amministrativa da eseguire in esecuzione del giudicato, con conseguente *vulnus* al principio di economia dei mezzi dell'azione amministrativa e conservazione dei valori giuridici. Tale percorso argomentativo, inoltre, si presenta coerente con la tesi che configura l'istituto in esame come avente natura impugnatoria ma efficacia di eccezione processuale in quanto, al pari di una qualunque eccezione processuale, ove idoneo ad incidere sull'ammissibilità, o procedibilità, del ricorso principale, deve essere prioritariamente esaminato.

Secondo un'altra parte della dottrina invece l'unica soluzione compatibile col sistema costituzionale si sostanzia nella dichiarazione, da parte del giudice, di improcedibilità di entrambi i ricorsi afferenti alla stessa fase di prequalifica¹⁹⁵.

Le due contrapposte impugnazioni, una volta accertata la loro fondatezza, dovrebbero essere dichiarate entrambe improcedibili per carenza di interesse delle due ricorrenti ad una pronuncia del giudice dato che il risultato conseguibile non sarebbe che quello della contemporanea esclusione dalla gara delle due ricorrenti.

Questo non esclude che, qualora oltre che alla fase di qualificazione, vi siano censure relative alle fasi successive, queste dovranno essere esaminate con il potenziale venir meno dell'aggiudicazione nel caso di fondatezza del ricorso principale. In caso non ve ne siano invece, l'esito della gara rimarrà immutato¹⁹⁶.

Diverso il caso in cui il ricorrente principale e quello incidentale contestino l'aggiudicazione nel merito ossia vadano a censurare le offerte o i punteggi attribuiti. In tal caso non sembrano sorgere problemi di ordine processuale dato che si seguiranno le normali regole in tema di interesse al ricorso e accessorieta' del ricorso incidentale.

2.1.2. (segue) Lo svolgimento della gara fra due soli concorrenti: l'interesse strumentale

Come accennato la giurisprudenza applica un regime differenziato per le controversie con oggetto procedimenti con due soli concorrenti.

In tali casi, qualora le censure contenute nei ricorsi siano speculari e facciano valere illegittimita' afferenti alla stessa fase di gara, viene considerato più rispettoso del principio di parità delle parti il riconoscimento dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Tale interesse si sostanzia in un'utilità conseguibile da entrambi i ricorrenti, ottenibile solo a seguito della rinnovazione dell'azione amministrativa.

I ricorrenti ripartecipando alla procedura, a seguito dell'annullamento di tutti gli atti di gara, otterrebbero quindi una nuova *chance* di aggiudicazione.

¹⁹⁵ G. PELLEGRINO, *op. ult. cit.*

¹⁹⁶ Cfr. G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale*, *op. cit.*, secondo cui la soluzione prospettata (ovviamente passibile di essere affinata e discussa) si rivela idonea a scongiurare una duplice clamorosa ingiustizia: sul versante processuale, si evita il paradossale risultato che una parte goda del privilegio di sfuggire alla verifica di legittimita' di una fase del procedimento (la valutazione delle offerte) proprio grazie alla circostanza che in virtù di quell'esito riveste un certo ruolo nel processo (ricorrente incidentale piuttosto che ricorrente principale); sul versante sostanziale, si evita l'ugualmente inaccettabile conclusione che una impresa che abbia beneficiato di due illegittimita' (una in sede di prequalifica e una in sede di valutazione delle offerte) goda di protezione più ampia di una impresa che abbia beneficiato solo della prima illegittimita', ma poi sia stata ingiustamente penalizzata in sede di attribuzione dei punteggi.

Questo orientamento accolto da buona parte della giurisprudenza, amministrativa considera l'azione del ricorrente incidentale come non lesiva della legittimazione processuale in capo al primo ricorrente principale, bensì dell'interesse "maggiore", primario e diretto all'aggiudicazione.

Qualora infatti, entrambi i ricorrenti mirino reciprocamente a far cadere le rispettive ammissioni alla gara, l'accoglimento del ricorso incidentale non implicherebbe il venir meno di una delle condizioni dell'azione. Esiste un altro interesse tutelabile proprio in virtù del fatto che le imprese in gara siano solo due. Venuta meno non la legittimazione, ma l'interesse, rimarrebbe quello "secondario" al rinnovo della gara, che una volta esaminato e accolto il ricorso principale diverrebbe un interesse seppur "minore" anche per il controinteressato.

L'interesse strumentale sarebbe quindi secondario, ma presente in entrambi i ricorsi che mirano alla caducazione della posizione dell'avversario. Una volta accertato l'impossibilità di tale risultato primario e venuta meno l'intera procedura non rimarrebbe che l'utilità conseguibile dalla rinnovazione della gara.

Questo non è ipotizzabile nel caso di gare con più partecipanti dato che l'esclusione delle due ricorrenti comporterebbe automaticamente l'aggiudicazione per il terzo classificato. Qualora invece le situazioni processuali antagoniste si presentino su un piano di assoluta simmetria, senza essere condizionate dalla presenza di altri concorrenti a vantaggio dei quali finirebbe per riflettersi l'eventuale annullamento dell'atto di aggiudicazione o dell'atto di ammissione vi è il rischio che l'interesse al ricorso principale, se è esaminato con carattere di priorità il ricorso incidentale, o del ricorrente incidentale, se è esaminato con priorità il ricorso principale, venga meno nel corso del giudizio¹⁹⁷.

Riconoscere l'interesse strumentale in capo ad entrambi o solo al ricorrente principale risulta per questo maggiormente conforme a principi di giustizia sostanziale¹⁹⁸.

In contrasto con questa tesi come si vedrà, una consistente parte della giurisprudenza e della letteratura, ritiene che questa ricostruzione sia frutto di un errore che a monte ritiene possibile che possa esistere una legittimazione a ricorrere per chi è invece privo dei requisiti per la partecipazione alla stessa e proprio per questo viene escluso a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale.

¹⁹⁷ R. CAPONIGRO, *Il rapporto*, op. cit.

¹⁹⁸ Viene inoltre in rilievo che la riedizione della gara potrebbe anche essere l'unico risultato sperato con la proposizione del ricorso principale qualora siano stati dedotti vizi il cui accoglimento non avrebbe potuto comunque comportare un'aggiudicazione diretta in suo favore, ma solo una rinnovazione della stessa.

Oltre che frutto di una non corretta sovrapposizione tra interesse e legittimazione, emerge nell'opinione di dottrina e della giurisprudenza che l'impresa esclusa non avrebbe più titolo per contestare alcun atto della procedura. Tale interesse sarebbe indifferenziato rispetto a quello di qualunque altro terzo operatore del settore che non abbia partecipato alla gara, quindi di mero fatto e come tale non sottoponibile alla cognizione di giudice.

Proprio questo punto sarà oggetto di un lungo dibattito giurisprudenziale che porterà tanto alla seconda quanto ad una terza rimessione all'Adunanza Plenaria.

2.2. REVIREMENTS DELLA QUINTA SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO: LE SENTENZE NN. 2468 DEL 2002 E 3689 DEL 2006

Nell'esame delle teorie riguardanti la natura del ricorso incidentale si è fatto riferimento alla pronuncia della Quinta sezione del Consiglio di Stato numero 2468 dell'8 maggio del 2002.

Tale, fondamentale, arresto giurisprudenziale dopo aver riassunto sistematicamente le questioni sulla natura e sull'accessorietà del ricorso incidentale affronta il rapporto d'esame tra i ricorsi. La pronuncia riconosce che, in linea generale, il ricorso incidentale va esaminato dopo quello principale e solo in caso di potenziale e astratta fondatezza di quest'ultimo giacché produce gli effetti di una "*eccezione processuale in senso tecnico*".

Come ogni regola, bisogna considerare le eccezioni. In particolare secondo la giurisprudenza, qualora il ricorso incidentale tenda a "*paralizzare*" quello principale per ragioni di ordine processuale il giudice deve dare priorità logica alle questioni che potrebbero far venir meno l'interesse a ricorrere del ricorrente principale, dato che pur profilandosi come questioni di merito, sono in realtà questioni di rito che producono effetti sull'esistenza delle condizioni dell'azione.

Viene affermato quindi che la proposizione del ricorso incidentale costituisce il veicolo "*necessario ed insostituibile*" per contestare la legittimazione del ricorrente principale¹⁹⁹.

Ci si interroga, allora, sulla possibile specularità di tale principio domandandosi se possa essere prioritariamente esaminato il ricorso principale che miri a far cadere, oltre l'aggiudicazione, la previa ammissione del ricorrente incidentale facendone venir meno le condizioni per esercitare l'azione difensiva.

In merito la Quinta sezione afferma che sebbene sia vero che il soggetto escluso dalla gara non ha interesse a contestarne gli ulteriori atti, se non previa rimozione dell'atto preclusivo alla

¹⁹⁹ Punto 16 della sentenza Cons. di Stato, Sez. V, 8 maggio del 2002, n. 2468, in www.giustizia-amministrativa.it.

partecipazione, questo non può che valere per la proposizione del ricorso principale.

Le stesse regole, invece, non possono trovare applicazione nell'ambito del ricorso incidentale, proprio in considerazione della sua funzione meramente difensiva e conservativa.

Le posizioni processuali del ricorrente principale e del ricorrente incidentale sono diverse e così i presupposti per le azioni da questi proposte. Mentre l'interesse del ricorrente principale si basa sulla possibile rimozione dell'aggiudicazione, l'interesse ad agire nel ricorso incidentale si scompone in due elementi, l'uno di carattere negativo e l'altro di carattere positivo. Il primo, negativo, consiste nell'assenza di una lesione attuale, che si sarebbe dovuta far valere in via principale. Il secondo, positivo, concerne la lesione virtuale derivante dall'accoglimento del ricorso principale.

Diversamente ragionando, trattando paritariamente la posizione del controinteressato e quella del ricorrente, l'aggiudicazione non potrebbe mai essere difesa attaccando l'illegittima ammissione alla procedura del ricorrente principale²⁰⁰ e condurrebbe ad un risultato, difficilmente giustificabile sul piano dei principi, dato che l'annullamento dell'aggiudicazione verrebbe pronunciata in accoglimento di un'iniziativa processuale proposta da un soggetto privo di legittimazione.

Inoltre, considerando l'effetto conformativo della sentenza, l'appalto verrebbe affidato ad un'impresa carente dei prescritti presupposti sostanziali.

In tale eventualità manca qualsiasi valutazione sulla legittimità del provvedimento impugnato, in relazione alle censure dedotte in via principale. Il mancato accoglimento del ricorso principale deriva da ragioni puramente processuali, che non incidono sulla validità sostanziale dell'atto.

Le conclusioni del collegio sull'effetto escludente del ricorso incidentale non sono assolute.

L'eccezione quindi fa di nuovo spazio alla regola nel particolare caso delle gare a cui abbiano partecipato due soli concorrenti. In tale ipotesi, qualora entrambi i ricorsi mirino a far cadere la legittimazione dell'altro, anche qualora rimanga logicamente necessario il previo esame del ricorso incidentale, appare "*più congruo*" che venga esaminato il ricorso principale che, se fondato, renderebbe a sua volta illegittima la posizione dell'aggiudicatario. In tal modo sarebbe tutelato l'interesse strumentale, proprio di entrambi i ricorrenti, alla ripetizione della gara.

²⁰⁰ La denunciata illegittimità, riferita alla carenza dei requisiti soggettivi dell'altra parte, non potrebbe essere fatta valere con un autonomo ricorso, perché: a) nel corso della procedura, l'atto di ammissione, avendo natura endoprocedimentale, non è autonomamente impugnabile; b) all'esito della procedura di gara, il vincitore non vanta alcun interesse differenziato a contestare l'ammissione degli altri concorrenti, avendo conseguito, di norma, la massima utilità sostanziale offerta dalla procedura; c) in caso di infondatezza del ricorso principale, il ricorso incidentale sarebbe privo di interesse; d) in caso di accoglimento del ricorso principale, infine, il controinteressato non sarebbe comunque legittimato a contestare il titolo di legittimazione del ricorrente principale.

Secondo il collegio infatti, vi è un risultato utile e concretamente perseguibile da entrambi i ricorrenti, che si sostanzia nella rinnovazione del procedimento.

Diversamente dalla gara con più partecipanti, in questo caso quindi, il ricorso incidentale non sarebbe totalmente escludente, non essendoci alcun interesse per le parti nel venir meno di entrambe le ammissioni, dato che in questo modo si perverrebbe al risultato di attribuire l'aggiudicazione ad un terzo concorrente estraneo alla controversia.

Questi ultimi passaggi vengono tuttavia completamente disattesi da buona parte della giurisprudenza successiva²⁰¹, fino ad essere rivisti dalla stessa Quinta sezione in una pronuncia del 2006.

Difatti, quella che doveva essere l'eccezione diviene la regola e l'esame del ricorso incidentale viene considerato prioritario ogni qual volta venga messa in discussione la legittimità dell'ammissione del ricorrente principale.

La Sezione riesaminando vari passaggi della pronuncia del 2002 ammette che nel caso di gara con due soli partecipanti il principio per cui apparirebbe "*più congruo*" l'esame di entrambi i ricorsi non sembra probante. Non sembrerebbe giustificabile, a parere del collegio, sul piano dei principi, il sacrificio della posizione di vantaggio attribuita all'aggiudicatario, a causa di un preteso vizio della sua offerta sul quale non si svolge alcun accertamento. Le considerazioni espresse dalla stessa sentenza del 2002 sulla necessità del prioritario esame del ricorso incidentale sarebbero sufficienti per giustificare una pronuncia di improcedibilità del ricorso principale ogni qual volta ne vengano contestate le condizioni per l'azione²⁰².

²⁰¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456, in www.giustizia-amministrativa.it, dove si afferma che vi sono ipotesi in cui l'esame del ricorso incidentale può, o deve, precedere la valutazione del ricorso principale. In particolare si è affermato che nel caso in cui sia proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che si riverberano sull'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, perché, "*pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito*". Un'ipotesi di questo genere si verifica quando il ricorso incidentale concerne un aspetto del procedimento in contestazione che incide sulla stessa legittimità della partecipazione del ricorrente. È il caso del ricorso principale proposto dal concorrente non vincitore di una gara o di un concorso contro la graduatoria di una selezione. In tali eventualità, quando il ricorso incidentale si rivolge contro l'ammissione del ricorrente principale, si prospetta una questione riguardante la stessa legittimazione dell'attore, che può, ed anzi deve, essere esaminata con priorità rispetto alle altre pur continuando a riconoscere il rapporto di accessorialità come in Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5532, per cui il ricorso incidentale "*si sostanzia in un'eccezione processuale, formulata dalle controparti (amministrazione autrice del provvedimento o controinteressato all'annullamento richiesto dal ricorrente) diretta a privare il ricorrente principale della legittimazione all'impugnazione; ossia, con riferimento al caso in esame, che la ricorrente, dovendo essere esclusa dalla gara, non era legittimata ad impugnare l'aggiudicazione. È ovvio che, quando si respinga il ricorso principale o lo si dichiari inammissibile o improcedibile, non c'è più materia per pronunciare sulla fondatezza del ricorso incidentale*".

²⁰² Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689, in www.giustizia-amministrativa.it, la sentenza argomenta la propria posizione sul prioritario e escludente esame del ricorso incidentale riportando fedelmente i passaggi della pronuncia del 2002 concludendo che: "*Dunque, è conforme ai principi fondamentali del diritto processuale che l'esame del ricorso incidentale si svolga prioritariamente, in modo da paralizzare, in caso di fondatezza, la*

Il contrasto giurisprudenziale sempre più vivo va a coinvolgere tutte le sezioni del Consiglio di Stato.

Dal 2006 la Quarta sezione sembra essere orientata per la necessaria previa delibazione del ricorso incidentale basandosi sulla diversità delle posizioni processuali dei due ricorrenti. A parere del collegio l'interesse strumentale non sarebbe mai espressione del principio di parità delle parti poiché non costituisce esito appagante per il ricorrente incidentale il quale avrebbe come unico obiettivo il mantenimento della posizione di aggiudicatario²⁰³.

Completamente distante da tale posizione è quella della già menzionata sentenza della Sesta sezione del Consiglio di Stato che nel 2007 si pronuncia a favore del previo esame del ricorso principale in virtù della separazione temporale delle fasi di gara. Il collegio afferma che il rapporto deve essere in linea con i valori costituzionali in gioco. Il diritto alla tutela giurisdizionale postulando la perfetta parità della posizione delle parti in causa sarebbe lesa dall'efficacia "paralizzante" della controimpugnazione del controinteressato. Si legge nella sentenza che questa impostazione all'evidenza finisce con l'assegnare all'aggiudicatario: "un'iperprotezione che non si rinviene nel sistema, anche costituzionale, di riferimento"²⁰⁴.

2.2.1. (SEGUE) ...E L'ORDINANZA DI RIMESSIONE N. 2669 DEL 2008 ALL'ADUNANZA PLENARIA

Data questa incertezza diffusa nella giurisprudenza, la stessa Quinta sezione del Consiglio di Stato, dando conto dei due indirizzi appena riportati rimette la questione all'Adunanza Plenaria con l'ordinanza del 5 giugno 2008 n. 2669.

La vicenda ha come protagoniste, due associazioni temporanee di imprese, concorrenti nell'aggiudicazione di un appalto di cura per il servizio di gestione integrata del ciclo di

cognizione dell'impugnazione principale, l'interesse all'accertamento del difetto di legittimazione del ricorrente incidentale assume carattere recessivo e secondario. Il giudizio, infatti, si arresta ad un momento logicamente anteriore, cui si collega l'effetto dell'accertamento dell'inutilità della impugnazione principale, posto che il ricorrente, dovendo essere escluso dalla gara, non avrebbe comunque potuto beneficiare della esclusione dell'aggiudicatario".

²⁰³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, nn. 8265/2006 e 37657/2007 con nota A. REGGIO D'ACI, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 225. L'autore criticamente sottolinea come in realtà sia implicito che il ricorrente oltre a voler difendere l'aggiudicazione sia interessato, qualora la gara venga annullata, alla riedizione dell'azione amministrativa e quindi ad una nuova partecipazione. Non ammettere l'esistenza di tale interesse nemmeno come condizionato o subordinato all'accoglimento del ricorso principale significa non considerare "l'obiettivo comune" a qualsiasi impresa che partecipa ad una gara pubblica. Se l'obiettivo primario dell'aggiudicazione non è conseguibile in via diretta da una delle due parti ben può essere perseguito in via indiretta da entrambe. L'orientamento in esame sarebbe frutto di un'erronea lettura della sentenza del 2002 e inoltre pur riconoscendosi come prioritario l'esame delle censure che riguardano le condizioni dell'azione è logico che anche il controinteressato che venga escluso assumendo le vesti di non partecipante alla gara non sarebbe più legittimato a contestarla sotto alcun profilo. Sarebbe quindi necessario riconoscere che la regola del prioritario esame del ricorso incidentale costituisce una eccezione prevista per i soli casi in cui il ricorrente principale non contesta l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale o seppur l'abbia contestata vi siano più di due partecipanti.

²⁰⁴ Così Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811, in www.giustizia-amministrativa.it.

raccolta, conferimento, smaltimento di rifiuti solidi urbani, applicazione e riscossione della tariffa di igiene ambientale nel comune di Cavallino-Treporti.

L'aggiudicazione e l'ammissione della ATI vincitrice venivano impugnate dall'impresa, che già gestrice del servizio, risulta seconda classificata nella nuova procedura.

A sua volta l'aggiudicataria con ricorso incidentale deduceva l'illegittimità dell'ammissione della ricorrente principale.

Il TAR veneziano aveva esaminato entrambi i ricorsi sancendo l'illegittimità tanto dell'aggiudicazione definitiva che degli atti di ammissione delle due associazioni in virtù dell'interesse strumentale di entrambe le ATI alla rinnovazione della gara²⁰⁵.

La ricorrente incidentale ricorre così in appello, deducendo che l'esame del ricorso principale, doveva essere precluso a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale. Inoltre viene rilevato che nel caso di specie, effetto immediato dell'accoglimento del ricorso principale non sarebbe stato l'obbligo di rinnovazione dell'intera procedura, bensì solo un segmento di gara concernente la valutazione dell'offerta finanziaria.

Il collegio remittente nell'esaminare la vicenda ripercorre tutti gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza in merito al rapporto tra ricorso principale e incidentale.

Come affermato nella precedentemente citata pronuncia del 2006, un orientamento ritiene prioritario, in applicazione dell'articolo 276 comma 2, c.p.c., ed a prescindere dal numero delle imprese partecipanti, l'esame delle questioni dedotte con il ricorso incidentale qualora questo sia in grado di paralizzare, in caso di fondatezza, la cognizione dell'impugnazione principale.

Una seconda tesi afferma che l'esame del ricorso incidentale può avere luogo solo dopo che sia stata valutata la fondatezza del ricorso principale perché è solo questa che fa sorgere l'interesse della parte all'esame della censura incidentale e non la mera proposizione del ricorso principale. Infatti, la subalternità e il carattere accessorio del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale nella fase di proposizione va tenuta in considerazione anche in sede di scrutinio dello stesso²⁰⁶.

Infine secondo la posizione della Quinta sezione del Consiglio di Stato, espressa nel 2002, su cui si basa la pronuncia di primo grado della vicenda che viene ora sottoposta all'Adunanza

²⁰⁵ Le due imprese erano le uniche partecipanti alla gara. Una terza impresa era stata esclusa già al momento della presentazione della domanda.

²⁰⁶ Questa tesi viene tuttavia criticata dal collegio remittente in primo luogo perché tale deliberazione è stata espressamente esclusa dalla stessa giurisprudenza qualora il *thema decidendum* del ricorso incidentale determini l'inammissibilità del ricorso principale per difetto d'interesse, essendo, in tal caso, la "prova di resistenza" favorevole al ricorrente incidentale, l'accoglimento del ricorso principale lascia sornito di tutela il ricorrente incidentale. E ciò in contrasto con l'art. 37, T.U. Cons. Stato che limita l'accessorietà ai solo due casi ben determinati di successiva rinuncia e tardività del ricorso principale. Rimane fermo in tutti gli altri casi quindi l'obbligo del giudice di esaminare anche il ricorso incidentale.

plenaria, arrestare il giudizio ad un momento logicamente anteriore all'esame del ricorso principale per inutilità di accertarne il fondamento, significa considerare l'interesse del ricorrente limitatamente all'aspetto puramente processuale, senza valutare quello sostanziale alla decisione della sua domanda, anche se mirante ad un esito diverso dall'aggiudicazione. Pur non essendo nelle condizioni di aggiudicarsi la gara, il ricorrente principale resterebbe comunque titolare dell'aspettativa di aggiudicarsi quella nuova che la stazione appaltante sarebbe obbligata a celebrare, una volta dimostrato che anche l'aggiudicatario versi in analoga situazione d'incompatibilità. L'utilità che il ricorrente trae in questo modo dall'accoglimento della sua domanda pur essendo minore rispetto a quella che egli si attendeva al momento della proposizione è comunque rilevante e soddisfacente in qualche misura del suo interesse.

L'ordinanza esprime considerazioni ulteriori a favore di quest'ultima tesi.

Viene equiparato il ricorso incidentale all'eccezione riconvenzionale che in quanto tale è idoneo ad modificare o sovvertire il *thema decidendum* posto dal ricorrente principale. Secondo il principio dispositivo proprio dell'articolo 112 del c.p.c. il giudice ha l'obbligo di pronunciarsi su tutta la domanda e non solo su parte di essa, proprio per questo l'interesse del ricorrente principale non potrà dirsi soddisfatto qualora il suo ricorso non venga esaminato

Colui che in virtù dell'esito della procedura ha ricevuto un posizionamento in graduatoria deve essere considerato legittimato a contestare le fasi successive della gara e conserverebbe questa stessa posizione anche successivamente all'esame del ricorso incidentale.

L'assenza dei requisiti di partecipazione del ricorrente principale è difatti frutto di un accertamento che avviene nel corso di un giudizio, che egli stesso istaura nella piena qualità di legittimato ad agire, in quanto concorrente non aggiudicatario.

Accertamento quindi successivo, su istanza del portatore di un interesse contrapposto, ma che non può essere considerato "*di fatto*"²⁰⁷, alla stregua del soggetto che non è legittimato perché

²⁰⁷ L'interesse strumentale del ricorrente principale non sarebbe di mero fatto poiché diversamente dal non partecipante alla gara che spera in una gara successiva o dal presentatore di un'offerta legittimamente e definitivamente estromessa per inidoneità sin dalla fase della valutazione, l'offerente non aggiudicatario è stato comunque ammesso a partecipare alla gara ed alle fasi successive, diventando portatore di un'aspettativa all'aggiudicazione, non realizzata in sede di graduatoria finale. La sua posizione perciò non appare comparabile a quella del non offerente o del concorrente legittimamente e definitivamente escluso in sede di qualificazione. L'uno ha partecipato a pieno titolo alla procedura con un'offerta ritenuta pienamente valida dall'amministrazione ed è comunque portatore di un interesse all'esito della gara, anche sostanziantesi nella sua ripetizione. Gli altri invece ne sono stati estromessi *in limine* e non hanno alcun interesse a dedurre vizi contro le ulteriori fasi della gara, non potendo trarne alcun giovamento, neppure sotto l'aspetto strumentale. Vi sarebbe una sostanziale differenza tra chi non ha partecipato o è stato escluso dall'amministrazione e chi in virtù di un giudizio dell'amministrazione ha ottenuto un posizionamento in graduatoria. Il primo non ha alcun interesse a contestare gli atti riguardanti una procedura che non lo ha visto partecipare il secondo non può considerarsi legittimato a causa della presenza del provvedimento preclusivo della sua partecipazione. In tal caso potrà ricorrere contro tale atto preclusivo, ma una volta respinta la censura vanno dichiarate inammissibili o improcedibili le ulteriori censure riguardanti i punteggi attribuiti ai candidati.

definitivamente non ammesso a partecipare alla selezione o perché addirittura non vi abbia partecipato.

L'ordinanza quindi accogliendo pienamente tale ultimo orientamento rimette la questione alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per la risoluzione del contrasto giurisprudenziale²⁰⁸.

2.3. LA PRONUNCIA DELL'ADUNANZA PLENARIA 11 NOVEMBRE 2008, N. 11

L'Adunanza Plenaria risolve la questione sottoposta al suo esame sulla base di tre argomenti.

Il primo, di tipo normativo, prende spunto dalle disposizioni disciplinanti il ricorso incidentale nel giudizio impugnazione.

Il secondo, di tipo logico e processuale, riguarda le regole per stabilire un corretto ordine d'esame delle questioni.

Il terzo, di giustizia sostanziale, concerne il principio di imparzialità del giudice e di parità delle parti.

In primis viene quindi richiamato il contenuto dell'articolo 37, ultimo comma, del T.U. Cons. Stato che dispone espressamente l'accessorietà del ricorso incidentale nelle due ipotesi di rinuncia o tardività nella proposizione del ricorso principale. Per identità di *ratio* inoltre, afferma l'Adunanza, l'accessorietà deve essere estesa anche ai casi di perenzione e improcedibilità del ricorso principale per tardività del deposito²⁰⁹. Questa disposizione, chiama l'interprete in tutti i casi non disciplinati, a stabilire se e quando sussistano ragioni preclusive all'esame del ricorso incidentale.

Subentra quindi l'argomento di tipo logico e processuale.

L'ordine che deve essere seguito dal giudice nell'esaminare i ricorsi deve basarsi su un principio di economia processuale, ossia il ricorso che sembra dirimente avrà la priorità.

Per ragioni di logicità, a volte il giudice può esaminare prima il ricorso principale e se risulti infondato non esaminare il ricorso incidentale dato che il controinteressato non ne avrebbe interesse. Tuttavia non è precluso al giudice in virtù di un principio generale di economia processuale esaminare prima il ricorso incidentale e se questo risulti fondato dichiarare inammissibile il ricorso principale.

²⁰⁸ Per i commenti all'ordinanza si vedano R. CICCHESI, *Alla plenaria l'ordine di esame delle questioni in presenza di ricorso incidentale avverso una gara con due soli concorrenti*, in *Corr. Mer.*, 2008, 983; R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 919.

²⁰⁹ V. punto 13 della motivazione, per cui in questi quattro casi viene affermata l'improcedibilità e quindi la natura subordinata del ricorso incidentale rispetto a quello principale.

Questo avviene ad esempio in tutti quei casi in cui le censure contenute nel ricorso incidentale mirino a contestare i punteggi attribuiti o la graduatoria finale e il ricorrente principale, anche qualora le sue censure fossero fondate non avrebbe comunque possibilità di ottenere l'aggiudicazione. In tal caso il ricorso principale non supererebbe la cd. "*prova di resistenza*" visto che l'atto impugnato non potrebbe essere annullato neanche in caso di fondatezza del ricorso stesso ed il risultato sostanziale sarebbe il medesimo ossia il mantenimento della situazione in contestazione senza l'annullamento di alcun atto²¹⁰.

Qualora invece con il ricorso incidentale si contesti l'atto di ammissione della ricorrente principale, e alla gara abbiano partecipato più di due concorrenti, risulta pacifico a detta del collegio, che venuta meno la legittimazione della prima ricorrente, l'impresa esclusa non potrebbe conseguire oltre che l'aggiudicazione nemmeno la ripetizione della gara e l'amministrazione non potrebbe che scalare nella graduatoria a favore del terzo, a meno che non decida di procedere con i propri poteri di autotutela. Il ricorso principale andrà dichiarato quindi in questi casi improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione a causa dell'accoglimento del ricorso incidentale.

Tuttavia anche in tal caso il giudice potrebbe, per esigenze di economia processuale, esaminare prima il ricorso principale che, in quanto infondato, renderebbe improcedibile il ricorso incidentale²¹¹.

Diverso il caso, oggetto dell'ordinanza di rimessione, in cui ci siano in gara solo due imprese. Afferma l'Adunanza che il ricorso principale in questo caso non può essere dichiarato improcedibile perché non viene meno l'interesse alla rinnovazione della gara da parte dell'impresa ricorrente. La stessa infatti non mira solo a far venire meno l'aggiudicazione, ma anche ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti della gara con la conseguenza che l'amministrazione dovrà indirne una nuova con un ulteriore bando²¹².

²¹⁰ Viene affermato nella motivazione che in tutti questi casi il ricorso incidentale costituisce un'eccezione in senso tecnico.

²¹¹ Tutti questi casi sarebbe accomunati da una ambivalenza dell'ordine d'esame che è per questo possibile lasciare nella discrezionalità del giudice visto che il risultato sarebbe quello della soccombenza del ricorrente principale con la sostanziale conservazione della situazione difesa dal ricorrente incidentale,

²¹² A questo punto, il collegio richiama l'Adunanza n. 1 del 2003 e la sentenza della CGUE 11 gennaio 2005 C-26/03 per cui deve garantirsi l'interesse delle impresa a ricorrere contro gli atti che gli precludano la partecipazione alla gara affinché possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento. Per l'applicazione e un commento a questo passaggio della Plenaria cfr. M. BALDI, *Precisazioni su ricorso incidentale e commissioni di gara*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2761, in *Urb. e app.*, 2009, 1224. Nella pronuncia annotata si riconosce l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara in capo al ricorrente principale che contesti la legittimità della costituzione della commissione di gara. Accertata l'illegittimità di questa, in quanto presupposto per la correttezza dell'intera procedura, anche a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale escludente, residuerebbe, per entrambi l'interesse al rinnovazione dell'intera attività amministrativa.

Vi è quindi per il ricorrente principale tanto l'interesse ad agire, consistente nell'utilità diretta a cui ambisce l'impresa, ossia l'aggiudicazione, quanto, una volta venuta meno tale possibilità in virtù dall'accoglimento del ricorso incidentale, l'interesse a veder comunque ribandita la gara da cui si è stati esclusi nel corso del giudizio.

L'Adunanza afferma espressamente che “*il più*” ossia l'interesse a ricorrere, “*contiene il meno*” ossia l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara. Diversamente, si finirebbe per favorire il ricorrente il cui ricorso sia stato esaminato per primo dal giudice²¹³.

Afferma il collegio che in virtù del fatto che pacificamente si ritiene esistente la possibilità di azionare la tutela giurisdizionale tanto per l'impresa esclusa in *limine* dall'amministrazione, quanto per quella che non abbia proprio potuto presentare domanda a causa delle clausole preclusive contenute nel bando, sembra necessario riconoscere anche alla ricorrente estromessa in sede di giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, tale garanzia.

Questo interesse a ricorrere “*minore*” o “*secondario*”, ossia strumentale alla rinnovazione della gara si sostanzierebbe nell'esame del ricorso stesso ai fini del venir meno dell'ammissione del controinteressato.

Specularmente in tale caso non può neanche affermarsi come prioritario l'esame del ricorso principale poiché, se questo risultasse fondato comporterebbe il venir meno dell'ammissione e dell'aggiudicazione del ricorrente incidentale con la necessaria improcedibilità dell'esame del suo ricorso. Qualora si esaminasse prioritariamente il ricorso principale questi sarebbe di pari protetto e al riparo da ogni censura riguardante la legittimità dell'ammissione alla procedura. La reciprocità delle censure comporta invece una simmetria delle posizioni processuali delle parti per cui entrambi i ricorrenti, qualora sia accertata l'illegittimità della loro mancata esclusione, devono essere considerati portatori, in ugual maniera, dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

In terzo luogo a questo punto viene di conseguenza in rilievo l'argomento di giustizia sostanziale. Sostiene il collegio che le parti nel processo si trovano davanti ad un giudice terzo e imparziale, e sono in condizioni di assoluta parità secondo i principi contenuti oltre che nel nostro ordinamento processuale, in quello costituzionale e comunitario.

²¹³ Naturalmente questo vantaggio è ottenibile solo nel caso di fondatezza del ricorso principale o di quello incidentale. Qualora invece il primo sia infondato anche se i concorrenti sono solo due il ricorrente incidentale non ha alcuna utilità nello scrutinio del suo ricorso, anzi ottiene dal semplice rigetto la “*conferma*” della propria aggiudicazione. Viceversa nel caso di infondatezza del ricorso incidentale il ricorso principale dovrà essere sempre esaminato cfr. L. IERA, *L'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale nelle gare con due soli concorrenti*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 753.

In virtù del rispetto di tali principi una scelta del giudice sull'ordine da seguire nell'esaminare i ricorsi non può condizionare l'esito della controversia.²¹⁴

2.3.1. Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza

I primi commenti sulla posizione della Plenaria hanno sollevato molte criticità sull'approdo interpretativo raggiunto dal Consiglio di Stato²¹⁵.

La soluzione interpretativa, secondo molti autori, sembrerebbe basarsi su criteri “*metagiuridici*” quali il richiamo generale all'economia processuale, l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara e un riferimento all'ordine delle questioni senza l'opportuno richiamo ad argomenti di stretto diritto positivo.

In primo luogo, viene lasciata grande discrezionalità al giudice nel decidere l'ordine di esame in tutti i casi in cui i ricorsi non siano reciprocamente escludenti. Questa discrezionalità viene basata su un presunto principio di economia processuale, che dovrebbe ispirare tutta l'attività del giudice amministrativo. Tale principio viene tuttavia percepito in sede di commento criticamente come vago e generico²¹⁶.

Viene affermato che, benché il principio di economia processuale possa essere considerato un supporto e un criterio ispiratore nelle scelte del giudice, non può essere considerato fondante per la sua attività, pena la perdita di razionalità del sistema²¹⁷.

La soluzione della Plenaria sembra infatti improntata ad un utilizzo indifferenziato del principio della “*ragion più liquida*”, il quale invece dovrebbe essere funzionale alla risoluzione di

²¹⁴ Precisa anche qui il collegio che la scelta del giudice può essere dettata dall'economia processuale solo qualora ciò non determini, per ciò solo, la soccombenza di una delle parti. La priorità nell'esame giurisdizionale di uno dei due ricorsi può quindi essere sostenuta da ragioni di economia processuale ma tenendo conto del principio di parità delle parti e soprattutto solo qualora non residui, come nei casi di partecipazione di sole due imprese i cui ricorsi siano reciprocamente escludenti e fondati nel merito, un interesse strumentale delle stesse alla rinnovazione della gara.

²¹⁵ Effettua una primissima lettura R. VILLATA, *L'adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 11. Successivamente molti i commenti e le note all'Adunanza Plenaria, quasi tutti fortemente critici. Cfr. L. IERA, *L'ordine di trattazione* op.cit. 749; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 146 ss., *ibidem*, G. Tropea *La plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*; F. GAFFURI, *Ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 1047; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo dell'atto*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285; M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 609. In senso favorevole all'indirizzo della Plenaria cfr. G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della plenaria in www.giustizia-amministrativa.it*; L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2009, 48.

²¹⁶ R. VILLATA, *Riflessioni*, op. cit., 295.

²¹⁷ Molto dura la critica di M. MARINELLI, *op. ult. cit.*, 620, nota 27, che richiama quel filone della dottrina tedesca che descrive il principio di economia come vago e generico espressione di un “*ausylum ingnorantiae*”.

questioni preliminari basandosi su ragioni di economia processuale solo qualora ciò sia prontamente dirimente agli occhi del giudice in virtù della prospettazione contenuta nel ricorso²¹⁸.

Il supporto di tali principi infatti non può escludere che vi sia a monte un criterio logico da rispettare, come la necessaria priorità della risoluzione delle questioni di rito. Per stabilire l'ordine di esame dei ricorsi dovrebbe rispettarsi una regola che non può essere lasciata nella discrezionalità del giudice²¹⁹.

Nella soluzione delineata dalla Plenaria quindi anche l'ordine delle questioni appare un concetto "*metagiuridico*" e privo di riscontro nello stretto diritto positivo laddove invece, alcuni autori con un richiamo all'ordinamento positivo tedesco, hanno sottolineato come sia un principio immanente nell'intero sistema processuale, anche qualora non vi sia una espressa disposizione di riferimento, che il giudice debba dare la precedenza alla soluzione delle questioni di rito su quelle di merito²²⁰.

A maggior ragione questo sarebbe vero per il nostro ordinamento, in cui tale criterio logico è codificato nell'articolo 276 del codice di procedura civile.

Nell'esame della natura del ricorso incidentale, facendo riferimento ai principi mutuati dalla procedura civile si è parlato di disposizioni generali "*tecniche*" che sarebbero per la loro intrinseca funzione applicabili a tutti i tipi di processi. Fondamentale risulta quindi il richiamo all'articolo 276 comma 2 c.p.c.

A prescindere dall'opinione di chi non ritenga precettiva la disposizione richiamata, non può non essere considerata tale disposizione portatrice di un criterio di logica processuale immanente nell'intero sistema tanto da non ritenerlo applicabile nell'esame giurisdizionale delle questioni²²¹.

Oltre che per quanto disposto dall'articolo 276 c.p.c., l'argomento per cui la verifica della legittimazione a ricorrere debba precedere l'esame di tutte le altre questioni sembrerebbe infine secondo altri una stretta ragione di logica²²².

²¹⁸ Si può inoltre dar conto di quella parte della dottrina civilista che considera la legittimazione a ricorrere sempre una questione preliminare di merito, la cui risoluzione qualora immediatamente emergente in virtù della prospettazione contenuta nel ricorso, si manifesta subito al giudice come prontamente dirimente in virtù del principio della "*ragion più liquida*", sul quale quindi si andrà compiutamente a formare il giudicato. Cfr C. PUNZI Il processo civile, Vol. I, Giappichelli, 2012, 314-315.

²¹⁹ Cfr. G. PELLEGRINO *op. ult. cit.*, secondo cui: "*In definitiva più che di un ordine di esame, si tratterebbe di un ordine di esposizione della decisione assunta e di economia nella sua illustrazione, atteso che è l'esito della decisione su uno dei due mezzi che può consentire di prescindere dall'altro*".

²²⁰ M. MARINELLI *op. ult. cit.*, 620 ss.

²²¹ R. VILLATA, *Riflessioni*, 294.

²²² F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1957, 117, per cui la legittimazione è indispensabile ai fini dell'esistenza dell'interesse all'impugnazione. V. CAIANELLO *Manuale*, *op. cit.* 577 ss. A. SANDULLI, *Il giudizio*,

Infine più articolate sono le osservazioni di una parte della dottrina sulle ricadute delle affermazioni della Plenaria concernenti il principio di imparzialità del giudice e di parità delle parti.

Il principio di parità delle parti, si fonda sul diritto di uguaglianza sostanziale protetto dall'art. 3 Costituzione, che nel processo comporta che si debbano trattare allo stesso modo posizioni analoghe, e in modo diverso le posizioni differenti. L'ulteriore corollario a questi principi viene scolpito nella stessa Plenaria secondo cui il giudice "*non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni*"²²³.

Difatti se la pubblica amministrazione avesse agito legittimamente, le posizioni di aggiudicataria-ricorrente incidentale e seconda graduata-ricorrente principale sarebbero invertite, per cui proprio per il principio di parità sostanziale delle parti si deve impedire che una indebita e ulteriore posizione di vantaggio possa generare l'ingiusto privilegio di evitare anche per il controinteressato il controllo giurisdizionale sulla propria posizione.

op. cit., 195 ss. secondo cui prima di arrivare ad esaminare il merito della controversia bisogna risolvere in primo luogo le questioni processuali. Immediatamente dopo alle questioni strettamente processuali dovrebbero essere verificate le condizioni dell'azione (legittimazione ad agire, interesse ad agire, possibilità giuridica). Ogni qual volta nel giudizio vengono poste in discussione la sussistenza delle condizioni dell'azione sorgono questioni pregiudiziali senza la cui soluzione in senso positivo non si può giungere all'esame dell'oggetto del giudizio. In parziale contrasto R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, secondo cui non sarebbe necessario distinguere tra questioni processuali e questioni pregiudiziali visto che sono comunque accertamenti preliminari alla trattazione del merito

²²³ Cfr. G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale*, op. cit. secondo cui se qualora sia fondata solo la censura formulata dal ricorrente principale - secondo classificato, l'aggiudicatario-ricorrente incidentale deve essere escluso. Invece qualora sia fondata solo la contestazione sull'ammissione del ricorrente principale, è condivisibile il tradizionale insegnamento che conduce all'accoglimento dell'incidentale con pronuncia di improcedibilità per carenza di interesse del ricorrente principale a censurare la fase di assegnazione dei punteggi. Se però sono fondate entrambe le reciproche contestazioni sulla fase di ammissione, non vi sarebbe motivo per cui l'aggiudicatario deve godere del vantaggio di sottrarre all'esame del giudice la fase di verifica di fondatezza delle censure relative all'aggiudicazione. In tale caso ad attribuire tale vantaggio sarebbe proprio la posizione di aggiudicatario e quindi di ricorrente incidentale che però si è formata sulla base di determinazioni (attribuzioni di punteggi) che sono direttamente contestate dall'altro concorrente. Sicché rileva l'A., vi sarebbe il "*cortocircuito di assegnare il privilegio di sfuggire all'esame giurisdizionale, grazie ad una posizione acquisita proprio sulla base delle determinazioni oggetto di contestazione*". Con l'ulteriore inaccettabile cortocircuito di assegnare maggiore protezione a chi ha ingiustamente beneficiato di due illegittimità (una in sede di ammissione, l'altra in sede di attribuzione del punteggio) rispetto a chi in sede di attribuzione del punteggio è stato ingiustamente penalizzato in favore del primo (mentre al pari di questo è stato illegittimamente ammesso). Secondo questa parte della dottrina favorevole alle condizioni poste dalla Plenaria il fatto che gli atti di esclusioni non siano direttamente impugnabili e quindi l'esigenza processuale ispirata anch'essa al principio di economicità, secondo cui le contestazioni di un procedimento di evidenza pubblica da parte delle imprese ammesse, devono essere rinviate all'esito dello stesso, per verificare in concreto l'interesse ad agire, non può in alcun modo risolversi in danno di uno dei soggetti interessati. Come nemmeno tale effetto pregiudizievole può derivare dall'ordine di esame di censure afferenti la fase di aggiudicazione e di censure afferenti la fase di ammissione

Non può quindi essere la scelta di esaminare prima le impugnazioni sull'ammissione del ricorrente principale a penalizzare ulteriormente la parte che ha subito l'illegittimità nel procedimento²²⁴.

2.3.1.1. Considerazioni sulla legittimazione e sull'interesse strumentale dell'impresa esclusa emergenti tra le righe della Plenaria.

La Plenaria non argomenta, come sembrava invece sollecitare l'ordinanza di rimessione, sull'equiparazione tra l'impresa esclusa in via giudiziale con quella che non abbia proprio partecipato alla gara, bensì di fatto la legittima direttamente all'impugnazione dell'intera procedura.

Infatti, seppur l'ordinanza di rimessione espressamente avesse distinto la situazione del partecipante ammesso seppur in maniera illegittima o per errore alla gara da quella dell'operatore escluso dall'amministrazione, il percorso della Plenaria porta all'equiparazione *de facto* tra chi non ha nemmeno presentato domanda e chi invece viene estromesso dopo l'accoglimento del ricorso incidentale.

Il collegio tuttavia non parla di legittimazione dell'operatore escluso, ma solo di interesse a ricorrere optando quindi per l'impostazione accolta da quella parte della giurisprudenza secondo cui la contestazione dell'ammissione alla gara è idonea ad incidere solo su quest'ultimo lasciando impregiudicata la posizione soggettiva differenziata²²⁵.

Tuttavia, seppur nella sentenza non vi sia una espressa posizione sul punto la dottrina ritiene che scaturisca dalla pronuncia, in coerenza con le affermazioni dell'ordinanza di rimessione, una tendenza generale all'ampliamento della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in quanto di fatto basterebbe la sola partecipazione alla gara a differenziare l'impresa offerente dal *quisque de populo*. In pratica, l'accoglimento del ricorso incidentale non comporterebbe il venir meno della legittimazione in quanto rimarrebbe in piedi la situazione sostanziale differenziata e qualificata laddove la "differenziazione" si acquisirebbe con la partecipazione

²²⁴ G. PELLEGRINO, *ibidem*, secondo l'A. entrambe le impugnazioni escludenti se reciproche, fondate e tempestive dovrebbero essere dichiarate improcedibili, con il conseguente onere per il giudice di passare all'esame delle censure con riferimento alla fase di aggiudicazione con ogni conseguente statuizione.

²²⁵ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1750, in www.giustizia-amministrativa.it.

alla gara, mentre la “*qualificazione*” sarebbe riscontrabile nella protezione che l’ordinamento garantisce alle imprese nel disciplinare la fase di ammissione alla procedura²²⁶.

Legittimazione ad impugnare che viene quindi implicitamente riconosciuta non solo a chi contesti *l’an* del procedimento, come ad esempio la scelta dell’amministrazione di aprire una trattativa privata, ma anche a chi contesti *tout court* lo svolgimento della procedura²²⁷.

Il rinvio della sentenza a quanto affermato nell’Adunanza n. 1 del 2003 non sembra per alcuni quindi del tutto pertinente, visto che a differenza del caso esaminato in quell’occasione all’impresa, ricorrente principale, non sarebbe preclusa la partecipazione, bensì alla stessa viene contestata la mancanza dei requisiti per la conservazione della posizione di ammessa²²⁸.

La soluzione secondo alcuni commentatori sembrerebbe più chiara qualora si immaginasse la possibilità di impugnare direttamente il provvedimento con cui l’amministrazione escluda dalla gara il concorrente. In tal caso una volta che il giudice abbia dichiarato legittima l’esclusione dell’impresa, questa non avrebbe alcun titolo per contestare né l’aggiudicazione né gli altri atti di gara. Se diversamente, come affermato implicitamente dalla Plenaria, l’impresa esclusa *in limine* dall’amministrazione conservasse la legittimazione a impugnare gli atti finali della gara allora l’estensione generalizzata della legittimazione all’operatore economico non può che portare a qualche perplessità sulla razionalità e certezza di tutto il sistema processuale²²⁹.

²²⁶ G. TROPEA, *op. ult. cit.* che riporta criticamente il commento di R. CAPONIGRO, *op. ult. cit.* all’ordinanza di rimessione che si rileva sul punto della legittimazione molto più chiara rispetto all’Adunanza Plenaria. L’autore rileva che la legittimazione processuale intesa in questo modo sembra costruita artificialmente “*a traino*” dell’interesse strumentale.

²²⁷ Considerazioni effettuate da R. VILLATA nel corso del seminario: “*La decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2011: Il ricorso incidentale, la migliore difesa è l’attacco*”, tenutosi presso Palazzo Diana, sede del T.A.R. Puglia, Bari, l’11 luglio 2011, disponibile su www.cameraamministrativa.it. Dove si osserva che ciò comporta grave inconveniente pratico e teorico in quanto le norme tutelano l’operatore in quanto abbia partecipato correttamente alla gara.

²²⁸ Cfr. R. VILLATA, *L’Adunanza plenaria*, *op. cit.*, 1188, che afferma: “*Non si tratta di superare un ostacolo posto dagli atti di gara alla partecipazione (impugnativa da parte di chi non ha potuto partecipare alla procedura perché impedito dal bando illegittimo, ma del trattamento di una situazione equivalente a quella di chi alla gara non ha voluto partecipare)*”.

²²⁹ R. VILLATA, *Riflessioni*, *op.cit.*, *contra* R. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, in www.giustizia-amministrativa.it. secondo cui è evidente la differenza con l’impresa legittimamente esclusa, perché questa già al momento della proposizione del ricorso ha perduto ogni legittimazione, mentre quella esclusa dall’accoglimento del ricorso incidentale al momento della proposizione della domanda era legittimata. Ritengo che al quesito debba darsi risposta negativa. Da un lato, infatti, l’atto di ammissione della concorrente non determina comunque alcuna lesione attuale: la possibilità che l’impresa ammessa possa poi proporre ricorso contro l’aggiudicazione rappresenta, al momento in cui viene adottato l’atto infraprocedimentale di ammissione, una mera eventualità. Del resto, anche se si ammettesse l’immediata impugnabilità dell’atto infraprocedimentale di ammissione, l’esito della lite sarebbe con ogni probabilità il medesimo: l’impresa che vede contestare la sua ammissione potrebbe proporre ricorso incidentale per far valere l’illegittimità ammissione della controparte e ottenere in tal modo il rinnovo dell’intera procedura.

Per questo, una volta accertata giudizialmente l'illegittimità dell'ammissione, il ricorrente escluso, non avrebbe alcun vantaggio dall'accertamento della legittimità dell'aggiudicazione o delle altre fasi di gara.

Tuttavia questo viene riconosciuto dalla Plenaria solo nel caso di partecipazione alla gara da parte di più soggetti, mentre nel diverso caso in cui vi siano solo due imprese tale interesse invece residuerebbe come strumentale.

Ne deriva che l'aver la Plenaria aderito a tale interpretazione può conciliarsi solo con l'affermazione del principio che le vicende relative alla legittimità dell'ammissione sono idonee ad incidere sull'interesse e non sulla legittimazione, che è appunto acquisita una volta per tutte con la partecipazione alla procedura²³⁰.

Tale interpretazione introdurrebbe così una deroga alla regola secondo cui i presupposti processuali debbano sussistere dalla presentazione della domanda sino al momento della decisione bastando invece che le due imprese siano legittimate al momento della proposizione del ricorso.

Secondo alcuni la volontà di ricondurre tutto all'interesse sarebbe il chiaro segnale di aderenza a quell'esigenza di effettività della tutela e giustizia sostanziale che si raggiungerebbe tramite il superamento delle posizioni soggettive legittimanti.

La soluzione della Plenaria sembrerebbe quindi in sintonia con il carattere strumentale del processo rispetto alla giustiziabilità effettiva, nel caso concreto, senza che, proprio grazie alla salvaguardia dell'interesse, venga meno il carattere soggettivo della giurisdizione. Viene così interpretato il richiamo all'interesse strumentale come un tentativo di abbassare ulteriormente la rilevanza dello stesso, smorzato proprio da quei richiami ai principi di effettività della tutela, parità delle parti e indipendenza del giudice

Effettività che tuttavia viene considerata solo apparente da chi considera la differenziazione tra chi è stato escluso dall'amministrazione e chi nel corso del giudizio, come solo una tecnica di indebolimento del requisito della legittimazione²³¹.

²³⁰ Cfr. G. PELLEGRINO *op. ult. cit.* secondo cui, ad esempio, nel caso di esclusione per deficit assoluto del requisito morale il ricorrente incidentale potrà far valere non già un difetto di legittimazione, bensì una carenza di interesse a coltivare non solo l'aspirazione all'aggiudicazione, ma anche quella *strumentale* alla ripetizione della procedura posto che l'impresa non potrebbe comunque prendere parte neanche alla gara rinnovata. In virtù di questo orientamento accolto dalla Plenaria si potrebbe pensare all'impossibilità di censurare l'ammissione dell'impresa che anche qualora venga rindetta la gara non avrebbe comunque i presupposti per partecipare. A questa affermazione tuttavia viene ribattuto che tale censura, ad esempio nel caso del difetto di requisito di moralità, sarebbe comunque preclusiva sul piano dello stesso interesse strumentale.

²³¹ Cfr. L. TARANTINO, *La Plenaria*, *op. cit.*, 51.

Equiparazione con l'interesse ad agire che muove forse da una scorretta applicazione dell'interesse strumentale che bisogna ricordare, fa il suo ingresso nel diritto amministrativo come risvolto processuale dell'interesse pretensivo²³².

Ben prima del suo ingresso nella problematica del rapporto tra ricorso principale e incidentale la strumentalità viene infatti intesa dalla giurisprudenza amministrativa come quella tendenza al perseguimento di un risultato utile e ulteriore rispetto all'annullamento. Tramite l'azione di annullamento di un provvedimento lesivo di un interesse pretensivo l'utilità sperata è difatti ottenibile non fermandosi alla caducazione del provvedimento bensì tramite il corretto esplicarsi dell'effetto conformativo della sentenza consistente nella riedizione del potere amministrativo appunto in senso "conforme" alla sentenza²³³. L'annullamento dell'atto lesivo non si pone in tali casi come prospettiva soddisfacente per il ricorrente bensì come condizione necessaria, ma non sufficiente per ottenere il bene della vita a cui aspira a seguito della rinnovata attività dell'amministrazione.

Interesse strumentale incentivato nel solco di quella giurisprudenza particolarmente favorevole a riconoscerlo persino laddove non sia stato impugnato l'atto di esclusione, ma sia contestata solo l'aggiudicazione finale²³⁴. Per tale orientamento la sola presentazione dell'offerta costituisce il fattore legittimante che radica l'interesse strumentale del concorrente ad impugnare l'esito del procedimento ed a metterne in discussione il risultato purché lo stesso seppur non avendo la "positiva certezza" di aggiudicarsi il contratto almeno ne abbia la "concreta possibilità".

Come viene rilevato da attenta dottrina questa ricostruzione dell'interesse strumentale viene, come visto, utilizzata dalla giurisprudenza e dall'Adunanza Plenaria per risolvere il problema dei ricorsi reciprocamente escludenti, ma senza considerare che i presupposti sono diversi. Nel caso di ricorso proposto contro l'atto di ammissione il ricorrente, principale o incidentale, non ottiene l'eliminazione di un provvedimento che è per lui direttamente lesivo tale che la caducazione possa chiaramente segnare la strada da seguire per l'amministrazione. L'interesse strumentale alla riedizione non scaturisce direttamente dall'effetto conformativo bensì è rimesso alla valutazione dell'amministrazione stessa.

²³² Il rapporto tuttavia non è biunivoco. Qualora sussista il primo non è detto che esista il secondo, seppur alla richiesta di tutela dell'interesse pretensivo segua sempre quello strumentale.

²³³ Utilità che una volta ottenuto l'annullamento del provvedimento sfavorevole è sicuramente coercibile tramite l'ottemperanza alla sentenza come affermato da P. M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in 1987, Genova.

²³⁴ Cons. Stato, Sez. V, sentenza 20 ottobre 2004, n. 6874, in *Foro amm.*, C.d.S., 2004, 3589, con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI.

Nell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008 si legge che: *“Il ricorrente principale resta comunque titolare dell’aspettativa di aggiudicarsi quella nuova gara che la stazione appaltante è comunque obbligata a celebrare”*²³⁵.

Se la posizione espressa del collegio sembra chiara, la dottrina si è interrogata sull’esistenza di un effettivo obbligo in capo all’Amministrazione di ripetere la gara.

Per alcuni tale obbligo non sussisterebbe trovando applicazione la disciplina delle *“gare deserte”* affermando quindi che non si potrebbe mai negare la possibilità di una rivalutazione da parte dell’amministrazione dei presupposti per bandire una nuova gara anche alla luce della convenienza economica dell’operazione.

L’interesse strumentale in tali casi sarebbe una consequenziale possibilità, seppur più o meno probabile, di rinnovazione della procedura, tuttavia ben diverso dall’effetto di conformazione a tutela dell’interesse pretensivo che può essere fatto valere in sede di ottemperanza. Problema ulteriore quindi, oltre a stabilire se l’obbligo in capo all’amministrazione sussista, è capire se vi sia la facoltà di agire in ottemperanza per ottenere l’esecuzione della rinnovazione della gara²³⁶.

La soluzione data da un’altra parte della dottrina consiste nel considerare che gli atti precedentemente adottati nell’ambito dello stesso procedimento che siano immuni da vizi non seguono le sorti degli atti caducati a seguito dell’accoglimento del ricorso. Si osserva che l’atto con cui ha inizio il procedimento di evidenza pubblica non è infatti il bando di gara, ma è la delibera con cui l’Amministrazione, valutata l’utilità della prestazione oggetto dell’appalto, si determina a contrarre e decide di procedere con gara alla scelta del contraente. Questo atto è il presupposto dell’intera procedura di gara, rappresenta la fonte di un autovincolo per l’Amministrazione, che da quel momento avrebbe l’obbligo di portare avanti la procedura. Tale obbligo sarebbe incoercibile fino alla presentazione delle offerte non essendoci un soggetto legittimato a farlo valere e solo dopo lo svolgimento della gara l’impresa ricorrente, titolare dell’interesse alla rinnovazione della procedura potrebbe far valere la vincolatività della determinazione²³⁷.

Per altri, con il seguito di buona parte della giurisprudenza, la valenza del giudicato è destinata a prevalere sulla discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione la quale è

²³⁵ V. punto 16 della motivazione.

²³⁶ R. VILLATA, *Riflessioni*, op. cit., 291.

²³⁷ Questa la posizione di R. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale*, op. cit., secondo cui rimangono salvi in ogni caso i poteri di autotutela dell’Amministrazione, che potrebbe decidere di annullare o revocare la precedente determinazione secondo la disciplina e i presupposti degli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990.

tenuta a conformarsi alle disposizioni giurisdizionali divenute immutabili, ma qualora tuttavia la sentenza non indichi un vincolo per la pubblica amministrazione questa vedrebbe riespandersi la sua discrezionalità. Discrezionalità che in questo caso dovrebbe comunque tener conto del canone di conservazione degli atti giuridici nonché del divieto di aggravamento del procedimento e del principio costituzionale del buon andamento²³⁸.

L'ampio margine di applicabilità del concetto di interesse strumentale, se come visto lascia insoddisfatta larga parte della dottrina, concede contemporaneamente grande spazio alla giurisprudenza.

Le sezioni semplici del Consiglio di Stato e i Tribunali di primo grado aderiscono non sempre seguono puntualmente la regola affermata dalla Plenaria²³⁹.

Vi sono alcuni discostamenti che quali eccezioni sembrano affermare la regola²⁴⁰. Ad esempio interpretando diversamente, ma in tendenziale conformità con quanto affermato dalla Plenaria qualora il ricorrente principale muova censure tali da travolgere l'intera procedura il solo accoglimento di queste viene considerato sufficiente per far sorgere l'interesse strumentale alla

²³⁸ Cfr. R. MORZENTI PELLEGRINI, nella nota *ult. cit.*, 3595-3596. In sostanza la pubblica amministrazione non agirebbe legittimamente qualora decida di indire di nuovo integralmente la gara qualora sia possibile una parziale rinnovazione della stessa. Rinnovazione parziale che rimane comunque ancorata all'intervenuta identificazione di regole chiare e precostituite di fatto che la rideterminazione dei risultati raggiunti sia l'effetto di una mera operazione tecnica non essendo viceversa ammessa qualora siano necessarie nuove valutazioni discrezionali. L'A. richiama la distinzione tra procedure di aggiudicazione "automatiche" e quelle caratterizzate da profili di discrezionalità tecnica o amministrativa, ossia licitazione privata col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e l'appalto concorso. Laddove solo nel secondo caso l'illegittima esclusione di un ricorrente se accertata dopo l'esame delle altre offerte rende necessario il rinnovo dell'intero procedimento per la necessaria contestualità del giudizio comparativo delle stesse.

²³⁹ Cfr. A. GIANNELLI, *Interesse strumentale, motivazione e standstill sostanziale: il TAR Lazio tra innovazione e conservazione*, nota a T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 9 dicembre 2010, n. 35816, in *Urb. e app.*, 2011, 463, in cui nel caso di una gara con due sole concorrenti ognuna delle quali impugni il provvedimento di ammissione dell'altro il giudice garantisce l'accesso all'impresa esclusa per mezzo dell'interesse strumentale. Quest'ultimo, è slegato dalla titolarità effettiva di una situazione protetta, e secondo l'annotatrice rappresenta un oggettivazione del processo, mitigata nel caso di specie dalla limitazione dell'impugnazione contro la violazione dell'obbligo di standstill. Il giudice infatti, secondo quanto disposto dall'articolo 121 c.p.a. dovrà verificare se la violazione dell'obbligo di standstill si aggiunga a vizi propri dell'atto conseguendo solo in tal caso l'annullamento del contratto. Ciò comporta il rispetto della regola sostanziale per cui la violazione del termine deve influire sulle chance del ricorrente ad ottenere l'affidamento. Un sistema che quindi da una parte sembra guardare alla protezione delle situazioni soggettive cercando un pregiudizio concreto e effettivo e dall'altra alla ricerca del ripristino della legalità violata tramite l'interesse strumentale.

²⁴⁰ Non del tutto conforme, ma frutto di una vicenda peculiare la soluzione dell'Adunanza Plenaria del 15 aprile 2010, n. 2155, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in tema di *Project financing* in cui seppur *incidenter* si afferma che appare corretto alla stregua dei consolidati principi in tema di ordine di esame delle impugnazioni il *modus procedendi* del giudice di primo grado, il quale aveva ritenuto di esaminare prioritariamente il ricorso originario rispetto a quello incidentale, tenuto conto che ciascuna delle due parti private tendeva a conseguire il risultato dell'esclusione dell'altra dalla procedura selettiva nella quale esse erano gli unici due concorrenti. Nel ricorso incidentale si assumeva che la ricorrente avrebbe meritato l'esclusione per irregolarità dell'offerta tecnica, da accertare quindi in un momento successivo, sia logicamente che cronologicamente, a quello della verifica dei requisiti generali. L'eventuale fondatezza del ricorso principale, (confermata anche dalla Plenaria) avrebbe comportato l'esclusione del controinteressato prima ancora della fase dell'esame delle offerte tecniche, con la conseguente insussistenza di qualsivoglia interesse a censurare ipotetici vizi o irregolarità verificatisi in tale fase.

rinnovazione della gara implicando l'assorbimento delle ulteriori censure del ricorso principale e di quello incidentale²⁴¹.

Tuttavia ai fini dell'esame e per la comprensione dell'evoluzione delle dinamiche processuali che seguono la Plenaria del 2008 appare importantissimo quanto affermato dal Consiglio di Stato nel 2009. Osserva il Collegio che: *“Il c.d. interesse strumentale, riguardato nella sua oggettività, non è altro che un interesse al rispetto della legalità, paludato da riferimenti soggettivi (utilità di ripetere la procedura che il ricorrente si propone di conseguire con la deduzione di vizi che, ove fondati, sono in grado di travolgere l'intera gara), al fine di accreditarne la valenza personale, requisito necessario per poter promuovere un ricorso giurisdizionale. Sta di fatto, però, che provare di essere in condizione di trarre dall'esito favorevole del giudizio un'utilità non significa per nulla provare di essere titolari di una posizione legittimante*²⁴².

2.4. UNA SECONDA RIMESIONE. L'ADUNANZA PLENARIA 7 APRILE 2011 N. 4

Dalle criticità emerse appare evidente che l'aspetto più incerto e non risolto dalla Plenaria del 2008 rimaneva quello concernente il rapporto tra interesse a ricorrere e *legittimazione a ricorrere*.

Si avvertiva la necessità che venisse esplicitato tutto quello che sul punto, forse in parte per l'implicito accoglimento dei rilievi che erano stati mossi dall'ordinanza di rimessione, non era stato compiutamente detto in quella sede.

²⁴¹ Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2761 in *Urb. e app.*, 2009, 1224, con nota di M. BALDI. Sebbene la Plenaria non abbia accolto il criterio di esame temporale distinguendo l'ordine delle impugnazioni in base alle diverse fasi di gara, lo stesso risultato viene raggiunto tramite l'utilizzo dell'interesse strumentale dato che l'accoglimento della censura afferente all'illegittima composizione della commissione di gara viene comunque ritenuta sufficiente per la caducazione dell'intera procedura nonostante la fondatezza del ricorso incidentale escludente. Si legge nella pronuncia, richiamando i principi dell'Adunanza Plenaria n.1 del 2003 che un'impresa è titolare dell'interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara ma anche quando titolare dell'interesse strumentale mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando.

²⁴² Cons. Stato, Sez., IV, 26 novembre 2009, n. 7443, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 670 ss., con nota di G. TROPEA. Continua il collegio affermando che: *“L'aspettativa del concorrente escluso pare in altri termini non differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto che, non avendo partecipato alla gara, ambisca a candidarsi nell'eventuale rinnovazione della procedura. Se, infatti, fosse accettabile l'assunto che l'interesse strumentale, cioè la prospettiva del vantaggio consistente nella semplice possibilità di partecipare alla riedizione del concorso, basti a legittimare il candidato estromesso ad impugnare gli atti di gara, occorrerebbe con coerenza dichiarare qualunque operatore economico legittimato ad impugnare ogni gara consona al proprio ambito merceologico, a prescindere da qualsivoglia candidatura, in presenza di vizi atti a travolgere radicalmente il procedimento ed a prepararne il rinnovo. La verifica della sussistenza di una posizione legittimante, ai fini del preliminare accertamento dell'ammissibilità del ricorso, è in altri termini un'operazione che precede e che per certi versi è indipendente dalla stima dell'utilità che il processo è in grado di assicurare”*.

Dato l'ampio accoglimento da parte della giurisprudenza dell'indirizzo della Plenaria, sembrava che un risultato abbastanza stabile, seppur giudicato da molti non soddisfacente, si fosse tuttavia raggiunto.

La Sesta sezione del Consiglio di Stato, tuttavia, con l'ordinanza del 18 gennaio 2011 n. 351 decide di rimettere nuovamente la questione dell'ordine di esame tra ricorso principale e incidentale all'interpretazione dell'Adunanza Plenaria.

L'ordinanza è molto critica rispetto agli effetti e ai risvolti pratici scaturiti dall'applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del 2008 giustificando in tal modo la nuova rimessione.

In primo luogo, l'ordinanza sottolinea che con il meccanismo dell'interesse strumentale, si era dato avvio a una *“litigiosità esasperata”* e si era reso molto difficoltosa la realizzazione dell'opera pubblica.

Ritiene peraltro il Collegio che: *“Il sistema elaborato dalla giurisprudenza oltre a favorire una litigiosità esasperata non garantisca da una parte, la soddisfazione dell'interesse primario del concorrente - l'aggiudicazione dell'appalto - dall'altra, renda estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l'esecuzione dell'opera pubblica”*.

L'interesse strumentale viene percepito dal collegio remittente come una categoria processuale priva di attualità e concretezza sostanziale, di carattere ipotetico e quindi cedevole sia di fronte all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera che a quello attuale dell'aggiudicazione da parte del privato.

In secondo luogo, a riprova che l'interesse strumentale non si sostanzia nella protezione di un interesse legittimo poiché privo dei caratteri di attualità e concretezza il fatto che la pubblica amministrazione, una volta che sia stata giudizialmente annullata l'intera operazione di gara, rimarrebbe nella facoltà effettiva di rinnovarla. Queste erano in via generale le critiche maggiori mosse alla Plenaria che erano emerse in dottrina e accolte totalmente dall'ordinanza.

Anticipate sommariamente le conclusioni presentate dall'ordinanza si deve ora illustrare la vicenda oggetto della controversia.

La questione appare tanto complessa e intricata quanto simbolicamente rappresentativa della *“litigiosità esasperata”* denunciata dall'ordinanza di rimessione della Sesta sezione.

Nel caso di specie, le Ferrovie del Sud Est, indicevano una gara per l'affidamento della progettazione e dell'esecuzione dei lavori relativi alla linea ferroviaria, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A seguito dell'esito della procedura, una volta intervenuta l'aggiudicazione²⁴³, la seconda classificata proponeva ricorso al T.A.R. pugliese con cui contestava prima l'eccessiva brevità dei termini di gara, e successivamente, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione in favore della prima classificata, lamentando la mancata esclusione di questa dalla gara.

A sua volta la prima classificata proponeva ricorso incidentale, per contestare l'ammissione in gara della seconda classificata deducendo motivi di esclusione. Di risposta la seconda classificata, per fondare il proprio interesse strumentale al ricorso, proponeva con motivi aggiunti censure anche contro l'ammissione in gara della terza classificata.

La terza classificata a sua volta proponeva un autonomo ricorso al medesimo Tribunale con cui contestava l'ammissione in gara sia della seconda che della prima classificata. Queste ultime si costituivano nel secondo giudizio, proponendo a loro volta ciascuna ricorso incidentale con cui contestando entrambe l'ammissione in gara della terza classificata, deducendo che questa avrebbe dovuto essere esclusa.

Il T.A.R. adito dichiarava improcedibile con due diverse sentenze entrambi i ricorsi e non procedeva all'esame del merito della controversia²⁴⁴.

In definitiva, a seguito delle due sentenze del T.A.R. restava in piedi l'aggiudicazione in favore della prima classificata.

Le sentenze vengono appellate dalla seconda e terza classificata con la riproposizione delle censure assorbite in primo grado e il Consiglio di Stato decide di riunire i due appelli vista la connessione delle questioni.

La Sesta sezione rileva come nel caso di specie emergano: *“Questioni che hanno dato luogo o potrebbero dar luogo a contrasti giurisprudenziali ovvero sulle quali ritiene il Collegio che vi siano ragionevoli argomenti per non condividere il principio di diritto già affermato dalla plenaria”*²⁴⁵.

²⁴³ La gara veniva aggiudicata all'A.t.i. di cui era mandataria la Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a., seconda classificata era l'A.t.i. con mandataria SITE s.p.a. mentre terza classificata era l'A.t.i. di cui era mandataria G.E. Transportation System s.p.a.

²⁴⁴ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 25 marzo 2010, n. 1131, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il giudice di primo grado dichiarava improcedibile il ricorso principale per cessazione della materia poiché l'Amministrazione aveva provveduto nel frattempo a prorogare i termini di gara. Ugualmente procede alla medesima declaratoria di improcedibilità per i motivi aggiunti dato che avrebbero dovuto essere proposti entro trenta giorni, e non entro sessanta giorni dalla conoscenza degli atti come era stato fatto dalla ricorrente principale. Di conseguenza non venivano esaminate le censure di merito, e veniva anche assorbito il ricorso incidentale proposto dalla prima classificata. In relazione al ricorso principale proposto dalla terza classificata, lo stesso T.A.R., con la sentenza n. 1334/2010 accoglieva una delle censure di cui ai ricorsi incidentali proposti dalla prima e dalla seconda classificata, e dichiarava improcedibile il ricorso principale.

²⁴⁵ Bisogna precisare come nel tempo che separa le due Plenarie il ruolo nomofilattico del supremo consesso sia stato rafforzato dal codice del processo amministrativo. L'articolo 99 del c.p.a. al primo comma dispone che: *“La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere*

2.4.1 Le questioni affrontate dall'Adunanza Plenaria

La lunga e complessa ordinanza di rimessione dà vita ad un'altrettanta articolata pronuncia che affronta le diverse questioni secondo una coerente scansione logica.

Appare quindi opportuno nonché maggiormente comprensibile nell'esaminare la pronuncia scomporre l'ordinanza di rimessione in tre diverse parti al fine di analizzare immediatamente dopo la "risposta" ossia soluzione a cui giunge l'Adunanza Plenaria la cui pronuncia di conseguenza si presta ad essere analiticamente divisa.

2.4.1.1. L'ordine di esame dei ricorsi secondo l'ordinanza di rimessione della VI sezione

La prima questione su cui si chiede un intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria ha ad oggetto l'ordine di esame dei ricorsi.

La questione, già affrontata nella pronuncia n. 11 del 2008, seppur limitatamente alle controversie tra due soli concorrenti, più precisamente, attiene all'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale proposti a seguito della contestazione di una gara di appalto in cui gli ammessi mirino ad escludersi a vicenda al fine di pervenire alla rinnovazione della gara.

*il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione". Al secondo comma viene disposto che prima della decisione: "Il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali". Qualora, come caso che si sta esaminando relativo al rapporto d'esame tra i ricorsi, sorga un contrasto tra diversi orientamenti giurisprudenziali su cui già sia intervenuta l'interpretazione della Plenaria, l'articolo 99 c.p.a. prevede espressamente che qualora la sezione semplice del Consiglio di Stato voglia contestare un indirizzo già espresso dall'Adunanza Plenaria, sorge l'obbligo di investire nuovamente la stessa della questione controversa. Al comma terzo è infatti previsto che: "Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso". Proseguendo al quinto comma: "L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente". Come per il ricorso per Cassazione anche per l'Adunanza Plenaria viene prevista la facoltà di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge. Al quinto comma viene difatti stabilito che: "Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato". In merito a quest'ultima disposizione cfr. G. TROPEA, *I rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Giur. it.*, 2011, 1653. L'A. ritiene che la richiesta di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge svela l'idea di giustizia in senso oggettivo che prescinde dalla rilevanza delle questioni in gioco e quindi sia lontana dall'effettiva tutela delle parti in giudizio.*

Di conseguenza, volendo la Sesta sezione discostarsi dal principio di diritto già espresso in quella sede dalla Plenaria²⁴⁶, solleva nuovamente la questione ai sensi del comma 3 dell'articolo 99 c.p.a.

La serrata critica all'interesse strumentale viene sostenuta dal collegio remittente asserendo che lo stesso viene di fatto ad essere subordinato ai seguenti tre presupposti: *“a) che permangano le condizioni per l'esecuzione dell'opera e in primo luogo la disponibilità finanziaria; b) che la stazione appaltante abbia interesse a rinnovare il bando; c) che in sede di rinnovazione del bando non vengano inserite nuove clausole che potrebbero rivelarsi impeditive della partecipazione”*.

La subordinazione a questi presupposti rende l'interesse strumentale a dir poco ipotetico, e di conseguenza non è tollerabile che in funzione di questo vengano sacrificati, come avviene nella pratica seguendo il principio affermato nel 2008, l'interesse pubblico concreto e attuale all'esecuzione dell'opera, perlopiù in tempi ragionevoli e l'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione.

L'interesse di quest'ultimo si legge nell'ordinanza, va riconosciuto in base ad un principio di buon senso, *“melior est condicio possidentis”*, prima ancora che giuridico e che lo pone in una situazione obiettivamente più forte non distante da quella di chi abbia già stipulato il contratto. A parere del collegio remittente quindi, quello che occorre rimeditare, è la configurazione dell'interesse alla rinnovazione della gara, ossia l'interesse strumentale, che non è qualificabile, a differenza di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, come interesse legittimo²⁴⁷. Si tratterebbe infatti di un interesse privo di attualità e concretezza poiché a seguito

²⁴⁶ La stessa, come già detto, era stata oggetto della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 10 novembre 2008 n. 11 che in quella sede si basò sull'applicazione dell'interesse strumentale al ricorso e sui principi di imparzialità del giudice e parità delle parti, facendoli prevalere sulle regole ordinarie relative all'ordine di trattazione delle questioni. Si era pertanto ritenuto che quando entrambe le imprese ammesse alla gara impugnino l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice quanto all'ordine di trattazione dei ricorsi non possano avere rilievo decisivo sull'esito della lite in quanto entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara e per tale motivo il giudice, qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve pronunciarsi su tutti i ricorsi al fine di garantirne la possibilità per ciascuna impresa di partecipare alla ripetizione della gara.

²⁴⁷ Si vedrà come questo punto non sarà ripreso dall'Adunanza Plenaria che non concede spazio alle considerazioni sulle conseguenze negative che secondo l'ordinanza di rimessione deriverebbero dalla tesi sostenuta dall'Adunanza plenaria del 2008 quali la litigiosità esasperata, la non garanzia dell'interesse del privato all'aggiudicazione dell'appalto nonché la lesione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera come la perdita di finanziamenti comunitari. Cfr. F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Corr. giur.*, 2011, 114, nota 3. Secondo l'A. queste conseguenze non avrebbero nulla a che fare con la tecnica processuale e con i principi del giusto processo. Ciò che è decisamente da rifiutare tra le affermazioni contenute nell'ordinanza è l'esagerazione relativa all'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione seppur illegittima. Nel processo l'interesse dell'aggiudicatario è e deve essere esattamente pari all'interesse di ogni altra parte del giudizio. Completamente opposta l'opinione di G. TROPEA, *I rapporti*, op. cit., 1659.

dell'annullamento della gara la stazione appaltante non ha alcun obbligo nella pubblicazione di un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale.

Di conseguenza l'interesse strumentale non avrebbe la tutela garantita all'interesse legittimo in quanto: *“la relativa pretesa dunque non sarebbe azionabile in sede di ottemperanza del giudicato, ciò che è proprio di ogni situazione soggettiva avente la consistenza di interesse legittimo”*.

Per il collegio remittente quindi l'unico interesse che vanta l'impresa è quello alla vittoria della specifica gara a cui abbia legittimamente partecipato, e non anche quello al rinnovo della gara, altrimenti si porrebbe di fatto a rimettere in corsa un concorrente di cui è stato giudizialmente accertato il difetto dei requisiti di partecipazione.²⁴⁸

L'ordinanza sottolinea che l'obiettivo dell'azzeramento della gara tramite la presentazione di ricorsi reciprocamente escludenti sembra essere la logica che ispira il comportamento delle parti nella controversia che è stato chiamato ad esaminare.

A maggior riprova delle incertezze provocate da questa *“esasperazione della litigiosità”* causata dall'applicazione dei principi stabiliti dalla Plenaria, è significativa la mancata presa di posizione da parte dell'amministrazione la quale invece chiede che il giudice valuti ogni censura per ottenere indicazioni sulla legittimità delle operazioni effettuate nel corso della procedura. Con la richiesta articolata nella memoria la stazione appaltante infatti precisa: *“di non aver ancora proceduto alla stipulazione del contratto e di avere interesse a che tutte le censure siano esaminate”*.

Ritiene infine la Sezione che sulla questione non sembra neanche influire la disciplina contenuta nel neo-intervenuto codice del processo amministrativo. In particolare l'art. 42, co. 1, c.p.a., laddove afferma che il ricorso incidentale è lo strumento per proporre domande *“il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale”* non sembra possa essere inteso nel senso che la domanda *“dipendente”* debba essere sempre e necessariamente una domanda *“subordinata”* all'accoglimento del ricorso principale. Di conseguenza non vi sarebbe un ordine di esame predeterminato dal legislatore²⁴⁹.

²⁴⁸ Sul punto giova ricordare quella giurisprudenza, ancorché risalente, secondo cui, se è vero che ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere contro gli atti di aggiudicazione di contratti pubblici è sufficiente dimostrare la sussistenza di un interesse *“mediato”*, realizzabile attraverso il compimento di successivi atti dell'amministrazione, è tuttavia incontestabile che l'interesse a ricorrere deve essere escluso, quando, in relazione ai vizi dedotti dalla parte interessata, l'annullamento comporterebbe effetti conformativi, incompatibili con qualsiasi possibilità di realizzazione, anche meramente strumentale, dell'interesse fatto valere dal ricorrente cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 675.

²⁴⁹ Cfr. punto 33 della motivazione dell'ordinanza dove si riconosce che la formulazione dell'art. 42, primo comma, c.p.a., avendo tenuto conto anche della pregressa elaborazione della giurisprudenza e della dottrina, *“ancora”* la dipendenza non già alla domanda, ma all'interesse, sicché può continuare ad ammettersi l'esame prioritario del ricorso incidentale rispetto a quello principale, se abbia pregiudizialità logica, perché si tratta pur sempre di un

In definitiva come si legge nell'ordinanza sembrerebbe che la questione vada risolta per la priorità del ricorso incidentale essendo: *“più corretto e più rispondente alla reale portata degli interessi in gioco affermare la regola della necessaria precedenza dell'esame del ricorso incidentale e dedurre senz'altro, ove si accerti la sua fondatezza, l'inammissibilità per carenza di interesse di quello principale”*.

2.4.1.2. La questione della legittimazione a ricorrere dell'operatore economico di settore

A detta del collegio remittente, collegandosi alla proposta richiesta di *“disconoscimento”* dell'interesse strumentale in caso di censure reciprocamente escludenti, sarebbe anche opportuno che l'Adunanza Plenaria, superando le oscillazioni della giurisprudenza al riguardo, affermasse: *“che la legittimazione dell'impresa di settore al ricorso non possa prescindere dalla previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in relazione alla procedura che attacca”*²⁵⁰.

Il riconoscimento della legittimazione a ricorrere in capo alle *“imprese di settore”* secondo il collegio sarebbe del tutto corretto solo quando la stazione appaltante, in violazione delle regole sull'evidenza pubblica, non abbia indetto alcuna gara.

Come dimostra ampiamente la normativa comunitaria in tali casi vi è un'indubbia lesione concreta e attuale dell'interesse al rispetto delle regole della concorrenza, lesione la cui eliminazione è di per sé meritevole di tutela a prescindere dall'avvio di una successiva e eventuale nuova procedura. In tali casi il richiamo, seppur fondato, alla strumentalità dell'interesse, di frequente riscontrabile nella giurisprudenza, è improprio, trattandosi in realtà di un interesse legittimo *“tipico”*, in quanto all'impresa è stata negata la possibilità di aspirare ad un appalto per la cui esecuzione era in astratto idonea.

Del tutto diverso è a parere del collegio invece il caso dell'impresa esclusa in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale. Questa non può vantare più alcun interesse alla

modo di soddisfazione dell'interesse a ricorrere sorto in dipendenza della proposizione del ricorso principale. Secondo il collegio: *“In definitiva il ricorso incidentale resta proponibile anche su parti del provvedimento amministrativo che non hanno già formato oggetto del ricorso principale, alla stessa stregua in cui la c.d. impugnazione incidentale tardiva di cui all'art. 334 c.p.c. può essere rivolta anche contro capi autonomi di sentenza, come ora afferma espressamente l'art. 96, co. 4, c.p.a. E come l'impugnazione incidentale tardiva su capi autonomi può essere anche esaminata prima di quella principale, se ve ne sono i presupposti logici (atteso che l'unico limite alla perdita di efficacia dell'impugnazione incidentale tardiva è la declaratoria di inammissibilità di quella principale, e non anche il suo rigetto, ai sensi del citato art. 96, co. 4, c.p.a.), alla stessa stregua il ricorso incidentale può essere esaminato prima del ricorso principale se ve ne sono, come nella specie, i presupposti logici e giuridici”*. L'ordinanza accoglie quindi la distinzione tra subordinazione e condizionamento del ricorso incidentale già rilevata dalla dottrina cfr. R. VILLATA. *Riflessioni*, op. cit., 297.

²⁵⁰ La questione viene quindi sollevata, a differenza di quella sull'ordine di esame, ai sensi del primo comma dell'articolo 99 c.p.a.

rinnovazione della gara a seguito del venir meno dei requisiti di partecipazione e quindi della sua legittimazione alla domanda²⁵¹.

2.4.1.3. La soluzione dell'Adunanza Plenaria sul rapporto tra le le censure reciprocamente escludenti

Bisogna premettere che la sentenza²⁵², discostandosi dall'ordinanza di rimessione non detta una regola sull'ordine di esame dei "ricorsi", bensì si pronuncia sul rapporto di priorità tra le "questioni".

Partendo da questo dato si può comprendere perché l'Adunanza Plenaria, sebbene affermi di non condividere i principi fondanti la sentenza n. 11 del 2008, ritiene di dover rimeditare le conclusioni a cui era pervenuto il supremo consesso tre anni prima.

Viene affermato che i principi, invocati della stessa pronuncia del 2008, dell'equidistanza del giudice dalle parti, della parità delle parti e dell'interesse strumentale vanno coordinati con il rispetto delle regole poste dal legislatore, quali le prescrizioni dettate nel seguire l'ordine logico delle questioni.

Il rapporto tra ricorso principale e incidentale va correttamente definito in funzione del principio della domanda che si afferma basilare nella giurisdizione, quale è quella della giustizia amministrativa, di diritto soggettivo.

La scansione logica che deve essere tenuta in considerazione dal giudice è quella esistente tra questioni pregiudiziali da un lato e questioni afferenti al merito dall'altro laddove il ricorso

²⁵¹ Cfr. G. TROPEA, *I rapporti*, op. cit., 1659. L'A. condivide questo passaggio dell'ordinanza di rimessione visto che a seguito della Dir. 2007/66/CE non vi è alcun segnale legislativo sull'ampliamento della legittimazione. Seppur dal considerando 17 della stessa direttiva possa ricavarsi un'apertura in tal senso, essendo previsto che la procedura di ricorso: "dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione" in concreto tale possibilità non viene utilizzata dal legislatore. In concreto prosegue l'A. vi sarebbe un contrasto tra "l'interesse strumentale" tutelato dalla Plenaria del 2008 e la nuova direttiva ricorsi che all'articolo 2 *quinquies* par. 1 lett. b) richiede da parte di chi agisce contro l'aggiudicazione che vi sia una prova della perdita della possibilità di ottenere la stessa non essendo sufficiente la dimostrazione della perdita della "possibilità" di esperire il ricorso. L'assenza di un risultato utile sarebbe quindi sintomatico dell'assenza di un interesse legittimo. Sul punto cfr. anche A. BARTOLINI-S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e App.*, 2008, 1099, dove si legge che il considerando richiamato consentirebbe: "una predeterminazione dei soggetti dotati di legittimazione attiva, pur non potendosi trascurare che la nozione di legittimazione emergente nella giurisprudenza comunitaria, seppure ancorata alla affermata titolarità della situazione lesa dal provvedimento impugnato, si coniuga peraltro con un'ampia accezione di interesse al ricorso, di tipo essenzialmente strumentale".

²⁵² Cons. Stato, Ad. Plen. 7 aprile 2011 n. 4. Numerose le note alla pronuncia: R. GISONDI, *L'Adunanza Plenaria ridefinisce il rapporto tra il ricorso incidentale escludente e il ricorso principale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2011, 1103; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione*, op. cit., 105; C. LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria "boccia" l'interesse strumentale*, in *Urb. e app.*, 2011, 674; G. PELLEGRINO, *La plenaria e le tentazioni dell'incidentale*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare, La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1035.

incidentale deve essere considerato il mezzo “*idoneo*”, seppur non unico, utilizzabile dalle parti, tramite cui è possibile introdurre in giudizio una questione pregiudiziale o preliminare²⁵³.

La verifica della legittimazione non va compiuta nell’astratto interesse della legge bensì ai fini della verifica fondatezza della pretesa sostanziale. Proprio in quanto il ricorso non rappresenta la mera “*occasione*” del sindacato giurisdizionale, qualora lo stesso ponga una questione sulla legittimazione tale verifica è prioritaria. Tale affermazione è sostenuta dal diritto positivo in virtù del richiamo posto dall’articolo 76 comma 4 c.p.a. all’articolo 276 c.p.c. che prevede “*il collegio sotto la direzione del presidente decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d’ufficio e quindi il merito della causa*”²⁵⁴.

Ritiene l’Adunanza che l’interesse strumentale in quanto tale non può essere costruito come autonoma situazione giuridica soggettiva, ma indica semplicemente il rapporto di utilità esistente tra la “*accertata*” legittimazione al ricorso e la domanda formulata. Il fatto che si possa ricavare una qualche utilità dalla domanda non è sufficiente affinché si configuri un interesse protetto dall’ordinamento.

L’Adunanza supera quindi la necessità di porre una distinzione tra le controversie in cui vi siano due o più partecipanti poiché se l’esame sull’esistenza della legittimazione è prioritaria tale *discrimen* non risulta avere ragione di esistere.

La legittimazione in definitiva è un requisito che va esaminato prioritariamente a prescindere dallo strumento processuale con cui la si contesti²⁵⁵.

La Plenaria afferma che l’ordine di esame dei ricorsi non è nelle disponibilità delle parti e che gli interessi contrapposti delle imprese sono vagliati dal giudice.

Inoltre non vi sarebbe motivo di alterare l’ordine di esame delle questioni in funzione del tipo di illegittimità riguardante l’atto di ammissione in quanto resta fermo il principio che al di là del tipo di vizio lamentato ciò che rileva è la presenza accertata del difetto di legittimazione relativo a quella specifica gara oggetto del ricorso e non in relazione a successive e potenziali riedizioni della stessa²⁵⁶.

²⁵³ Punto 27 della motivazione.

²⁵⁴ Articolo 76 c.p.a. che così dispone: *Possono essere presenti in camera di consiglio i magistrati designati per l’udienza. La decisione è assunta in camera di consiglio con il voto dei soli componenti del collegio. Il presidente raccoglie i voti. La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, poi il secondo componente del collegio e, infine, il presidente. Nei giudizi davanti al Consiglio di Stato il primo a votare è il relatore, poi il meno anziano in ordine di ruolo, e così continuando sino al presidente. Si applicano l’articolo 276, secondo, quarto e quinto comma, del codice di procedura civile e l’articolo 118, quarto comma, delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile.*

²⁵⁵ F.G. SCOCA, *Ordine di decisione*, op. cit., 105.

²⁵⁶ Punto 51 della motivazione. Non viene accolto quindi quell’orientamento che voleva restringere il campo di applicazione della priorità del ricorsi incidentale solo qualora fosse accertato il radicale difetto delle condizioni soggettive e non qualora le ragioni dell’illegittima partecipazione derivino da altre cause quali la tardività o carenza

Seppur questa stretta interpretazione delle regole processuali venga da alcuni percepita come una forma di “*giustizia negata*” che non entra nella sostanza delle cose in nome della formale priorità del ricorso incidentale con un rischio di un esito ingiusto, viene contrariamente ribattuto come sia “*fisiologico*” al sistema processuale che al giudice sia impedito talvolta di entrare nel merito della vicenda in presenza di alcune preclusioni. Questo del resto avviene anche di fronte ad illegittimità evidenti che tuttavia per vizi quali la tardività del ricorso o della notificazione, non possono essere rilevate d’ufficio.

La giustizia amministrativa è una giurisdizione di diritto soggettivo e mira a realizzare la soddisfazione di pretese sostanziali non avendo quindi una generale funzione e compito di controllo sull’operato dell’amministrazione.

In un sistema incentrato sul principio della domanda la verifica della legittimazione è e deve essere sempre prioritaria. Nel voler chiudere il sistema viene inoltre sottolineato dalla Plenaria come in ogni caso le regole processuali non impediscano l’esercizio dell’autotutela da parte della pubblica amministrazione.

2.4.1.4. Il difetto di legittimazione dell’impresa (non definitivamente) esclusa

Con riguardo all’ulteriore questione posta dalla Sesta sezione, concernente la legittimazione al ricorso nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l’Adunanza afferma che essa spetta, “*salve puntuali eccezioni individuate in coerenza con il diritto comunitario*”, solo al soggetto che abbia legittimamente partecipato la procedura selettiva. Queste eccezioni sono secondo un’elencazione analitica proposta dalla Plenaria, tassativamente enucleate dalla giurisprudenza²⁵⁷.

L’Adunanza riconosce che l’evoluzione dell’ordinamento processuale amministrativo manifesta una certa “*tendenza verso il progressivo ampliamento della legittimazione al ricorso*”, ma sottolinea come questa estensione non stia avvenendo in modo indifferenziato e

dell’offerta. In tal caso secondo alcuni la fondatezza del ricorso incidentale non precluderebbe l’esame di quello principale. La Plenaria tuttavia in maniera molto restrittiva considera rilevante ai fini della legittimazione la presenza di una legittima partecipazione alla procedimento fonte e oggetto della controversia.

²⁵⁷ La Plenaria afferma che sono ritenuti legittimati al di là dell’avvenuta partecipazione il soggetto che contrasti la scelta della stazione appaltante ad indire la procedura, l’operatore economico di settore che intenda contestare un affidamento diretto o senza gara o che manifesti l’intenzione di impugnare una clausola escludente in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Tuttavia, come afferma M. LIPARI nella relazione tenuta nel corso del seminario: “*La decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2011: Il ricorso incidentale, la migliore difesa è l’attacco*”, Tenutosi presso Palazzo Diana, sede del T.A.R. Puglia, Bari, l’11 luglio 2011 disponibile su www.cameraamministrativa.it l’elencazione tuttavia non andrebbe tuttavia ritenuta come “*esaustiva*” in quanto non era quella la vera tematica rimessa alla Plenaria in relazione al principio di diritto enunciato.

generalizzato, bensì tramite il riconoscimento di posizioni di tutela ancorate a specifici presupposti normativi e situazioni tipizzate.

L'Adunanza Plenaria richiama a questo punto gli indirizzi che si sono sviluppati in giurisprudenza distinguendoli in uno “*estremo*” e uno “*moderato*” volendo discostarsi da entrambi per continuare ad affermare che vi è legittimazione alla domanda solamente nel momento in cui vi sia stata partecipazione al procedimento.

Una volta affermato questo problema ulteriore è quello di stabilire se, come ritiene un parte della giurisprudenza, possa essere sufficiente il “*fatto storico*” di aver partecipato alla procedura selettiva.

L'Adunanza ritiene che l'impresa esclusa dall'amministrazione non abbia la legittimazione alla contestazione poiché questa presuppone l'accertamento dell'illegittimità dal provvedimento di esclusione. Tuttavia non sarebbe nemmeno sufficiente il mero fatto storico della partecipazione. Il fatto che l'amministrazione non abbia estromesso la concorrente dalla procedura è legato ad una circostanza frutto di una errata valutazione della stazione appaltante, che una volta accertata nel corso del giudizio ha portata pienamente retroattiva riflettendosi sulle condizioni dell'azione come un qualsiasi provvedimento di esclusione divenuto inoppugnabile²⁵⁸.

2.4.1.5. Le ulteriori questioni processuali sull'impugnazione del bando di gara e sulla legittimazione. I temperamenti al principio di diritto suggeriti dalla Plenaria.

La seconda questione processuale di cui viene investita la Plenaria, sollevata ai sensi del comma quinto²⁵⁹ dell'art. 99 c.p.a, ha ad oggetto l'onere di impugnazione immediata del bando di gara e della legittimazione all'impugnazione del medesimo.

Secondo l'ordinanza ammesso l'esame prioritario del ricorso incidentale su quello principale un temperamento alla soluzione proposta potrebbe aversi quando l'impugnazione principale miri ad attaccare il bando di gara.

Tuttavia in siffatta evenienza, si pone l'ulteriore questione, che quindi si sottopone all'attenzione della Plenaria, in ordine all'ammissibilità o meno della legittimazione ad impugnare il bando in capo ad un'impresa che abbia scelto di non partecipare alla gara.

Emergono, secondo la Sesta sezione, due questioni fra loro connesse, concernenti sia l'impugnazione del bando che la legittimazione soggettiva.

²⁵⁸ Punto 46 della motivazione.

²⁵⁹ La questione non ha diretta rilevanza nella controversia in esame nella quale non vi è stata alcuna impugnazione del bando di gara, tuttavia, per la sua connessione con la prima questione, viene ritenuto opportuno sottoporla all'attenzione dell'Adunanza Plenaria ai fini dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge così come previsto dall'art. 99, co. 5, c.p.a., sia pure alla stregua di una sua “*interpretazione estensiva*”.

Sotto il primo aspetto si domanda se sia possibile un discostamento dalla giurisprudenza consolidata a seguito dell'indirizzo stabilito dalla Plenaria con la pronuncia del 23 gennaio 2003 n. 1 nella quale venne affermata l'impugnabilità immediata e necessaria delle sole clausole escludenti, con la conseguente impugnabilità degli altri profili del bando a procedimento concluso²⁶⁰.

Sotto il secondo aspetto sul fronte della legittimazione si chiede se sia corretto riconoscere la possibilità di impugnare il bando in capo a chi non abbia partecipato alla gara, in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale, ormai consolidato, arrivato ad affermare la necessità, salvo che in limitate eccezioni, di presentare domanda di partecipazione alla gara solo per poterne impugnare il bando.

Questa prospettata nuova soluzione sarebbe ispirata dal rispetto dei principi di buona fede e di affidamento, quali applicabili nelle trattative contrattuali fra privati²⁶¹.

Naturalmente il risvolto della tesi proposta comporta consapevolmente il riconoscimento della legittimazione al ricorso contro il bando alle “*imprese di settore*” a condizione che abbiano i necessari requisiti di partecipazione.

L'adunanza pur accogliendo il rilievo che sussistano possibili temperamenti al principio di diritto affermato affrontando la prima questione non accoglie il sollecitato *revirement* giurisprudenziale sull'impugnazione delle clausole escludenti.

Secondo la Plenaria una prima prospettiva, tuttavia non accoglibile non trovando giustificazione sistematica, consiste nel seguire nell'esaminare le questioni l'ordine cronologico delle fasi di gara.

²⁶⁰ All'origine dell'orientamento vi è una volontà deflattiva del contenzioso (solo il non aggiudicatario avrà interesse ad impugnare), che si è dimostrata nei fatti del tutto fallace, a fronte di incontestabili costi aggiuntivi per la p.a. costretta a impegnativi e lunghi rinnovi procedurali. Sul piano dei principi del processo amministrativo che la tesi lascia perplessi: se le clausole, escludenti o meno che siano, sono ritenute illegittime, non vi è giustificazione per superare i limiti temporali dell'azione di impugnazione, attesa comunque la loro lesività.

²⁶¹ Può ricordarsi l'espresso richiamo fatto, a proposito delle trattative precontrattuali, a tale principio dall'art. 1337 c.c. e quello ancora più significativo contenuto nell'art. 1338 alla responsabilità di chi, “*conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte*”. In effetti, anche a non voler ricorrere a presunzioni di acquiescenza, sembra ovvio ritenere che quell' “*affidamento*”, così spesso invocato a danno della p.a., debba valere anche a favore di quest'ultima, nel momento in cui un soggetto chiede e sia ammesso a partecipare ad un procedimento complesso e oneroso. Di questi principi di buona fede e affidamento appena menzionati è da ritenere espressione l'istituto dell'informativa preventiva in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis del codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 163/2006, introdotto dal D.lgs. n. 53/2010). Peraltro, l'assolvimento di detto obbligo non libera la parte, in caso di mancata risposta o risposta negativa dell'amministrazione, dall'onere di impugnare subito il bando, e comunque non costituisce un argomento contrario alla tesi fin qui sostenuta della inammissibilità dell'impugnazione da parte di chi partecipa alla gara pur ritenendo che il bando sia illegittimo.

La Plenaria considera non decisivo il “*criterio temporale*” in quanto non dirimente dato che come affermato in merito all’ordine delle questioni ciò che rileva è che il vizio vada a incidere sulla legittimazione a ricorrere o sul merito della pretesa²⁶².

Nel caso in cui il ricorrente principale denunci l’illegittimità del bando nella parte riguardante i requisiti di ammissione qualora il controinteressato aggiudicatario contesti a sua volta la legittimità della mancata esclusione del primo, il ricorso incidentale risulta comunque prioritario ponendo pur sempre una questione che è preliminare all’esame del merito.

L’impugnazione del bando quindi, influisce sull’ordine di esame delle questioni solo qualora vi sia una questione sulla legittimazione, rimanendo irrilevante il fatto che con il ricorso principale si contestino ulteriori illegittimità dello stesso.

Infine sussistono dei casi in cui l’esame prioritario del ricorso incidentale può lasciare spazio all’applicazione del principio di economia processuale. Qualora infatti il ricorso principale sia *ictu oculi* infondato, inammissibile, improcedibile o irricevibile il giudice può procedere alla sua immediata delibazione. Questo non scalfisce l’impianto del sistema, ma lo rende senz’altro maggiormente flessibile alle esigenze di effettività della tutela e ragionevole durata del processo²⁶³.

Solo a fini di completezza bisogna aggiungere che l’ordinanza di rimessione della Sesta sezione chiedeva alla Plenaria di fornire un’interpretazione sulla modificabilità o meno “*per riduzione*” della compagine organizzativa di A.T.I. e consorzi in corso di gara e necessità o meno che le imprese del settore che impugnino gli atti di una procedura senza bando cui non hanno

²⁶² Punto commentato da C. ALLEGRETTA nell’introduzione al seminario: *La decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2011: Il ricorso incidentale, la migliore difesa è l’attacco*, tenutosi presso Palazzo Diana, sede del T.A.R. Puglia, Bari, l’11 luglio 2011 disponibile su www.cameraamministrativa.it, in tale sede si rileva che il criterio della distinzione per fasi non viene trattato nella Plenaria per evitare un arretramento verso un sistema di giustizia oggettiva, mentre l’Adunanza vuole riaffermare primazia del processo tramite l’affermazione della necessità della verifica della legittimazione, il divieto di ultrapetizione, per cui il giudice non si deve far prendere da stimoli di giustizia oggettiva. Il ristabilire il sistema delle distinzioni tra le fasi ripristinerebbe infatti la funzione “*didattica*” del giudice amministrativo che sicuramente con il codice è venuta definitivamente meno essendo l’ingerenza del giudice nell’attività di amministrazione ammessa nei limiti della giurisdizione di merito. Cfr. anche R. CAPONIGRO *op. ult. cit.*, che invece continua a sostenere che tale divisione sia la soluzione del problema. Afferma l’A che tale criterio “*postula innanzitutto la verifica della fase procedimentale a cui afferiscono le censure proposte dal ricorrente principale, di cui è stata accertata l’illegittima ammissione in sede di esame del ricorso incidentale, vale a dire se le censure afferiscono alla fase preliminare di verifica dei requisiti di ammissione o comunque precedente l’attribuzione dei punteggi o a quella dello svolgimento della gara*”.

²⁶³ Cfr. S. CALVETTI, *Ordine di esame dei ricorsi: l’eccezione al principio affermato dall’Adunanza Plenaria*, che annota un’applicazione di tale “*eccezione*” alla regola della Plenaria contenuta nella pronuncia del Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2012, n. 1516, in *Urb. e App.*, 2012, 763. Tale pronuncia afferma che la necessità di contenere la sentenza nei limiti quantitativi imposti dall’articolo 120, comma 10 c.p.a. suggerisce di anteporre l’esame delle doglianze formulate in via principale rispetto a quelle oggetto del ricorso incidentale. Rileva l’A. che tale affermazione del principio della “*ragion più liquida*” di matrice processualciviltistica potrebbe sottendere una incoerenza laddove si interpretasse come un obbligo e non una facoltà della previa delibazione del ricorso principale onde appurarne la ricevibilità, fondatezza, procedibilità, ammissibilità.

partecipato, dimostrino il possesso dei requisiti di partecipazione a quella gara²⁶⁴. Questa terza questione che a differenza di quelle processuali viene sollevata ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a.,

²⁶⁴ Viene anche in rilievo nel giudizio, in relazione al motivo dei ricorsi proposti contro l'aggiudicataria relativo al difetto dei requisiti di qualificazione dell'impresa ausiliaria, un'ulteriore questione di diritto, che si sottopone all'esame della plenaria ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a., delineandosi un contrasto che nella giurisprudenza si profila in parte già attuale e in parte potenziale. La questione concerne l'ammissibilità delle modifiche della figura soggettiva concorrente nel corso della gara o addirittura del giudizio. Nelle sue difese in giudizio l'aggiudicataria invocava la giurisprudenza che ammette deroghe al principio di "*immodificabilità soggettiva del concorrente*", nel caso in cui venga meno un componente del raggruppamento o del consorzio, estensibile al caso di venir meno dell'impresa ausiliaria. L'aggiudicataria quindi sostiene di poter modificare la propria compagine organizzativa "*per riduzione*". La giurisprudenza, rileva la sezione remittente, è tuttavia orientata ad un'interpretazione restrittiva del divieto di modificazione previsto dall'art. 37, co. 9, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, in quanto il rigore di detta disposizione andrebbe temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di porre nel nulla le suddette verifiche. Le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo sarebbero dunque quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non sarebbero frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi. Si osserva che la soluzione meno restrittiva può essere seguita solo a condizione che la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva. La configurazione con cui si è presentato non è un dato solo formale, dovendosi presumere che sia dovuta non ad alchimie concorrenziali ma alla oggettiva indispensabilità di tutti gli apporti. Pertanto sembrerebbe preferibile la più rigorosa soluzione secondo cui: a) il principio di par condicio dei concorrenti e il principio di celerità della gara esigono che il concorrente indichi, sin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione e dell'offerta, i propri requisiti, e, in caso di raggruppamenti, consorzi, o ricorso all'avvalimento, la distribuzione dei requisiti tra i vari componenti; b) una volta indicata la distribuzione dei requisiti tra i vari componenti o tra concorrente e impresa ausiliaria, tale distribuzione resta cristallizzata e su di essa verte la verifica da parte della stazione appaltante; c) non sono ammissibili successivi aggiustamenti o redistribuzioni dei requisiti, modificativi rispetto alla originaria indicazione fatta in sede di domanda di partecipazione, perché si tratta di elementi essenziali per i quali una geometria variabile nuocerebbe sia alla par condicio dei concorrenti, sia alle esigenze di celerità della gara. La Sesta sezione ritiene quindi opportuno rimettere in discussione in radice il principio dell'ammissibilità di modifiche della compagine organizzativa del concorrente in corso di gara. La *ratio* sembra essere piuttosto quella di imporre il rispetto dell'impegno assunto da colui che manifesta la volontà di partecipare alla gara: Vero è che la giurisprudenza ha affermato che la vigente disciplina degli appalti pubblici non vieta ad imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, e dunque già di per sé in possesso dei requisiti di partecipazione, di associarsi temporaneamente in vista della gara, e che pertanto un'a.t.i. sovradimensionata non è di per sé illecita. Tuttavia la circostanza che a.t.i. e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto antitrust, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative. Molteplici istituti civilistici sono infatti "*neutri*" ai fini antitrust dovendo essere verificato in concreto il loro utilizzo a fini anticoncorrenziali. Con peculiare riguardo al corretto utilizzo degli strumenti associativi in sede di gara, nella segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha auspicato che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in a.t.i. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. Ciò perché l'a.t.i., proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse. In taluni casi concreti l'Autorità garante e la giurisprudenza ha ritenuto illecita, sul piano del diritto di concorrenza, la costituzione ex ante di a.t.i. a prescindere da ogni esigenza reale rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara, si inserisca in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e "*macroaggregazioni*" aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese per fini anticoncorrenziali più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta. Anche tale questione merita, ad avviso della Sezione, un approfondimento per valutare se sia il caso di pervenire ad un divieto generalizzato, pur in difetto di espressa previsione nell'art. 38 codice appalti, ovvero di riconoscere in capo alla stazione appaltante il potere di escludere dalla gara un'a.t.i. sovrrabbondante che costituisca

ma non viene tuttavia esaminata dalla Plenaria in quanto preclusa dall'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado.

2.4.2. Riflessioni sul riaccesso dibattito dottrinale: le obiezioni all'interpretazione dell'Adunanza Plenaria

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria, sebbene accolta dai commentatori con molto più entusiasmo rispetto a quello riservato alla pronuncia del 2008 non risulta immune da rilievi critici.

Come visto, nella sentenza viene affermato che, nel caso di ricorsi contenenti questioni reciprocamente escludenti, sia prioritaria la verifica della legittimazione dell'impresa che ricorre in giudizio poiché solo una volta riconosciuta l'esistenza di una "*situazione sostanziale giuridicamente protetta*" il ricorso che mira all'aggiudicazione o al rifacimento della gara potrà essere esaminato dal giudice.

Anche qualora con il ricorso principale si impugni tutta la gara, solo tramite la verifica della legittima partecipazione contestata dal controinteressato, si potrà ottenere, in seguito all'accoglimento dello stesso, la caducazione integrale del procedimento in virtù dell'interesse strumentale. Quest'ultimo quindi, come affermato chiaramente dalla Plenaria esiste e va garantito, ma ha come presupposto che chi agisca in giudizio abbia la legittimazione alla domanda in quanto sia titolare di un interesse protetto e qualificato²⁶⁵.

un palese artificio in danno della concorrenza eventualmente previa espressa previsione in tal senso nel bando di gara.

²⁶⁵ Cfr. R. CAPONIGRO, *L'interesse strumentale*, op. cit., inoltre, anche ove costituisca un dato di fatto oggettivo che la gara non possa essere rinnovata, a causa della scadenza di un finanziamento pubblico e, quindi, nel caso in cui la mancata rinnovazione sia il frutto di una scelta vincolata e non discrezionale, il ricorso principale potrebbe essere dichiarato improcedibile per tale ragione, ma potrebbero comunque residuare l'interesse e la legittimazione a proporre l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 34, co. 3, c.p.a. La sopravvenuta inutilità per il ricorrente principale di ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato, quindi, non determinerebbe affatto la dequotazione del proprio interesse legittimo ad interesse di mero fatto, ma potrebbe determinare semmai l'esigenza di proporre l'azione di risarcimento dei danni congiuntamente o in luogo dell'azione di annullamento. In definitiva, non dovrebbe essere posto in dubbio che l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara da parte del concorrente che abbia legittimamente partecipato sia un interesse giuridicamente qualificato e tutelato e non un interesse di mero fatto, avendo come sua specificità, come per ogni altro interesse strumentale, la circostanza che il bene della vita al quale aspira il ricorrente non può essere conseguibile immediatamente e direttamente, in esito alla pronuncia giurisdizionale di annullamento, ma solo eventualmente, a seguito del rinnovato esercizio del potere amministrativo.

Criticamente ed in via di principio, secondo alcuni nel “*tecnicismo dogmatico*” che caratterizza la sentenza, si avverte una sorta di disinteresse verso i risvolti sostanziali dell’interpretazione effettuata, portando nei fatti ad una sorta di arretramento rispetto al risultato raggiunto nel 2008²⁶⁶.

Vengono di conseguenza sollevate da parte della dottrina diverse obiezioni al principio di diritto affermato dalla Plenaria.

Viene sostenuto che, a differenza di quanto si legge nella motivazione della sentenza emessa dalla Plenaria, il soggetto escluso dalla pubblica amministrazione, anche qualora tale esclusione venga accertata giudizialmente come legittima, si troverebbe in una posizione diversa rispetto a chi si trova ad essere “*delegittimato*” in giudizio dall’accoglimento del ricorso incidentale, poiché un conto è l’effetto retroattivo della sentenza di annullamento un conto è quello che deriva dall’emanazione di una sentenza pregiudiziale.

Tale obiezioni tuttavia secondo altra parte della dottrina cade in virtù del fatto che dovrebbe pacificamente riconoscersi che il ricorso incidentale, qualora accolto, produca nella sentenza l’effetto costitutivo di eliminazione dell’atto endoprocedimentale di ammissione²⁶⁷.

Una seconda obiezione rileva che non vi sarebbe contrasto tra le due sentenze del 2008 del 2011 poiché tramite un’interpretazione costituzionalmente orientata si devono trovare dei punti di

²⁶⁶ E.M. BARBIERI, *Ricorsi reciprocamente “escludenti” ed ordine di esame delle questioni proposte*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 750. Contraria tutta quella parte della letteratura che già da tempo auspicava un ripensamento della Plenaria che sottolinea come in realtà il supremo collegio non abbia effettuato una marcia indietro contro l’interesse strumentale dato che lo stesso di per sé non possa mantenere autonomo significato se non nel suo essere collegato ad una situazione di vantaggio previamente tutelata e che non può essere certamente un “*qualunque vantaggio*”. Si nota come il ritorno al passato fosse stato compiuto con la pronuncia del 2008 che in realtà tornava all’interesse occasionalmente protetto con un compiuto arretramento rispetto ad una giurisdizione di tipo soggettivo. Per le considerazioni a favore della Plenaria si veda la posizione espressa da R. VILLATA nel seminario: “*La decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2011: Il ricorso incidentale, la migliore difesa è l’attacco*”, ult. cit.

²⁶⁷ Cfr. R. CAPONIGRO, *L’interesse strumentale*, op. cit., secondo cui la circostanza che talune pronunce di accoglimento del ricorso incidentale, in presumibile applicazione della tesi che sostiene la natura di mera eccezione processuale di quest’ultimo, non contengano nel dispositivo una espressa statuizione di annullamento dell’ammissione alla gara del ricorrente principale non può portare a ritenere che tale esito della controversia sia inidoneo a determinare la retroattività dell’accertamento dell’illegittima ammissione e della conseguente esclusione dalla gara e ad incidere sulla collocazione in graduatoria del ricorrente principale. La constatazione che talvolta la giurisprudenza, come la stessa sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, faccia discendere dall’accoglimento del ricorso incidentale l’effetto della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità del ricorso principale anziché l’effetto di annullamento dell’atto di ammissione costituisce, “*una modalità non ortodossa di redazione del dispositivo*” che, comunque, non è tale da portare ad escludere che sia proprio l’annullamento, con efficacia *ex tunc*, dell’ammissione del ricorrente principale a determinare il venire meno delle condizioni soggettive dell’azione principale *contra* P. QUINTO, *Ricorso principale e ricorso incidentale: continua il dibattito*, in www.giustizia-amministrativa.it, che non condivide le conclusioni di R. CAPONIGRO, op. e loc. ult. cit., in quanto se il ricorso incidentale si risolve in una semplice eccezione difensiva, dalla sua fondatezza non può scaturire la pronuncia di annullamento di un provvedimento, qual è l’ammissione del ricorrente principale, con effetti retroattivi al punto da parificare la posizione del partecipante alla gara, ancorché illegittimamente ammesso, al *quisque de populo*, escluso o rimasto estraneo alla procedura.

incontro, necessari per considerare la seconda sentenza non contrastante con il principio di parità delle parti²⁶⁸.

Tuttavia nell'esaminare i due casi di presunta somiglianza tra le pronunce emerge che nel primo, ossia nell'ipotesi in cui con il ricorso principale sia impugnato il bando e con il ricorso incidentale sia contestata l'ammissione del ricorrente, non vi sarebbe alcuna congruenza tra le due Adunanze Plenarie dato che in tal caso l'ordine d'esame prioritario del ricorso incidentale resta immutato. Il ricorso incidentale risulterà infondato a seguito dell'accoglimento del ricorso principale solo laddove il ricorrente dimostri la propria legittimazione²⁶⁹.

Altra presunta somiglia tra le due sentenze si riscontrerebbe nel caso in cui il ricorso principale sia diretto a contestare sia l'aggiudicazione che lo svolgimento della gara poiché in tale ipotesi il giudice dovrebbe esaminare, come si affermava nel 2008 le censure sull'intera procedura. Tuttavia anche questa obiezione cade poiché ad un'attenta lettura della Plenaria si rileva come tale ipotesi venga esplicitamente scartata nella motivazione della sentenza dove viene considerata irrilevante la circostanza che con il ricorso principale si contestino ulteriori aspetti relativi alla regolarità della procedura.

Un'altra obiezione sollevata da parte di vari autori critica che la Plenaria non tenga conto che i ricorsi reciprocamente escludenti, in quanto equivalenti, necessitano entrambi della verifica della legittimazione da parte del giudice. Viene rilevato come anche il ricorso principale parimenti a quello incidentale possa introdurre una questione di natura processuale incidendo sulla legittimazione dell'aggiudicatario²⁷⁰.

Tuttavia, questo è il nodo fondamentale sciolto dalla pronuncia per chi ne sostiene e ne accoglie con favore l'interpretazione, in quanto viene contrariamente obiettato che per quanto possa apparire “*sbilanciato*” l'equiordinazione dei ricorsi è solo apparente.

²⁶⁸ G. PELLEGRINO, *La Plenaria*, op. cit., par. 4.2, afferma che quando il ricorso principale contiene più impugnazioni e più censure di portata diversa la stessa Plenaria dia atto che non sia prioritaria il ricorso incidentale. Richiama il caso in cui il ricorso principale contesti in radice il bando o censuri la clausola della *lex specialis* la cui violazione è allegata dall'incidentale per chiedere l'accertamento dell'illegittima ammissione del ricorrente principale.

²⁶⁹ Cfr. R. VILLATA, *Annotando gli annotatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1186.

²⁷⁰ P. QUINTO, *op. e loc. ult. cit.* L'A. afferma che nel processo la verifica delle condizioni e dei presupposti legittimanti la formulazione delle domande debba valere in egual modo sia per il ricorrente principale che per il ricorrente incidentale. Se quindi il ricorrente principale e quello incidentale impugnano le rispettive ammissioni e quindi reciprocamente gli atti che conferiscono la legittimazione a proporre le impugnazioni medesime è evidente che anche per il ricorrente principale debba valere il preventivo accertamento della sua legittimazione. Nelle contrapposte contestazioni sulla ammissione al procedimento concorsuale consegue che anche il ricorrente incidentale sia carente della legittimazione ad introdurre la contestazione dell'altrui ammissione.

La stessa questione introdotta da entrambi, per il ricorrente principale è una questione di merito mentre per il ricorrente incidentale rappresenta una questione di rito²⁷¹.

Se viene contestata la legittimità dell'aggiudicazione in quanto il ricorrente incidentale doveva essere escluso l'ammissione dell'offerta dell'aggiudicatario è “*il merito*” del giudizio amministrativo.²⁷²

La questione, reciprocamente escludente, sollevata dal ricorrente incidentale è invece “*di rito*” e comporta che in tanto il ricorrente principale viene “*ammesso*” ad azionare il giudizio in quanto sia legittimato a farlo.

La questione sulla legittimità dell'ammissione sarebbe quindi identica per i concorrenti solo in “*natura*”, mentre una volta entrata nel processo si diversifica per le due parti con il risultato, del tutto conforme al principio della domanda, che il giudice non potrà entrare nel merito della questione se il ricorrente, in difetto di legittimazione, non gli consenta di esaminarlo²⁷³.

Secondo questa opinione l'interesse su cui poggia il ricorso incidentale escludente, essendo rivolto esclusivamente alla declaratoria di improcedibilità del ricorso avversario, ha quindi natura meramente processuale e non si radica, come quello principale, su una posizione soggettiva sostanziale.

Viene poi affermato da altra dottrina che, ai fini della legittimazione a proporre il ricorso incidentale “*paralizzante*” non sarebbe necessaria la qualità sostanziale di legittimo partecipante alla gara, ma risulta sufficiente quella “*precedente*” nonché meramente processuale di controinteressato, la quale deriva dall'interesse a conservare il beneficio

²⁷¹ Cfr. A. SQUAZZONI, *op. e loc. ult. cit.*; R. CAPONIGRO, *Interesse strumentale*, *op.cit.*, per cui se anche il ricorrente principale contesta l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale o deduce censure idonee, se fondate, a determinare il travolgimento della procedura selettiva, le due posizioni si pongono su un piano di maggiore simmetria, per cui la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, potrebbe porsi in contrasto con le regole che, in ambito nazionale, governano lo svolgimento del processo amministrativo e, di conseguenza, potrebbe ipotizzarsi una lesione al principio di parità delle parti e, quindi, di tutela della libertà di concorrenza.

²⁷² Cfr. R. GISONDI, *L'Adunanza*, *op. cit.*, 1095. È solo il ricorrente principale che, formulando una vera e propria domanda, deve possedere i necessari requisiti di legittimazione ed interesse che costituiscono le condizioni della azione da egli proposta. Il controinteressato, anche quando propone ricorso incidentale, rimane una parte resistente che può limitarsi a contestare sia l'ammissibilità che la fondatezza della avversa azione. Non è vero che ragionando in tal modo si viola la parità processuale delle parti. Affermare tale giusto principio, secondo l'A., non significa, infatti, azzerare le differenze strutturali che caratterizzano le posizioni che le parti assumono nell'ambito del processo. Il ricorrente privo di legittimazione non ha titolo a contestare una situazione di illegittimità dalla quale altri abbia tratto beneficio, mentre, il controinteressato ha diritto di difendersi per conservare la sua situazione di vantaggio anche facendo valere la carenza di legittimazione del ricorrente.

²⁷³ R. VILLATA nelle sue osservazione effettuate nel seminario: “*La decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2011: Il ricorso incidentale, la migliore difesa è l'attacco*”, *ult. cit.*

attribuito dal provvedimento impugnato a prescindere dal fatto che questo sia legittimo o meno²⁷⁴.

Un'obiezione proveniente dall'assimilazione con il sistema processualcivilistico sottolinea come il giudice possa accertare anche d'ufficio il difetto di legittimazione sostanziale del convenuto. Nel processo amministrativo tuttavia questo non accade perché la questione sulla legittimazione dell'offerta dell'aggiudicatario poggia su un provvedimento che rimane in piedi finché qualcuno non mette in condizione il giudice amministrativo di esaminarne la validità²⁷⁵.

Il giudice amministrativo non può accertare il vizio del provvedimento *ex officio*. A riprova di tale affermazione è sufficiente basarsi sui casi di illegittimità, anche macroscopiche, ma che se non prospettate dal ricorrente sono precluse all'accertamento del giudice bloccato dalla questione processuale.

Una parte della dottrina ha sollevato poi critiche sulla presunzione di assoluta priorità del ricorso incidentale²⁷⁶.

Tuttavia va riconosciuto come il principio affermato dalla Plenaria non presuppone una priorità *sic et simpliciter* delle questioni poste dal ricorso incidentale.

Qualora quest'ultimo non ponga una questione processuale, non è necessario il suo esame prioritario²⁷⁷. Ad esempio se il ricorrente principale chieda in subordine all'esclusione dell'aggiudicatario, l'accertamento di una erronea attribuzione del punteggio dello stesso e il ricorrente incidentale reciprocamente contesti il punteggio assegnato all'avversario il ricorso

²⁷⁴ R. GISONDI, *op. ult. cit.* 1115, secondo cui tali assunti si richiamano evidentemente alla tesi per cui il ricorso incidentale non avrebbe natura di vera e propria impugnativa costituendo, invece, uno strumento finalizzato alla proposizione di eccezioni volte a far dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale.

²⁷⁵ A. SQUAZZONI, *op. e loc. ult. cit.*

²⁷⁶ Cfr. C. VARRONE, *Ammissibilità e merito nell'esame del ricorso incidentale: un orientamento del giudice amministrativo da ripensare*, in *Giust.amm.it*, sostiene che non si possa ritenere *sic et simpliciter* prioritario l'esame del ricorso incidentale. Tale affermazione contiene un salto logico ed è ostacolata dall'articolo 8 del codice del processo amministrativo il quale dispone che ogni qual volta venga contestata al ricorrente la legittimazione processuale questi debba provare la propria *legitimitas ad causam*. Seguendo l'orientamento della AP 4/2011 in primo luogo verrebbe violato il principio processuale della parità delle parti. Qualora le parti contestino reciprocamente l'ammissione dell'altra parte alla procedura di gara è discriminatorio esaminare e poi escludere prima una rispetto all'altra. Le due parti sono nella stessa posizione e l'aggiudicazione non può concedere una via processuale preferenziale al ricorrente incidentale, specie ove sia stata lamentata da parte del ricorrente principale un'illegittimità della stessa.

²⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 1061, in www.giustizia-amministrativa.it, dove è stato prioritariamente esaminato ed accolto il ricorso principale che contestava i requisiti di partecipazione dell'impresa aggiudicataria. Di conseguenza veniva annullata l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della controinteressata in quanto in violazione del bando di gara non aveva correttamente dichiarato, in applicazione dall'art. 38 comma 1 lett. M bis) del codice dei contratti, "la non applicazione all'impresa della sospensione o della revoca o del ritiro dell'attestazione S.O.A. da parte dell'Autorità per avere prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico", condizione posta anche dal bando a pena di esclusione.

principale, poiché è l'unico a porre una questione processuale andrà esaminato per primo e se fondato l'aggiudicatario verrà escluso.

Qualora invece la prima parte, relativamente all'ammissione fosse respinta, rimanendo solo le reciproche contestazioni sui punteggi, il ricorso incidentale espletterà la sua funzione difensiva solo qualora risulti infondata la contestazione della sua offerta.

In sintesi, nella classica situazione in cui ricorso incidentale sia volto a dimostrare che il suo punteggio doveva in realtà essere maggiore, qualora risulti fondato, il ricorso principale sarà inammissibile per difetto di interesse.

Lo stesso può affermarsi nel caso del ricorso principale che miri all'esclusione dell'aggiudicatario e del ricorso incidentale che voglia ottenere la caducazione intera procedura. In tale caso il ricorso incidentale non è escludente, ma meramente difensivo e presuppone che venga respinto il ricorso principale che anche qui è l'unico che pone una questione processuale. Di conseguenza il ricorso incidentale non sembra in tal caso di grande utilità poiché se il ricorso principale fosse infondato non verrebbe esaminato per carenza di legittimazione, mentre qualora venga proposto subordinatamente all'accoglimento del secondo cade automaticamente per carenza di interesse.

Nel diverso caso in cui con il ricorso principale si contesti il punteggio mentre con il ricorso incidentale l'intera procedura si rileva come queste siano censure di merito che esulano dal principio affermato dalla Plenaria non ponendo un problema di ordine d'esame dei ricorsi.

Tuttavia la questione maggiormente problematica, su cui di dovrà tornare in seguito in virtù dell'evoluzione che sul punto scaturisce dalle ultimissime pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea e dello stesso Consiglio di Stato, riguarda l'utilizzo da parte della Plenaria, di istituti quali la legittimazione alla domanda, l'interesse ad agire e la giurisdizione soggettiva e oggettiva.

Questi strumenti secondo una parte della dottrina vengono nella sentenza utilizzati in modo improprio e "*sovraccaricati di effetti concreti*", nonostante la loro natura sia strettamente processuale e funzionale all'avvio della tutela giurisdizionale²⁷⁸.

Gli stessi dovrebbe essere più propriamente utilizzati al solo fine di garantire che si arrivi al processo in modo corretto essendo funzionali ad un controllo sull'attivazione dei meccanismi di difesa, senza che tuttavia se ne possano trarre, come si afferma avrebbe fatto la Plenaria, valutazioni attinenti al merito della controversia.

²⁷⁸ E.M. BARBIERI, *Ricorsi*, op. cit., *passim*.

In pratica si muove l'obiezione che la Plenaria avrebbe erroneamente sovrapposto i concetti di “*diritto e interesse legittimo*” a quelli di “*azione e ricorso*”, tramite un improprio utilizzo della legittimazione alla domanda.

Si parla di “*condizioni dell'azione*” e non di “*condizioni del diritto*” proprio perché l'azione è un diritto astratto al provvedimento giurisdizionale indipendente dall'esistenza o inesistenza di una effettiva situazione giuridica soggettiva e proprio per questo va distinto la ricerca del risultato utile sostanziale dall'accesso al processo.

La legittimazione quale condizione dell'azione, diversamente dai risultati a cui perviene la Plenaria dovrebbe essere correttamente intesa come la “*titolarità dell'interesse processuale ad agire*”, dove con quest'ultimo si configuri la richiesta da parte del ricorrente di un controllo, tramite la sentenza, volto al rispetto della legittimità nel procedimento in quanto la corretta gestione dello stesso è idonea a tutelare l'interesse sostanziale²⁷⁹.

La Plenaria invece riconoscendo la legittimazione solamente a colui che abbia legittimamente partecipato farebbe entrare la valutazione attinente al merito del ricorso principale tra i requisiti per l'accesso al giudizio con il risultato che possa accedere alla tutela solo colui che abbia ragione rispetto alle contestazioni eccepite contro di lui. L'interesse ad agire invece dovrebbe essere esterno e precedente alla valutazione sulla legittimità di qualsiasi atto del procedimento²⁸⁰. Viene risposto a questa complessa obiezione che nel processo amministrativo il merito non attiene all'esistenza della situazione giuridica soggettiva bensì alla verifica della legittimità del procedimento. Di conseguenza la questione di merito è contenuta nel ricorso principale e non in quello incidentale, il quale solamente, può introdurre una questione pregiudiziale non essendo in questo caso consentito al giudice rilevare d'ufficio l'esistenza del difetto di legittimazione²⁸¹.

²⁷⁹ Va rammentata la tesi per cui le norme sull'esercizio del potere amministrativo non garantiscono la soddisfazione del bene della vita, ma tutelano in via immediata e diretta un diverso interesse strumentale del privato che pretendendone il rispetto mira ad ottenere un provvedimento favorevole cfr. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 112 ss.

²⁸⁰ In conclusione il soggetto che abbia partecipato alla gara, seppur illegittimamente, dovrebbe essere riconosciuto titolare dell'interesse ad impugnare il risultato della gara al fine di verificare la legittimità dello stesso in quanto questa è una questione attinente al rito e non al merito della controversia preliminare all'accertamento della legittimità della sua ammissione.

²⁸¹ R. VILLATA, *Una postilla*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 759. Non vi sarebbe quindi una verifica della legittimità del ricorso principale nel merito bensì l'esame del ricorso incidentale. Contra F.G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, in *Giur. it.*, 2012, 2164, che risponde a questa contro-obiezione affermando come sia dimostrabile che anche per il ricorso incidentale sia necessario accertare l'esistenza delle condizioni dell'azione.

Successivamente alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato²⁸² ha fermamente rigettato alcune censure di compatibilità comunitaria e costituzionale sottoposte al suo esame. I principi racchiusi nella direttiva ricorsi su cui si faceva valere l'illegittimità della situazione giuridica in contestazione, secondo il Consiglio di Stato, non impongono di assicurare il giudizio, sempre e fino alla pronuncia nel merito, a favore di qualsivoglia soggetto che indipendentemente dalla sua giusta presenza in un rapporto amministrativo si pretenda leso rispetto ad una gara, qualora venga accertato che lo stesso non aveva titolo per parteciparvi.

Viene affermato che solo colui che vanti una corretta posizione sostanziale che lo legittimi ad essere parte nella gara può avere titolo per lamentare un eventuale *deficit* di tutela giurisdizionale nel processo²⁸³.

Da ciò ne consegue che non si riscontra l'asserita lesione del principio della libera concorrenza la cui relativa garanzia, per il profilo processuale, è data infatti dalla *“non discriminazione all'azione in giudizio fra gli aventi titolo idoneo a ricorrervi, perché titolari di una posizione sostanziale similmente tutelabile, e non già dalla garanzia che chiunque possa impugnare una procedura di gara pur se privo di una tale titolo abilitante all'impugnazione”*.

In tale quadro, la pronuncia conclude che non vi era la base per procedere al richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE perché si trattava di un caso in cui la corretta applicazione del diritto comunitario si imponeva con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito ad alcun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione della questione processuale sollevata²⁸⁴.

²⁸² Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1298, con nota di G. FIDONE. Il collegio ha respinto le censure basate sul richiamo alla direttiva 2007/66/CE, in relazione alla dedotta non trasposizione nell'ordinamento interno dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 1, della direttiva 2007/66/CE i quali sanciscono che: “2. *Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali*; 3. *Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”*.

²⁸³ In particolare, la contestazione dell'assenza dei medesimi requisiti di partecipazione in capo al ricorrente incidentale, dedotta con il ricorso dal ricorrente principale, non può essere considerata eccezione preliminare, a sua volta *“paralizzante”*, venendo a mancare in radice la legittimazione al ricorso del ricorrente principale e con ciò il titolo a dedurre avverso atti del procedimento di gara, perché si invertirebbe lo sviluppo logico del giudizio, che vuole sia anzitutto vagliata l'idoneità a domandare l'intervento del giudice in capo a chi per primo lo ha investito di una domanda su cui poggia l'intero contenzioso.

²⁸⁴ Cfr. R. CAPONIGRO, *L'interesse strumentale*, op. cit., che riporta la pronuncia summenzionata dove viene affermato che *“Non si rinverrebbe nel sistema della normativa comunitaria sul tema un principio, sul quale chiedere quale debba essere l'uniforme applicazione, per il quale il titolo all'azione in giudizio sia comunque da riconoscere malgrado il difetto della qualità per agire in giustizia, cioè della titolarità di una posizione sostanziale tutelabile, vale a dire indipendentemente dal possesso della legittimazione al ricorso (che nella specie la ricorrente principale non possiede) e la conseguente prescrizione che, pur accolto il ricorso incidentale paralizzante il ricorso principale, questo debba comunque essere esaminato e deciso, così privilegiando l'interesse, ormai di*

Sul fronte giurisprudenziale quindi si susseguono tanto posizioni di totale conformità al principio affermato dalla Plenaria quanto altre che invece si potrebbero definire “*mediane*”²⁸⁵. La giurisprudenza, in certi casi anche quando ha puntualmente seguito la strada indicata dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 in ordine al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, non ha mancato di evidenziare l’astratta azionabilità di posizioni di interesse strumentale, non dirette ad ottenere direttamente l’aggiudicazione, ma la ripetizione della gara²⁸⁶.

Posizioni maggiormente contrastanti emergono tuttavia nella giurisprudenza dei tribunali di primo grado.

Sembra esemplificativo che nel gennaio 2012, oltretutto a pochi giorni di distanza, all’interno della prima sezione (prima e prima *ter*) del T.A.R. Lazio, vengano emesse due sentenze diametralmente opposte negli esiti.

mero fatto, del soggetto non legittimato a svantaggio di quello dell’aggiudicatario ed in vista di una rinnovazione della gara onerosa, inutilmente differita e del tutto eventuale”.

²⁸⁵ V. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5749 in *ilnuovodirittoamministrativo.it* con nota di S. SABA; T.A.R. Roma, Sez. III *quater*, 26 gennaio 2012, n. 863, in *Corr. Mer.*, 2012, 409, in cui si afferma come prioritario l’esame del ricorso incidentale che contesti la corretta presentazione della garanzia fideiussoria da parte della ricorrente. La fideiussione che “*non ha certo una funzione meramente formale, ma ha il chiaro scopo di garantire la serietà dell’offerta stessa e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente*” in quanto non collettivamente presentata da tutte le imprese partecipanti al raggruppamento rende illegittima l’ammissione alla gara; Per una posizione intermedia in quanto non “*dichiaratamente*” difforme v. T.A.R. Lombardia, Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 595, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove si afferma che l’ordine logico delle censure proposte impone il previo esame del ricorso principale il cui accoglimento porterebbe alla caducazione dell’intera procedura neutralizzando così anche il ricorso incidentale escludente. Solo una volta accertata l’infondatezza del ricorso principale allora si può procedere all’esame del ricorso incidentale.

²⁸⁶ Cfr. TAR Lazio, Sez. II, 13 luglio 2012, n. 6418, per cui ai fini della soluzione del complesso tema del rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo assume un ruolo di assoluto rilievo l’individuazione del tipo di interesse azionato con ciascuna censura. In particolare, l’interesse può avere carattere “*finale o diretto*”, volto al conseguimento immediato del bene della vita, ovvero “*strumentale*”, vale a dire, rispettivamente, conseguire una nuova chance per ottenere il bene della vita agognato, nonché la già citata sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. II *ter*, 13 luglio 2012, n. 6418, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la quale nel ritenere che il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse devono produrre conseguenze coerenti con il sistema e cioè armoniche con i principi generali dell’ordinamento e, soprattutto, con quello di effettività della tutela ha accolto il ricorso incidentale “*escludente*” proposto dall’aggiudicataria annullando, con efficacia *ex nunc*, l’ammissione del ricorrente principale. Di conseguenza, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale con riferimento alle sole censure alle quali era sotteso l’interesse finale alla immediata aggiudicazione della gara, ritenendo, invece, lo stesso ammissibile con riferimento alle censure alle quali era sotteso l’interesse strumentale alla rinnovazione della gara, per cui, in ragione della fondatezza anche del ricorso principale *in parte qua*, ha annullato l’intera gara con l’obbligo di rinnovazione della stessa da parte della stazione appaltante e conseguente soddisfazione dell’interesse strumentale ad ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione da parte di entrambe le impresa. Sulla modulazione degli effetti della sentenza come cfr. il già richiamato articolo di A. CARBONE, *op. e loc. ult. cit., supra* 1.4.5.1.

La prima appare del tutto conforme all'indirizzo formulato dal Consiglio di Stato, mentre la seconda, pur affermando di condividerne l'orientamento, nella sostanza disattende i principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011²⁸⁷.

In quest'ultima sentenza²⁸⁸ si afferma che in certi casi la priorità logica del ricorso incidentale non possa precludere l'esame del ricorso principale, poiché possono sussistere ragioni concrete tali da imporre al giudice la valutazione anche delle censure proposte in via principale.

Qualora difatti il ricorrente principale faccia valere un interesse *“concreto e giuridicamente tutelato”*, distinto e diverso rispetto a quello finalizzato all'aggiudicazione, si dovrebbe seguire una diversa scansione nell'ordine di esame dei ricorsi rispetto a quello sancito dal principio affermato dalla Plenaria.

Nel passaggio fondamentale della sentenza si legge che dopo aver effettuato l'esame delle eventuali questioni preliminari e dopo l'accoglimento nel merito del ricorso incidentale con il quale si contestava la legittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale, debba comunque seguire l'esame delle questioni relative al ricorso principale ed in primo, luogo: *“la verifica dell'interesse a ricorrere dell'operatore economico secondo classificato rispetto al quale è stata accertata la sua illegittima partecipazione alla gara”* e che *“tale verifica deve essere condotta tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto”*.

Secondo il Tribunale, data la posizione di parità delle parti e la simmetria delle censure contenute nei ricorsi emergerebbero, in sostanza, due distinti interessi giuridici propri del ricorrente principale.

Il primo risulta finalizzato a contestare la partecipazione alla gara del controinteressato e l'aggiudicazione disposta in suo favore, al fine di vincere l'appalto. Il secondo, evidentemente da esaminare in via subordinata, è quello finalizzato a contestare l'omessa esclusione dalla gara del controinteressato, allo scopo, indiretto, di partecipare alla nuova procedura ad evidenza pubblica che l'Amministrazione sarebbe costretta ad avviare una volta accertata l'illegittima

²⁸⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 19 gennaio 2012, n. 648, in www.giustizia-amministrativa.it. In quest'ultima pronuncia si afferma che deve essere confermata in virtù dell'insegnamento della Plenaria la netta distinzione tra posizione giuridica sostanziale differenziata che abilita un soggetto all'esercizio dell'azione e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento ossia l'interesse al ricorso anche nella funzione finale quale è quello strumentale. La sola possibilità di ricavare una utilità non è idonea a sostenere una posizione legittimante, *contra* Sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 10 gennaio 2012, n. 197, in www.giustizia-amministrativa.it. Di quest'ultima si veda in particolare punto n. 4 della motivazione dove il collegio ritiene che il *“principio espresso dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 4/2011 non sia del tutto condivisibile e, comunque, debba essere interpretato e applicato in modo tale da evitare di giungere a soluzioni illogiche ed irragionevoli dei casi concreti sottoposti all'esame del giudice amministrativo”*. Per tale orientamento v. anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 12 luglio 2011, n. 6278.

²⁸⁸ TAR Lazio, Sez. I *ter*, 10 gennaio 2012, n. 197, in www.giustizia-amministrativa.it.

partecipazione alla gara degli unici due operatori economici che vi hanno partecipato²⁸⁹. Tuttavia tale conclusione secondo il collegio non si porrebbe in contrasto con la regola affermata dalla Plenaria per cui “*la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva*” in quanto tale principio non può riguardare il caso in cui, oltre ad avere interesse agli “*esiti della procedura selettiva*”, il ricorrente principale prospetti l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara²⁹⁰.

Diversamente secondo il Tribunale, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica, poiché di fatto si andrebbe ad attribuire al ricorrente in via incidentale una “*ingiustificata posizione di vantaggio*” rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconoscibili a tutti gli operatori economici del settore²⁹¹

2.5. La Plenaria del 2011 “*al vaglio*” delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: la sentenza n. 10294 del 2012

Sul piano costituzionale, l'ambito del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è puntualmente circoscritto ai soli motivi attinenti alla giurisdizione e proprio su questo fronte all'indomani della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 la ricorrente esclusa in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale impugna la stessa sentenza²⁹².

²⁸⁹ A parere del Collegio, il secondo degli “*interessi*” indicati non può dirsi carente una volta accolto il ricorso incidentale dell'aggiudicatario, perché tale circostanza fa, certamente, venire meno l'interesse del ricorrente principale a contestare l'aggiudicazione della gara, ma non elimina il diverso e distinto interesse a coltivare il ricorso al fine di partecipare alla nuova procedura che scaturirebbe dall'accoglimento delle censure contenute nel ricorso principale.

²⁹⁰ Critico R. VILLATA, *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni un dibattito ancora vivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 365, su questo passaggio della motivazione. Secondo l'A. appare palese che il secondo interesse vantato dal ricorrente principale non sarebbe altro che la fotocopia del primo poiché l'interesse all'esito della gara contiene il permanere in vita dell'aggiudicazione.

²⁹¹ Ragionando diversamente si giungerebbe alla conclusione di far dipendere le forme di tutela giurisdizionale, di imprese che si trovano, rispetto all'ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, nella medesima posizione, essendo entrambe prive dei requisiti di partecipazione, dagli sviluppi della procedura ad evidenza pubblica. Infatti, la prima classificata conseguirebbe non solo l'aggiudicazione, ma anche un indebito vantaggio processuale, potendo, a seguito dell'impugnazione della seconda classificata, proporre ricorso incidentale con la certezza di paralizzare il ricorso principale. Mentre l'operatore economico giunto secondo, pur potendo dimostrare che il primo classificato si trova nella sua medesima situazione rispetto al mancato possesso dei requisiti di partecipazione, si vedrebbe “*privato*” dell'interesse di chiedere e ottenere la riedizione della procedura e, quindi, della possibilità di parteciparvi.

²⁹² Corte di Cassazione, SS.UU., 21 giugno 2012, n. 10294 in *Urb. e App.*, 2012, 1017 ss., con seguente nota, *Ordine di esame del principale e incidentale: la posizione della Cassazione*, di R. DE NICTOLIS.

Vengono così sottoposti all'esame della Corte di Cassazione tre diversi motivi di presunta illegittimità della Plenaria del 2011 con cui vengono lamentati tanto lo sviamento dalle regole sulla giurisdizione quanto l'aver provocato un sostanziale "*diniago di giustizia*"²⁹³.

Con il primo motivo la ricorrente lamentava che l'Adunanza Plenaria avesse ricollegato all'accoglimento del ricorso incidentale un effetto demolitorio che, in realtà, non sussisteva, in quanto la stessa ricorrente avrebbe continuato a mantenere la propria posizione di seconda classificata e, dunque, tanto l'interesse quanto la legittimazione all'impugnazione²⁹⁴.

Il giudice amministrativo aveva sostanzialmente finito con "*l'abdicare all'esercizio della propria funzione giurisdizionale in violazione anche dei principi del giusto processo e della parità delle parti*".

Con il secondo motivo la ricorrente sosteneva che, anche ammettendo la possibilità di apprezzare il ricorso incidentale come una vera e propria domanda capace di travolgere la posizione in graduatoria della stessa ricorrente principale, l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto riconoscere che anche tale domanda postulava lo stesso presupposto, ovvero sia quella legittima partecipazione alla gara che, dal canto proprio, aveva specificamente contestato con apposite censure, il cui mancato scrutinio integrava: "*un diniago di giustizia che, oltretutto, aveva procurato alla controinteressata un indebito vantaggio contrario a diritto ed equità*"²⁹⁵.

Con il terzo motivo, lamentava che la Plenaria avrebbe dovuto rendersi conto che a fronte del fatto che l'esito del giudizio era soggetto a mutare a seconda del ricorso che si esaminava per

²⁹³ Nella pronuncia la Cassazione conferma come sia ormai pacifico che nei motivi attinenti alla giurisdizioni rientrano le ipotesi elaborate nell'evoluzione del diritto vivente prodotto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla stessa Cassazione. La Corte precisa infatti che: *la ricorrente mira correttamente con i suoi tre motivi, a sollevare una questione non meramente processuale, ma di giurisdizione, che anche dopo la riforma dell'art.111 Cost. continua a rappresentare l'unico motivo per il quale possono impugnarsi le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. A questo proposito giova però ricordare che le norme sulla giurisdizione hanno subito una profonda evoluzione, passando da limite ai poteri del giudice nei confronti dell'Amministrazione o di altri giudici a strumento per una più appropriata tutela delle parti (Corte cost. n. 77 del 2007). Nell'attuale sistema, cioè, la legge riserva la cognizione di una determinata domanda ad un giudice anziché ad un altro perché su quella specifica causa egli è in grado di fornire al richiedente una risposta più adeguata. In una prospettiva del genere, in cui la funzione giudiziaria evoca, ormai, un'idea più di servizio che d'imperio, può insorgere una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione (C. Cass. n. 30254 del 2008). Al riguardo non va, tuttavia, trascurato che, nei limiti del ragionevole, il Legislatore è libero di fissare presupposti e condizioni per attivare o coltivare un processo, per cui se muovendosi nell'ambito di tali ultime disposizioni, il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda potrà semmai discutersi di violazione o falsa applicazione delle medesime, ma non di rifiuto di una tutela che la stessa legge non accorda in difetto di date condizioni o presupposti*".

²⁹⁴ La ricorrente deduce nel primo motivo di ricorso il vizio di: "*eccesso di potere giurisdizionale per mancato esercizio della funzione giurisdizionale in materia di appalti pubblici sottoposti alla disciplina comunitaria. Illegittimo diniago di legittimazione al processo. Violazione art. 360 c.p.c., n. 1 e art. 362 c.p.c., n. 1 e artt. 1, 2 e 3 c.p.a.*".

²⁹⁵ Con il secondo motivo deduceva il difetto di giurisdizione: "*sotto altro profilo dell'esercizio del potere giurisdizionale ex art. 111 Cost., art. 360 c.p.c., n. 1 e art. 362 c.p.c., n. 1. Violazione dell'art. 42 c.p.a.. Violazione del principio della parità delle parti nel processo*".

primo, la normativa internazionale, comunitaria e nazionale imponeva di esaminarli entrambi, per scongiurare un evidente sviamento della funzione giurisdizionale, intesa come servizio *"preordinato ad assicurare la giustizia sostanziale nei rapporti controversi"*²⁹⁶.

Il supremo collegio dopo aver ripercorso le posizioni delle due Adunanze Plenarie del 2008 e del 2011, dichiara il ricorso ammissibile in quanto le doglianze della ricorrente oltre che essere in regola con i requisiti di legge risultano rientrare correttamente nell'unico motivo di impugnazione ammesso nei confronti delle decisioni del massimo organo della giustizia amministrativa, ossia tra i motivi attinenti alla giurisdizione.

Tuttavia quanto lamentato dalla ricorrente non viene ritenuto sufficiente per giustificare la cassazione della decisione impugnata, in quanto la stessa non sarebbe la conseguenza di un *"aprioristico diniego di giustizia"*, bensì del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati con la Plenaria del 2008 la quale aveva raggiunto il risultato di ristabilire il *"dovuto ordine delle cose"* attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate.

Dato atto quindi che è stata già sperimentata la praticabilità di una diversa conclusione rispetto a quella raggiunta dalla Plenaria del 2011, ciò induce a riflettere sul fatto che, il giudice dovrebbe privilegiare tra le alternative interpretative quella che assicura e non ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge.

Questo inoltre conferma che ciò di cui si discute è la bontà o meno di una nuova interpretazione e, dunque, di un possibile *"errore di diritto"* che non può formare oggetto di doglianza dinnanzi alla Cassazione che per questo rigetta il ricorso²⁹⁷.

In conclusione quindi il collegio dubita dell'assolutezza del principio della pregiudizialità del ricorso incidentale escludendo evidenziando come l'approdo cui è giunta la Plenaria del 2011 costituisca solo un possibile esito, seppur poco apprezzabile, dell'interpretazione delle norme e dei principi processuali che presiedono l'esercizio della tutela giurisdizionale.

2.5.1. *L'obiter dictum*: il monito a ristabilire il *"dovuto ordine delle cose"*

²⁹⁶ La ricorrente deduceva quindi il difetto per: *"mancato esercizio della funzione giurisdizionale derivante dalla violazione del principio della parità delle parti nel processo in conseguenza dell'ordine di trattazione delle domande contrapposte, rimesso alla scelta del giudice. Violazione art. 1 Direttiva 2007/66/CE"*.

²⁹⁷ Cfr. F.G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate*, op. cit., 2161, che criticamente osserva come seppur la sentenza sia chiara nel dispositivo non lo sia altrettanto nella motivazione. Oltre al fatto che i tre motivi sollevati dalla ricorrente non vengono puntualmente esaminati nella motivazione che rimane generica, non risulta coerente la declaratoria di ammissibilità con il rigetto del ricorso. Secondo l'A. infatti o l'errore di diritto comporta e si sostanzia in un diniego di tutela e allora il ricorso oltre che ammissibile deve essere di conseguenza fondato, oppure l'errore di diritto in quanto tale non dovrebbe proprio aprire la strada all'ammissibilità dell'esame del ricorso. La pronuncia apparirebbe nella sostanza come una parere critico e generico dato dalla Cassazione alla Plenaria del 2011.

Seppur quindi la questione venga respinta, ciò che rappresenta sicura fonte di interesse nell'ambito del rapporto tra ricorso principale e incidentale è quanto affermato dalla Cassazione nella motivazione della decisione in un importante *obiter dictum*.

Il collegio infatti esprime *incidenter* quello che appare e che viene avvertito anche nei commenti della dottrina, come un vero e proprio “*monito*” nei confronti del giudice amministrativo.

Entrando quindi nel “*merito*” della questione, senza tuttavia compiere una completa ponderazione degli argomenti favorevoli e contrari all'indirizzo interpretativo del Consiglio di Stato, la Corte rileva come la decisione dell'Adunanza Plenaria non sia stata condivisa da tutti i T.A.R. che si sono in seguito pronunciati ed abbia ricevuto le critiche di una parte della dottrina²⁹⁸.

Questo basterebbe secondo il collegio per denotare una “*crisi del sistema*” diventato poco attento alle istanze di tutela e che, al contrario, dovrebbe assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che illegittimamente è stato fatto dall'Amministrazione. Ciascun interessato dovrebbe avere facoltà di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità violata e dare alla vicenda un assetto conforme a quanto stabilito dalla normativa di riferimento. L'accusa, mossa alla Plenaria, sembra quindi essere quella di non consentire il pieno rispetto dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Tuttavia come viene rilevato da una parte della dottrina il concetto di “*effettività della tutela*” andrebbe attentamente meditato e riempito di contenuto, rischiando altrimenti di essere una formula vuota. La tutela giurisdizione va garantita, efficacemente e velocemente a chi sia stato realmente leso, non a chi agisca in giudizio temerariamente e senza aver subito lesione, o senza potersi giovare della tutela²⁹⁹.

²⁹⁸ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Ordine di esame*, op. cit., 1024, che afferma criticamente come sul piano formale e costituzionale non spetta alla Cassazione sindacare nel merito processuale le decisioni del Consiglio di Stato, né lanciargli moniti o inviti a rivedere la questione. Sicché l'*obiter dictum* della Cassazione è, sul piano dei principi costituzionali e del ruolo delle giurisdizioni, quanto meno inopportuno, per non dire illegittimo per invasione di una sfera di giurisdizione riservata al giudice amministrativo. Sul piano contenutistico, l'articolato e ineccepibile percorso logico e giuridico della Plenaria viene smontato con un generico riferimento alla giurisprudenza dei TAR e dottrina. Rileva l'Annotatrice come non si comprenda perché tale giurisprudenza di primo grado e dottrina dovrebbero avere maggior peso della Plenaria. Inoltre viene obliterato ogni riferimento a giurisprudenza e dottrina favorevoli alla tesi della Plenaria, che pur vi sono.

²⁹⁹ La Plenaria n. 4 del 2011, contrariamente a quanto percepito dalla Cassazione, avrebbe inteso assicurare effettivamente e rapidamente tutela a coloro a cui realmente ne sono destinati, ponendo un argine ad un proliferare di ricorsi capziosi miranti ad ostacolare la celere aggiudicazione ed esecuzione degli appalti pubblici, ledendo l'attuazione dell'interesse generale e pubblico, in nome di interessi privati “*illegittimi*” miranti non a conseguire l'aggiudicazione ma a lucrare indebiti risarcimenti del danno a spese della collettività. Cercando di dare un contenuto concreto e giuridicamente fondato all'effettività della tutela e alla parità delle parti, si può dire che tali principi implicano che i concorrenti a una gara di appalto devono essere messi in condizione di contestare tempestivamente ed efficacemente l'aggiudicazione, ossia di accedere ad una tutela giurisdizionale.

Tramite l'interpretazione dell'Adunanza Plenaria, continua la Cassazione, l'esercizio della giurisdizione finisce per convalidare un assetto diverso da quello che si sarebbe ottenuto qualora l'Amministrazione avesse condotto il procedimento secondo le regole.

Ciò genera secondo la Corte di Cassazione indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto qualora sia acquisita in modo legittimo.

Il monito che viene indirizzato al giudice è di tenere a mente che *“la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento”* come si desume dalla disciplina contenuta negli articoli 121 e 123 c.p.a. che vengono richiamati nella motivazione.

L'attenzione viene quindi reindirizzata verso il processo, e non al risultato finale.

Sottolinea poi il collegio che, in questa materia si richiede da parte del giudice un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato.

Le Sezioni Unite pervengono *“tra le righe”* al tranciante giudizio che la decisione della Plenaria se da un lato mina l'effettività della tutela non consentendo adeguatamente l'accesso alla giustizia, dall'altro lato non assicura un efficace controllo sull'operato della pubblica amministrazione³⁰⁰ ledendo interessi quali appunto la tutela della concorrenza e del mercato.

Come è stato sottolineato da autorevole dottrina, sembra che la Cassazione voglia far svolgere al giudice amministrativo un ruolo di *pubblico ministero o pubblico controllore* che tuttavia non rappresenta sicuramente il suo ruolo istituzionale³⁰¹.

³⁰⁰ Cfr. P. COSMAI, *Sull'ordine di esame dei ricorsi invocate la Corte di giustizia e una nuova plenaria*, in *Corr. Giur.*, 2013, 842. Che commenta la pronuncia sottolineando che il rischio paventato dalle Sezioni Unite era già stato superato dallo stesso giudice del riparto con la sentenza del 28 maggio 2012, n. 8412 a proposito delle valutazioni tecniche espresse dalle commissioni in sede di concorso nella valutazione degli elaborati dei candidati, dichiarate nella pronuncia sindacabili dal Giudice amministrativo, che, nondimeno, in proposito mostra di serbare un atteggiamento di stampo conservativo, trincerandosi dietro un *non liquet* ostativo ad un reale ripensamento della gestione della *res publica*, propugnato dal legislatore, ma non implementato adeguatamente, così da favorire, viceversa, la permanenza e l'ampliamento di una *“zona oscura e franca”* permeabile a qualsivoglia seria ed effettiva verifica, foriera di altrettante storture ed opzioni scarsamente aderenti all'interesse generale. Il segnalato ordine di esame dei ricorsi per cui opta la Plenaria, secondo le Sezioni Unite, infatti, finisce, per un verso, più in generale, col travolgere il sistema di accesso alla giustizia garantito dal nostro ordinamento, segnatamente collidendo con il principio secondo il quale ciascun interessato ha facoltà di sollecitare l'intervento giudiziale per il ripristino della legalità.

³⁰¹ Rileva sempre R. DE NICTOLIS, *op. e loc. ult. cit.*, come sia facile obiettare che il processo amministrativo ha subito, che piaccia o no, una evoluzione nel senso di una giurisdizione di tipo soggettivo e non oggettivo. Non spetta al giudice amministrativo assicurare un controllo generalizzato sull'azione amministrativa, ma solo un controllo nei limiti del principio della domanda e dell'interesse ad agire, e nel rispetto delle regole processuali sulla legittimazione al ricorso. Se tali limiti non sono rispettati, nulla può il giudice amministrativo per controllare un atto amministrativo, ancorché illegittimo. Sembra a tutti ovvio che se il ricorso non è tempestivo il giudice non potrà che dichiararlo tardivo, anche se in ipotesi l'aggiudicazione sia palesemente illegittima o addirittura illecita. Non si comprende perché lo stesso ragionamento non debba valere quando vengono violate altre regole processuali, in tema di legittimazione ad agire. Violate le regole processuali, il giudice amministrativo non può scendere all'esame del merito processuale del ricorso, e sono altre le sedi che devono garantire il controllo efficace sull'azione amministrativa: l'autotutela amministrativa, il giudice penale, la Corte dei conti, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il sistema contempla una rete adeguata di

In conclusione il risultato prodotto da tale pronuncia è quello di aver richiamato l'attenzione alle dinamiche processuali, stimolando ad un ripensamento della rigidità delle posizioni prodotte dall'interpretazione della Plenaria del 2011, con l'auspicio che venga ristabilito nel passo già citato della sentenza della Cassazione “*il dovuto ordine delle cose*”³⁰².

2.6. L'interpretazione “*adeguatrice*” della giurisprudenza di primo grado

In attesa della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea sulla questione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e incidentale, si riscontra la tendenza di parte della giurisprudenza dei TT.AA.RR ad ammettere l'esame del ricorso principale, nonostante il previo accoglimento del ricorso incidentale escludente, dando luogo ad evolutive “*architetture*” interpretative non contrastanti con la Plenaria del 2011³⁰³.

Un' interessante pronuncia del T.A.R Lazio, dichiarando di non volersi discostare dalla interpretazione dell'Adunanza Plenaria del 2011 sfrutta appieno la breccia lasciata aperta dalle eccezioni che la stessa ha in linea di principio individuato³⁰⁴.

Il Collegio argomenta che in base alla peculiarità della vicenda in esame, sia ammissibile applicare una soluzione conforme alle conclusioni espresse dalla precedente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 10 novembre 2008, nel senso di

controlli oggettivi, e non è esigibile un ruolo di supplenza del giudice amministrativo, in una giurisdizione che non è stata costruita come di diritto oggettivo.

³⁰² Critico nei confronti della lettura della Plenaria n. 4 del 2011 effettuata dalla Cassazione F. ANCORA, *Ricorso incidentale negli appalti pubblici: considerazioni della Cassazione sull'ordine in esame*, in *Giurisd. Amm.*, 2012, 231. Si rileva che quest'ultima è meno categorica di quanto comunemente sembra e di quanto è sembrato alla Cassazione. Essa non ha affermato la precedenza “*sempre*” dell'esame del ricorso incidentale ammettendo un temperamento del criterio di precedenza dettato, quando operino ragioni di economia processuale. Di questo criterio di temperamento si trova traccia nella giurisprudenza successiva e, in particolare, in Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4122, che, pur affermando il criterio, finisce per entrare nel merito della fondatezza o meno del ricorso principale.

³⁰³ *Ex multis* T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 19 novembre 2012, n. 698, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma, non richiamando l'interpretazione dell'Adunanza Plenaria del 2011, che nel giudizio amministrativo, quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi, il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite e che: “*non esiste, dunque, una regola generale, assoluta e vincolante per il giudice, relativamente all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, dipendendo la scelta dal concreto atteggiarsi dei motivi di ricorso e dell'interesse delle parti*”. Criteri ispiratori, nella scelta dell'ordine di esame tra il ricorso principale e quello incidentale, devono essere, da un lato, quello dell'effettività della tutela giurisdizionale, e dall'altro quello dell'economia processuale; T.A.R. Lazio, Sez. III *ter*, 14 giugno 2012, n. 5485, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove seppur venga ribadito il rispetto al principio affermata dalla Plenaria la conformità sembra essere puramente apparente e di fatto incompatibile con il principio di diritto formulato nel 2011 come viene rilevato da F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 2163. Afferma il T.A.R che fermo restando l'ordine delle questioni, che assume rilievo nell'attribuire la qualificazione alla posizione del ricorrente incidentale, viene riconosciuta la priorità della trattazione del ricorso principale, non tanto per economia processuale, ma in quanto con esso il ricorrente propone una censura vertente sulla illegittima composizione della Commissione di gara che se venisse dal Collegio condivisa comporterebbe in radice l'annullamento della intera gara, con conseguente sradicamento delle posizioni pure di almeno una delle ricorrenti incidentali.

³⁰⁴ T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 1006, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

esaminare ambedue i ricorsi, sia quello principale, sia successivamente quello incidentale, addivenendo ad una decisione che, alla stregua della palese fondatezza di entrambi, comporti l'annullamento di tutti gli atti di gara e, per l'effetto, l'obbligo dell'Amministrazione di indire un'altra gara.

Tale soluzione viene tuttavia applicata, e questo concetto viene ripetutamente sottolineato dal T.A.R., in virtù e in conformità delle eccezioni stabilite dalla stessa Plenaria del 2011.

In particolare il collegio fa riferimento a quella parte della decisione della Plenaria in cui viene evidenziato che la regola, propria del settore specifico delle controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici, secondo cui la legittimazione al ricorso deve correlarsi ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, subisce alcune deroghe, concernenti, tra l'altro, l'ipotesi dell'operatore economico di settore che intende contestare un affidamento diretto o senza gara. Ad avviso del Collegio all'ipotesi dell'affidamento senza gara deve essere parificata quella del *“mero simulacro di gara”*, cioè l'ipotesi in cui *“la procedura ad evidenza pubblica sia stata una sorta di involucro che nasconde una sostanza del tutto diversa”*, ossia un *“guscio vuoto”*, sotto il quale si cela, in realtà, un vero e proprio affidamento diretto³⁰⁵.

Altra eccezione, che viene applicata questa volta a seguito dell'interpretazione svolta dal T.A.R. Siciliano concerne il caso in cui la ricorrente principale, esclusa dalla gara, vanta un interesse specifico allo scrutinio degli atti propedeutici alle operazioni di gara in ragione della circostanza che dall'esclusione sia conseguita anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici³⁰⁶.

³⁰⁵ Ciò è quanto si è verificato, secondo il Collegio, nella vicenda per cui è causa, alla luce delle modalità davvero assai singolari che hanno contraddistinto la procedura di aggiudicazione del servizio di manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, come puntualmente dedotto dalla ricorrente principale nelle proprie doglianze, ed in particolare alla luce del fatto che uno stesso funzionario comunale: a) ha predisposto il bando ed il disciplinare di gara, in cui viene esplicitamente prevista l'istituzione di una Commissione di gara, incaricata della verifica e della valutazione delle offerte; b) non ottemperando all'ora vista previsione, ha proceduto da solo alle operazioni di gara, come si evince dalla lettura dei verbali; c) da ultimo, ha provveduto all'aggiudicazione dell'appalto. Il T.A.R., dopo aver ravvisato come la gara in questione fosse realizzata per celare un affidamento diretto, ha riconosciuto la legittimazione del ricorrente principale quale operatore di settore che mira a contestare detto affidamento ed ha annullato tutti gli atti di gara.

³⁰⁶ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 22 novembre 2012, n. 2658, in www.giustizia-amministrativa.it. Nella specie, la ricorrente principale aveva chiesto l'annullamento sia del provvedimento di esclusione dalla gara, con contestuale escussione della cauzione e segnalazione all'A.v.c.p. per i provvedimenti consequenziali, sia del provvedimento di aggiudicazione definitiva, dei verbali di gara e della determinazione di nomina della Commissione tecnica, deducendo, in via principale, l'illegittimità dell'atto di nomina della Commissione nonché la violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara e, in via subordinata, l'illegittimità dell'esclusione e dei connessi provvedimenti. Notificato il ricorso incidentale da parte dell'aggiudicataria (volto a contestare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla ricorrente principale), il T.A.R. ha ritenuto che questo non avesse carattere paralizzante con riferimento alle prime due censure del principale (volte al travolgimento dell'intera procedura), anche perché, pur in caso di accoglimento del ricorso incidentale, occorreva avere riguardo

In questo caso specifico, il T.A.R. ha, pertanto, affermato che il principio di diritto sancito dalla citata Plenaria non potesse trovare applicazione, in quanto *“la ricorrente vanta un interesse specifico allo scrutinio degli atti propedeutici alle operazioni di gara (...) atteso che dall’esclusione della gara della ditta [...] è conseguito [...] un pregiudizio (ulteriore ed autonomo rispetto l’aggiudicazione della gara) alla cui rimozione la ricorrente vanta uno specifico interesse, meritevole di tutela, in considerazione della gravità delle conseguenze delle sanzioni applicate dal seggio di gara anche in occasione di future gare”*.

Vera e propria questione di legittimità costituzionale dell’articolo 42 c.p.a. in virtù del diritto vivente quale elaborato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, viene sollevata dalle parti nel corso di un giudizio celebrato dinnanzi al T.A.R. della Sardegna per potenziale contrasto con gli articoli 111 comma 2, 24, 97 e 113 comma 1 della Costituzione³⁰⁷.

Il collegio tuttavia considera irrilevante e manifestamente infondata la questione relativamente al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale entrambi escludenti. Difetterebbe il requisito della rilevanza giacché è consentita un’interpretazione della norma in questione conforme ai principi costituzionali, come supportato dalle argomentazione espresse dalle SSUU della Cassazione.

La questione è inoltre ritenuta infondata poiché il prioritario esame del ricorso incidentale è giustificato dalla sostanziale differenza tra la posizione dei ricorrenti sotto il profilo della legittimazione ad agire³⁰⁸.

allo specifico interesse della ricorrente principale in funzione dell’avvenuta escussione della cauzione e segnalazione all’Autorità di Vigilanza per i provvedimenti consequenziali.

³⁰⁷ T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 13 dicembre 2012, n. 1115, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁸ Afferma il medesimo tribunale che *“deve ritenersi infatti che sussista, all’interno del procedimento giurisdizionale ed in particolare sotto il profilo della legittimazione a ricorrere, una sostanziale differenza tra la posizione del ricorrente principale e quella del ricorrente incidentale posto che il procedimento giurisdizionale viene attivato dal ricorrente principale e quindi viene ad esistenza esclusivamente per iniziativa di quest’ultimo. Per tale motivo deve ritenersi evidente e conforme ai consolidati principi di diritto in materia di legittimazione processuale, altresì pacificamente riconosciuti conformi ai principi costituzionali, che debba essere, in primo luogo, verificata la legittimazione di tale soggetto. Sotto il predetto profilo, sussiste infatti una sostanziale differenza tra la predetta posizione del ricorrente, rispetto invece al ricorrente incidentale, il quale, in quanto aggiudicatario dell’appalto, in primo luogo, non ha inizialmente attivato il procedimento giurisdizionale, bensì, chiamato a resistere all’interno del procedimento giurisdizionale attivato dal ricorrente principale, si avvale dello strumento del ricorso incidentale proprio al fine di attivare la verifica della legittimazione del ricorrente principale, mediante la proposizione di censure volte a contestare l’ammissione del ricorrente principale alla gara. Deve ritenersi evidente, a giudizio del collegio, la legittimazione dell’aggiudicatario alla proposizione del ricorso incidentale, proprio in quanto aggiudicatario dell’appalto, e, come tale, titolare di una posizione giuridica qualificata, ovviamente non posseduta invece dal ricorrente principale, senza necessità di ulteriori indagini. Da quanto sopra evidenziato, consegue la necessità dell’esame prioritario del ricorso incidentale, che contesti, in primo luogo, la legittimità dell’ammissione alla gara della ricorrente principale, posto che, una volta riconosciuta la fondatezza del ricorso incidentale in tale parte, con conseguente esclusione soggetto ricorrente principale dalla gara, la posizione giuridica di quest’ultimo soggetto, da ritenersi escluso ab origine dalla gara, deve essere considerata alla stregua di un qualsiasi altro soggetto che risulti legittimamente escluso dalla gara e, come tale, non legittimato a contestare gli esiti della gara medesima”*.

2.7. APPLICAZIONI E SUPERAMENTI GIURISPRUDENZIALI DELLA PLENARIA DEL 2011

Va rilevato come una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato si sia limitata a recepire in modo acritico l'orientamento, affermato dalla Plenaria del 2011, ribadendo che nelle procedure di evidenza pubblica, l'esame del ricorso incidentale, diretto a contrastare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara pubblica d'appalto, deve essere sempre esaminato prioritariamente a prescindere dal numero di concorrenti che abbiano preso parte alla gara, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia avanzato censure di portata demolitoria, cioè suscettibili, ove accolte, di determinare la caducazione dell'intera procedura di gara. L'accertata fondatezza del ricorso incidentale preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale.

Parimenti alcune pronunce dei Tribunali di primo grado continuano a proporre una fedele applicazione del principio affermato dalla Plenaria del 2011 e dei suoi temperamenti³⁰⁹.

Sembra esemplificativa una pronuncia del T.A.R. Lazio che pur prendendo atto dei contrasti esistenti in materia non ritiene tuttavia di doversi discostare dall'orientamento del Consiglio di Stato in virtù del *“rispetto della valenza nomofilattica che il codice del processo*

³⁰⁹ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 07/12/2012, n. 1106; Cons. Stato Sez. III, 08/02/2013, n. 733; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 07/01/2013, n. 157; T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 21/06/2013, n. 1466. Nel giudizio amministrativo l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara d'appalto deve precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale, dalle richieste dell'amministrazione resistente, mentre l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, solo qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 07/03/2013, n. 209 e T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 17/06/2013, n. 1343. Nel giudizio amministrativo ragioni di economia processuale comportano la necessità di dare priorità all'esame del ricorso principale, rispetto a quello incidentale, ove risulti con evidenza la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità; T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 03/07/2013, n. 588 Poiché il giudice deve decidere la controversia muovendo dall'esame delle questioni preliminari concernenti condizioni e presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale tramite l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara pubblica d'appalto deve precedere quello del ricorso principale: ciò, persino quando il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla ripetizione della gara ed a prescindere dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte e dal tipo di censura dedotta con riguardo all'interesse strumentale Consiglio di Stato, Sezione V, 15 ottobre 2012, n. 5276 con nota di A. CARELLA l'interesse strumentale del partecipante alla gara alla “riedizione” della procedura è sì meritevole di tutela, ma sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta (Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4). Così ragionando, la pronuncia precisa che nelle procedure di affidamento, come in tutte le procedure in senso lato selettive, *“non si può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva le cui operazioni sono prospettate come illegittime, nel senso che è inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro un provvedimento qualora, dall'esperimento della c. d. prova di resistenza, in esito a una verifica a priori, risulti con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque ottenuto il bene della vita perseguito nel caso di accoglimento del ricorso. Occorre avere riguardo, cioè, alla possibilità concreta di vedere soddisfatta la pretesa sostanziale fatta valere”*.

amministrativo ha conferito alle pronunce dell'Adunanza Plenaria, chiamata a sciogliere questioni interpretative e contrasti giurisprudenziali in modo funzionale a conferire certezza al diritto ed alle posizioni delle parti, a presidio, inoltre, del principio di imparzialità del giudice, cui viene in tal modo sottratta la discrezionalità in ordine alla determinazione dell'ordine di esame delle questioni, incidenti sull'esito del giudizio”³¹⁰.

Tuttavia, anche laddove vi siano dei discostamenti bisogna rilevare come l'orientamento della Plenaria viene comunque affermato tramite la riforma in secondo grado con cui si ribadisce la non autonomia dell'interesse strumentale³¹¹ e la priorità dell'incidentale escludente³¹².

In aperto contrasto con tale indirizzo una originale e articolata pronuncia del Tar Siciliano appare particolarmente significativa³¹³.

Afferma il Tribunale che la soluzione adottata dalla giurisprudenza amministrativa, in modo ampiamente prevalente, determina una grave disparità di trattamento tra le parti in giudizio, contraddicendo uno dei principi cardine del processo, e per tale ragione, va rimeditato. L'orientamento è da superare, in quanto sovrappone i concetti di “*condizioni dell'azione, che devono sussistere in linea teorica*”, con il merito delle pretese azionate, la cui fondatezza va invece verificata in concreto³¹⁴.

Le condizioni dell'azione devono sussistere al momento della proposizione dell'azione e persistere al momento in cui una controversia viene posta in decisione.

L'accertata persistenza fino a quello specifico momento radica nel giudice il dovere di una pronuncia, senza che possa operarsi alcuna rinnovazione valutativa sulle condizioni dell'azione in dipendenza dell'ordine decisorio scelto.

³¹⁰ T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 9 Aprile 2013, n. 3586, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹¹ Cons. di Stato, Sez. V, 27/03/2013, n. 1772; Cons. di Stato, Sez. III, 01/08/2013, n. 4039. L'interesse (strumentale) alla rinnovazione della gara pubblica d'appalto si rivela insufficiente a dimostrare la titolarità di una posizione giuridica differenziata, e quindi meritevole di tutela processuale, rispetto a quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una gara che l'Amministrazione in futuro potrà nuovamente bandire, quando, a seguito dell'esame di un ricorso incidentale, sia accertata l'illegittimità della partecipazione alla gara della stessa ricorrente.

³¹² Cons. di Stato, Sez. V, 21/06/2013, n. 3397. Nel giudizio amministrativo il ricorso incidentale, ove diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente che riforma la sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, n. 887/2011, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹³ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 14 febbraio 2013, n. 351, in www.giustizia-amministrativa.it. L'interesse della parte deve sussistere quando si instaura la controversia e quando la stessa viene posta in decisione, mentre è evidente che l'esito del giudizio non deve necessariamente soddisfare l'interesse delle parti, che valutato in astratto ha costituito una condizione essenziale per l'instaurazione della causa, ma che non necessariamente viene in concreto soddisfatto al suo esito. Conferma questa ricostruzione la possibilità di dichiarare d'ufficio la nullità dei provvedimenti che vengono in rilievo, come disciplinata dall'art. 31 comma 4, c.p.a. Tale eventuale decisione si inserisce in un processo di parti, ma prescinde dalla concreta utilità che alle parti medesime possa derivare.

³¹⁴ Sembra venire accolta dal T.A.R. la posizione di quella già richiamata dottrina che rilevava nella pronuncia del 2011 un indebito uso dell'interesse ad agire e della legittimazione. E.M. BARBIERI, *Ricorsi reciprocamente escludenti*, op. cit., 760.

Contrariamente argomentando tale metodo decisorio si risolverebbe, nei fatti, in una “*manipolazione del contesto nel quale la pronuncia andrà a incidere*”³¹⁵.

Di fatti in questo modo si darebbe vita ad un’operazione inaccettabile sotto un profilo logico prima ancora che giuridico, andando a conferire valenza di “*fatto nuovo ed estraneo*” alla valutazione del giudice alla persistenza delle condizioni dell’azione accertate nel corso del giudizio.

Siffatta soluzione condurrebbe alla “*liquidità della stessa nozione di condizioni dell’azione*”, sottomettendola concettualmente non già alla posizione delle parti come radicata nel corso del giudizio, ma alle valutazioni successive di un organo terzo e non abilitato a “*innovarle*”, seppur sia legittimato a conoscerle.

A maggior ragione tale metodo non può essere ammissibile e pare ancor più non coerente con la struttura e la funzione del processo quando la valutazione sulle condizioni del ricorso principale intervenga in conseguenza dello scrutinio delle censure contenute in un atto diverso quale il ricorso incidentale.

Dunque conclude il collegio che a prescindere dal merito delle pretese azionate, occorre verificare la legittimazione e l’interesse a ricorrer fino al momento del passaggio in decisione del ricorso.

In tale fase, in linea di massima, le condizioni dell’azione sussistono sia in capo al ricorrente principale sia a quello incidentale, o comunque prescindono dalle decisioni che verranno adottate dal giudice, con la conseguenza che il giudice è tenuto ad esaminare entrambi i ricorsi.

2.8. LA NECESSITÀ DI UN NUOVO INTERVENTO DELLA PLENARIA: LE TRE ORDINANZE DI RIMESSIONE

Come in parte si è visto, la vincolatività del principio di diritto affermato dalla Plenaria nel 2011 non è percepita come tale da molti tribunali di primo grado.

L’esigenza di un ripensamento giurisprudenziale viene diversamente accolto dalle sezioni Quinta e Sesta del Consiglio di Stato che agendo come “*filtro*” in virtù di quanto disposto dai commi 1 e 3 dell’articolo 99 c.p.a. rimettono nuovamente sia la questione dell’ordine di esame

³¹⁵ Afferma il Tribunale che l’unica rivalutazione ipotizzabile e considerabile come ammissibile dall’ordinamento è quella eccezionale dell’evento nuovo ed esterno occorso tra l’assegnazione della causa a sentenza e la formazione e pubblicazione della pronuncia che incida in modo sensibile sul precisato contesto (ad esempio entrata in vigore di norma che disciplina la specifica vicenda anche per il passato in modo diverso da quello sul quale si sarebbe formato il giudizio) e quindi anche, per effetti propri del fatto nuovo quale il precetto retroattivo, sulle condizioni dell’azione. Al di là di questa peculiare circostanza, non si vede come possa assumere rilievo una situazione diversa da quella complessivamente definita nei due momenti su indicati, nei quali la parte ha piena disponibilità.

dei ricorsi che quella necessariamente conseguente della legittimazione a ricorrere per l'impresa esclusa dalla gara in corso di giudizio all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Questo avviene anche, come si vedrà in seguito e più approfonditamente, sull'onda del rinvio pregiudiziale alla CGUE effettuato dal T.A.R. Piemonte.

Proprio a seguito della decisione della CGUE la Sesta sezione, in virtù della vincolatività della decisione della giudice europeo, che è del tutto contrastante con l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 rimette nuovamente la questione al supremo consesso per sollecitarne il ripensamento tenendo conto di questa nuova pronuncia.

2.8.1. L'ordinanza della Quinta sezione, n. 2059 del 15 aprile 2013

Le osservazioni del TAR palermitano sollevate nell'ultima pronuncia richiamata³¹⁶, vengono condivise e ampiamente affrontate anche dall'ordinanza di rimessione della Quinta sezione del Consiglio di Stato n. 2059, depositata il 15 aprile 2013³¹⁷.

La Quinta sezione pur ribadendo il proprio *favor* verso l'indirizzo interpretativo dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, quasi "*costretta*" dalla complessità della vicenda rimette la questione del rapporto tra ricorso e incidentale nuovamente all'esame dell'Adunanza Plenaria, ai sensi del comma primo dell'articolo 99 c.p.a.³¹⁸.

La vicenda molto complessa, vede protagoniste anche questa volta due sole imprese concorrenti per l'aggiudicazione di una gara per la realizzazione di un programma di "*social housing*".

La Sezione, come accennato, sottolinea di condividere il principio di diritto affermatosi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui il ricorso incidentale che sia diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione debba essere esaminato prioritariamente, salvo che per ragioni di economia processuale, ripercorre sinteticamente le argomentazioni fatte dalla Plenaria del 2011.

In particolar modo il giudice remittente ritiene di doversi soffermare sul fatto che in quella sede fosse stato giudicato "*irrilevante*" al fine di stabilire l'ordine d'esame dei ricorsi il possibile contenuto della censura contenuta nel ricorso incidentale escludente.

L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 aveva statuito che, anche qualora il ricorrente principale fosse risultato privo di legittimazione per "*carenze oggettive dell'offerta*", presupponendo

³¹⁶ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sezione I, 14 febbraio 2013, n. 351 in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁷ Cons. Stato, Sez. V, Ord. 15 aprile 2013, n. 2059, in www.ilnuovodirittoamministrativo.it, con nota di D. ARCHILLETI.

³¹⁸ Significativamente la sezione pur prendendo atto degli scostamenti giurisprudenziali e del monito delle SSUU manifesta la volontà di condividere pienamente il principio di diritto dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 tanto da effettuare la rimessione "*ai fini di impedire l'insorgere di contrasti giurisprudenziali*", ai sensi del comma 1 e non per discostarsi dall'orientamento della Plenaria come previsto dal comma 3 dello stesso articolo 99 c.p.a.

quindi un esame del giudice della stessa proposta fatta dal ricorrente sollecitata dal ricorso incidentale, restava ferma la regola della pregiudizialità della questione “*di rito*” posta dal controinteressato.

Tuttavia proprio questa affermazione nel caso sottoposto all’attenzione del collegio non risulta a parere dello stesso ora applicabile senza che sorga il dubbio che si stia ledendo il principio di parità delle parti.

Nel caso di specie infatti, le censure contenute nel ricorso incidentale, sebbene idonee, a differenza di quanto stabilito dal tribunale di primo grado, a contestare la legittimità dell’ammissione della ricorrente principale pongono una questione che si presenta complessa e con un oggetto di non pronta soluzione nell’accertamento.

Il collegio ammette che, sebbene le censure contenute nel ricorso incidentale siano finalizzate ad escludere la ricorrente principale dal procedimento, e quindi ad accertare il suo difetto di legittimazione, l’esame delle stesse porterebbe subito il giudice “*nel merito*” della controversia. Il ricorrente incidentale ha posto delle questioni che richiedono un sindacato giurisdizionale su valutazioni di cd. “*discrezionalità tecnica*” che richiedono l’espletamento di un’attività istruttoria complessa, nonché l’ausilio della consulenza tecnica d’ufficio.

In tale caso quindi, qualora si volesse applicare il principio del previo esame del ricorso incidentale “*paralizzante*”, la complessa delibazione che appare necessaria effettuare ai fini dell’accertamento della legittimazione del ricorrente principale, potrebbe apparire “*sbilanciata*” provocando uno “*snaturamento del contenzioso*” privilegiando nella vastità delle questioni di merito portate al suo esame solo quelle poste dal controinteressato.

La Sezione dunque, afferma di condividere l’orientamento affermatosi nel 2011 secondo cui “*la giustizia amministrativa non ha il compito di ripristinare la legalità in senso assoluto, ma quello di tutelare situazioni giuridiche soggettive qualificate, e può ricorrere al giudice amministrativo solo chi abbia una posizione giuridica legittimante*”, tuttavia, osserva anche che in fattispecie come quella che è chiamata ad esaminare, il ricorso incidentale porta preliminarmente in giudizio, seppur ai fini della verifica della legittimazione processuale del ricorrente incidentale, “*una parte cospicua del merito della controversia, nonché il sindacato sui criteri di valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante*”.

In previsione del nascere di un potenziale contrasto giurisprudenziale sul punto, la sezione ritiene quindi necessario che l’Adunanza Plenaria si pronunci sull’applicabilità o meno del principio che la stessa ha affermato nel 2011 nel caso di una “*questione di rito*” posta dal ricorso incidentale, che necessiti di una complessa attività istruttoria.

2.8.2. L'ordinanza della Sesta sezione n. 2681 del 17 maggio 2013

L'occasione per una rimeditazione in merito all'ordine di esame dei ricorsi viene colta nella strada già aperta dalla Quinta sezione anche dal collegio della Sesta sezione del Consiglio di Stato, che con una lunga ordinanza di rimessione svolge articolate considerazioni soffermandosi principalmente sulla dibattuta questione della *legittimazione a ricorrere* dell'impresa esclusa.³¹⁹

La vicenda processuale ha come protagoniste due sole imprese, uniche partecipanti alla gara per l'assentimento in concessione di uno specchio acqueo prospiciente al porto di Napoli.

Una volta espletata la procedura di gara e dopo aver assegnato l'aggiudicazione provvisoria ad una delle due imprese, l'autorità portuale, a causa della mancata allegazione della fotocopia del documento di identità, prescritta a pena di esclusione dal bando, decideva di assegnare definitivamente la concessione alla seconda e unica altra impresa partecipante.

L'impresa esclusa, ricorreva in giudizio impugnando sia il provvedimento di esclusione che l'aggiudicazione definitiva in virtù del fatto che, anche la seconda impresa partecipante, poi aggiudicataria, non avesse allegato all'offerta la fotocopia del documento di identità del suo legale rappresentante.

Il TAR rigettava l'impugnazione dell'esclusione e contemporaneamente accoglieva per gli stessi motivi *in parte qua* il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, esaminandolo prioritariamente e dichiarandolo inammissibile per gli ulteriori motivi di esclusione che secondo il controinteressato avrebbero dovuto portare all'esclusione della ricorrente, anche laddove questa avesse prodotto interamente la documentazione richiesta dal bando.

L'impresa riproponeva le proprie doglianze in appello chiedendo, oltre che una diversa interpretazione della normativa che aveva portato il tribunale a ritenere legittima la sua esclusione, l'inapplicabilità nel caso di specie del principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria del 2011.

La Sesta sezione decide così di rimettere interamente la soluzione della controversia all'interpretazione del supremo consesso.

In primo luogo, in merito alla legittimità dell'esclusione, ciò che viene chiesto all'Adunanza Plenaria è l'indicazione di un'interpretazione corretta dell'istituto del "*soccorso istruttorio*", a causa dell'incertezza causata dalla formazione di diversi indirizzi giurisprudenziali³²⁰.

³¹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, Ord. 17 maggio 2013 n. 2681, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³²⁰ Con la stessa ordinanza, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni: *a)* se, ed eventualmente in che misura, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 2, lett. *d)* del d.l. 11 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, possa già ritenersi vigente un principio di tassatività della cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici; *b)* se, in

In secondo luogo sebbene la rilevanza della questione processuale inerente al rapporto tra i ricorsi, ai fini della soluzione della controversia, sia condizionata alla conferma da parte dell'Adunanza Plenaria dell'interpretazione data dalla sentenza di primo grado in merito alla legittimità dell'esclusione, il collegio in via subordinata, sollecita un ripensamento del principio di diritto affermatosi nel 2011³²¹.

Qualora infatti risolvendo il primo quesito, si ritenesse corretto l'agire dell'amministrazione, confermando la legittimità dell'esclusione, verrebbe ancora in rilievo il problema del rapporto tra i ricorsi in quanto entrambe le imprese lamentano reciprocamente la mancata esclusione l'una dell'altra essendo incorse nello stesso vizio di mancata allegazione della fotocopia del documento di identità, con l'unica differenza che solo una delle due concorrenti è stata per quel motivo esclusa dall'amministrazione. Proprio la macroscopica ed "evidente" illegittimità rende, come sembra emergere dalle considerazioni della sezione remittente, la vicenda idonea a porre l'occasione per un ripensamento della giurisprudenza sul rapporto tra ricorso incidentale e principale, la cui applicazione in questo caso provocherebbe esiti sicuramente "iniqui"³²².

Per questo motivo la sezione decide di rimettere la questione, a differenza di quanto fatto dalla Quinta sezione pochi mesi prima, ai sensi del comma terzo³²³ dell'articolo 99 c.p.a.

Il collegio, fa proprie le maggiori critiche espresse verso l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, prime fra tutte il mancato rispetto dell'interesse strumentale e del principio di parità delle parti.

particolare, debbano ritenersi illegittime, per la violazione di tale principio, le clausole che impongono a pena di esclusione adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa; c) se, ed in che misura, ove si dovesse, al contrario, concludere per la validità di dette clausole "atipiche" di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, invitare il concorrente, prima di disporre l'esclusione, ad una "regolarizzazione" documentale, consentendogli l'eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui l'omissione formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente

³²¹ Qualora difatti si pervenisse, come auspicato nell'ordinanza all'accoglimento dell'indirizzo giurisprudenziale "minoritario", la riforma della statuizione di primo grado e il rigetto *in parte qua* del ricorso incidentale porterebbe "de plano" all'esame del ricorso principale senza sollevare un problema di ordine di esame dei ricorsi.

³²² Nel caso di specie, l'iniquità cui potrebbe dar luogo una rigida applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 appare ancora più evidente se si considera che il ricorrente principale, dopo essere stato aggiudicatario provvisorio, è stato escluso, non perché privo dei requisiti di partecipazione, ma per una mera incompletezza documentale (la mancata allegazione di una fotocopia), che egli, peraltro, sostiene aver caratterizzato anche la posizione dell'aggiudicatario. La disparità di trattamento in concreto verificatasi (in sede amministrativa e all'esito del giudizio di primo grado) risulta particolarmente eclatante, perché l'Amministrazione, nel chiedere alla Avvocatura Distrettuale dello Stato il parere sulla legittimità dell'atto di aggiudicazione provvisoria, ha rappresentato alla medesima Avvocatura che la società appellante non ha prodotto la fotocopia di un documento di identità, senza esporre che anche l'altra impresa, poi divenuta aggiudicataria definitiva era incorsa nella medesima dimenticanza.

³²³ Questa volta non viene sentita l'esigenza da parte del collegio remittente di ribadire la propria adesione all'indirizzo giurisprudenziale dato dall'Adunanza Plenaria del 2011 sollevando quindi la questione ai sensi del comma terzo dell'articolo 99 c.p.a che appunto come già precedentemente riportato prevede che "se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso".

Ciò che viene sottolineato, e che emerge in modo chiaro nella vicenda, è che a fronte di due concorrenti entrambi incorsi in una identica causa di esclusione, la scelta dell'Amministrazione di aggiudicare la gara all'uno o all'altro *“sfugge ad ogni possibilità di controllo giurisdizionale, e diventa la fonte di un effetto irreversibile”* in virtù della pretesa priorità logica del ricorso incidentale.

Il rilievo che muove il collegio remittente e che sembra veramente centrare il *“cuore”* del problema, è nella rivedibilità della concezione di legittimazione al ricorso recepita dall'Adunanza nel 2011.

La legittimazione come intesa dal supremo consesso è idonea a venire meno nel corso del giudizio, in quanto in quella sede si è accolta una concezione di legittimazione al ricorso *“provvisoria e secundum eventum litis”*³²⁴.

Secondo l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 la ricorrente principale è legittimata ad impugnare l'aggiudicazione fino a quando non si accerti, per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale che non avrebbe dovuto partecipare alla gara, in tal modo facendo dipendere la risoluzione di una questione pregiudiziale di rito dall'esito del giudizio concernente la legittimità, quindi il merito, degli atti del procedimento di gara³²⁵.

Tuttavia questa concezione, appare, secondo il collegio una nozione di legittimazione più attinente al processo civile che è ben diverso da quella amministrativo³²⁶.

Nel sistema della giustizia amministrativa, la giurisprudenza e la dottrina hanno ormai da tempo recepito una nozione *“più marcatamente sostanziale”* del concetto di legittimazione al ricorso. Difatti non basta che il ricorrente si *“autodichiari titolare dell'interesse che fa valere”*, come avviene nel processo civile, ma occorre andare a verificare se ne sia effettivamente titolare, se cioè *“egli sia realmente titolare di una posizione giuridica differenziata e normativamente qualificata”*.

Questa differenza nasce in virtù della circostanza che nel processo amministrativo, a differenza di quanto accade nel processo civile, il ricorso potrebbe in teoria essere fondato in quanto l'atto impugnato sia realmente illegittimo, anche se colui che lo propone non è titolare di alcun

³²⁴ Punto 32 della motivazione.

³²⁵ Il ricorrente principale è così legittimato solo se è *“infondato”* il ricorso incidentale escludente, o se sono *“fondati”* i motivi di ricorso principale avverso il provvedimento che ha disposto la propria esclusione.

³²⁶ Ritiene il collegio che va invece differenziata tale concezione nei due riti in quanto nel processo civile, la legittimazione consiste nella semplice coincidenza tra il soggetto che propone la domanda e il soggetto che nella stessa si afferma titolare del diritto. In pratica per essere legittimati, nel processo civile, basta, quindi, *“che l'attore si autodichiari titolare del diritto che fa valere in giudizio attraverso la domanda. L'attore sconterà, infatti, l'eventuale non verità della sua autodichiarazione con la soccombenza nel merito, cui andrà incontro inevitabilmente se il diritto di cui si è affermato titolare non gli appartiene”*.

“*interesse a ricorrere*”. Per evitare il travalicamento in una giurisdizione di diritto oggettivo si impone quindi una verifica più pregnante sull’esistenza delle condizioni dell’azione,

Secondo il collegio quindi condizionare la sopravvivenza dell’interesse e quindi della legittimazione al ricorso alla fondatezza del ricorso principale verso l’atto di esclusione o all’infondatezza di quello incidentale avverso l’atto di ammissione, finisce per contraddire appunto la tradizionale affermazione che vede nell’interesse “*una situazione giuridica a soddisfazione non garantita, che esiste anche se chi ne è titolare ha torto*”.

Non appare insuperabile a questo punto, l’asserzione dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, per cui la “*mera partecipazione di fatto alla gara non sia sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso*”.

Mentre l’impresa che non abbia mai partecipato alla gara, infatti, è certamente un *quisque de populo* rispetto all’esito e allo svolgimento della stessa in quanto non è certamente titolare di una posizione differenziata e normativamente qualificata³²⁷, la posizione del soggetto che presenta domanda di partecipazione assume, invece, connotati già significativamente diversi.

Quest’ultimo in virtù del fatto stesso della partecipazione, diventa per ciò solo, titolare di una posizione non solo differenziata rispetto a tutti coloro che non abbiano mostrato alcun interesse, ma anche normativamente qualificata³²⁸, in quanto l’interesse al regolare svolgimento della gara è tutelato direttamente dalle norme che disciplinano l’evidenza pubblica.

Viene quindi sollecitata l’Adunanza a ripensare l’affermazione contenuta nella motivazione della sentenza n. 4 del 2011 secondo cui l’interesse di chi partecipa alla gara diventa normativamente qualificato solo in seguito al “*positivo esito del sindacato sulla ritualità dell’ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva*” in quanto un interesse sostanziale riceve, di regola, la sua qualificazione normativa direttamente dalla legge, non dal

³²⁷ La giurisprudenza tende ormai ad ammettere l’impugnativa anche da parte di chi non abbia partecipato riconoscendo la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; la legittimazione dell’operatore economico “*di settore*”, che intende contestare un “*affidamento diretto*” o senza gara nonché la legittimazione dell’operatore che manifesta l’intenzione di impugnare una clausola del bando “*escludente*”, in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Si tratta di ipotesi già individuate ed esaminate dall’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 e condivisibilmente ritenute ipotesi relative “*ad esigenze e a ragioni peculiari, inidonee a determinare l’affermazione di una nuova regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso, basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all’indizione di una nuova gara*”.

³²⁸ Cfr. R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente escludenti tra giurisprudenza europea e nazionale* in www.giustizia-amministrativa.it, secondo l’A. tali argomentazioni “*affrontano il nodo centrale della questione*. La posizione dell’imprenditore che ha presentato domanda nei termini per la partecipazione alla gara è ontologicamente differente da quella dell’imprenditore inerte. La differenziazione della posizione, così per le gare pubbliche di appalto come per i concorsi a pubblico impiego, come per qualsiasi altra richiesta di carattere pretensivo, avviene nel momento in cui la domanda è proposta all’amministrazione. La qualificazione della posizione discende altresì dalla proposizione della domanda di partecipazione in quanto le norme che disciplinano la procedura di gara sono finalizzate non solo al perseguimento dell’interesse pubblico all’individuazione del miglior contraente della stazione appaltante, ma anche alla tutela degli interessi dei concorrenti della procedura.

provvedimento che non può né cancellarne la suddetta protezione che l'ordinamento gli conferisce.

Diversamente opinando si riterrebbe sussistente un inedito potere dell'Amministrazione di selezionare con i provvedimenti di ammissione o di esclusione i soggetti titolari di interessi qualificati e, quindi, di ampliare o restringere la cerchia dei soggetti legittimati ad impugnare i suoi atti.

La soluzione secondo il collegio appare allora essere che *“l'interesse al legittimo svolgimento della procedura di gara, al rispetto delle regole della concorrenza, sia già di per sé un interesse normativamente qualificato, che si soggettivizza in capo al soggetto che partecipa alla gara, perché è proprio il fatto storico di aver partecipato alla gara che rende la posizione di tale soggetto diversa rispetto a quella di chiunque altro”*³²⁹.

Tale soggetto, quindi, per il fatto stesso della partecipazione, deve essere considerato titolare di un interesse a ricorrere, in cui la pretesa sostanziale sottostante ha ad oggetto il *“bene della vita al rispetto delle regole della concorrenza”* che poi si traduce nell'aspirazione all'aggiudicazione o nella possibilità di conseguirla anche all'esito della ripetizione della gara³³⁰.

Osserva poi il collegio, entrando nella questione propriamente tecnica del problema, che il principio della parità delle parti in quanto enunciato nell'articolo 111 della Costituzione giustifica un'interpretazione diversa dell'articolo 76, comma 4 c.p.a. rispetto a quella emergente nel diritto vivente.

³²⁹ Commenta questo passaggio dell'ordinanza P. QUINTO, *Il valore della legalità amministrativa: in attesa dell'A.P.*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11-12, osservando che l'interesse legittimo che qualifica la posizione di chi partecipa ad una gara, anche indipendentemente da quello che sarà l'esito finale del rapporto concorrenziale, è che il procedimento di gara si svolga nel rispetto delle regole della concorrenza e del procedimento, non si risolva in *“vantaggio per alcuno ed un danno per altri”*. In questo senso come si legge nella motivazione dell'ordinanza di rimessione *“l'interesse alla legalità del procedimento secondo i valori affermati a livello comunitario e nella normativa nazionale, si soggettivizza, in capo al partecipante”*, riconoscendogli una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri operatori del settore. Non è quindi il risultato pratico, conseguibile dal partecipante concorrente a legittimare la sua azione, che attiene invece alla fondatezza della pretesa, bensì il dato fattuale della sua *“volontà partecipativa”*, che si estrinseca nella sua attivazione e nella formale presentazione della istanza, a differenza di tutti gli altri. Se così è, alla partecipazione attiva consegue anche il potere-dovere del concorrente di agire giudizialmente in quella *“lotta per il diritto”*, che rappresenta il formante della legalità nella società civile.

³³⁰ Chi è stato definitivamente escluso, per inidoneità del proprio progetto, non può più aggiudicarsi quella gara se restano fermi gli effetti della aggiudicazione, ma se questa è annullata perché l'aggiudicatario doveva a sua volta essere escluso può partecipare alla ulteriore gara (ove l'Amministrazione intenda nuovamente bandirla), mantenendo una potenziale posizione di parità con le altre imprese, potendo presentare un progetto che superi i profili della precedente inidoneità. In ogni caso, sembra permanere la legittimazione nei casi in cui la ripetizione della gara possa soddisfare l'interesse del ricorrente; nei casi cioè in cui è possibile che, all'esito della gara rinnovata, il ricorrente risulti aggiudicatario. È quanto può accadere nei casi, come quello in esame, in cui un soggetto escluso per un errore meramente formale si lamenti del fatto che l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere anche l'aggiudicatario (unico concorrente rimasto in gara) per lo stesso errore formale. In tal caso, il principio di parità delle parti e quello della effettività della tutela giurisdizionale sembrano in effetti deporre a favore della perdurante ammissibilità del ricorso, nonostante l'esclusione oramai definitiva subita da chi lo propone.

L'articolo si limita a richiamare una disposizione del codice di procedura civile, sull'ordine logico di trattazione, ricognitiva di una "*regola di giudizio*" costantemente ritenuta mutuata dal processo amministrativo, ma non fa anche rinvio all'applicazione che della stessa regola viene fatta nel rito civile che anche in questo caso deve essere tenuto ben distinto da quello amministrativo³³¹.

L'assenza di specifiche disposizioni innovative sul ricorso incidentale, nel codice del processo amministrativo, evidenzia l'assoluta "*neutralità*" del *conditor iuris* e dunque anche dell'art. 76, comma 4 in ordine alla soluzione della questione riguardante i rapporti intercorrenti tra l'esame del ricorso incidentale e quello del ricorso principale, questione strettamente peculiare del solo rito amministrativo³³².

In conclusione, sembra essere premura del collegio sottolineare come i principi enunciati dalla richiamata sentenza n. 4 del 2011 comportino tre conseguenze negative.

In primo luogo che l'esito del giudizio dipenda da un atto dell'Amministrazione che con la prospettiva di risultare insindacabile in sede giurisdizionale può risultare la conseguenza di determinazioni arbitrarie e indebitamente sollecitate.

In secondo luogo si è in presenza di un "*giudicato del tutto cedevole*, poiché l'Amministrazione ispirandosi al principio di legalità al termine del giudizio potrebbe e dovrebbe annullare in sede di autotutela l'atto di ammissione dell'aggiudicatario privo dei requisiti sostanziali e quindi invalidare la conseguente aggiudicazione.

In terzo luogo qualora in sede di giustizia amministrativa non sia presa in considerazione la domanda di annullamento della aggiudicazione, in conseguenza della declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, vi è la concreta possibilità che il perdurante rilievo della illegittimità più o meno evidente dell'atto di ammissione alla gara dell'aggiudicatario sia

³³¹ Viene al tal proposito sollevata l'osservazione che mentre il giudice civile debba seguire l'ordine logico che tenga conto delle regole del processo civile, il giudice amministrativo deve seguire l'ordine logico che tenga conto delle regole del processo amministrativo e, in particolare, della peculiare natura e portata della disciplina del ricorso incidentale in sé e nei suoi rapporti col ricorso principale.

³³² Secondo il collegio è significativo il fatto che la "*commissione speciale*" incaricata di redigere lo schema del codice del processo amministrativo, consapevole di un diritto vivente così problematico abbia preferito non introdurre una disciplina sul ricorso incidentale innovativa rispetto a quella previgente o comunque volta a superare il principio di diritto affermato dalla sentenza n. 11 del 2008, quale corollario del principio della parità delle parti. Secondo P. QUINTO, *Il valore*, op.cit., pag. 14, questa è indubbiamente una tesi non esaustiva, se pur ispirata ad una questione dirimente: la diversità ontologica della giurisdizione amministrativa rispetto al giudizio civile, la cui funzione è solo quella di risolvere una controversia privatistica tra i titolari di una posizione giuridica ben definita nei presupposti soggettivi ed oggettivi in un codice di diritto sostanziale. La questione processuale si presta peraltro anche ad una diversa lettura avuto riguardo alla ridefinizione del ricorso incidentale nell'art. 42 c.p.a. e del suo ingresso nel processo come una vera e propria domanda, anch'essa sottoposta ad una valutazione di ammissibilità in termini di legittimazione ed interesse. Di conseguenza nel processo la verifica delle condizioni e dei presupposti legittimanti la formulazione delle domande devono valere in egual modo sia per il ricorrente principale che per il ricorrente incidentale.

sottoposto all'esame di "altri ordini giurisdizionali", che constatino un pregiudizio economico per la stessa Amministrazione aggiudicatrice e potrebbero giungere a conclusioni incongruenti con la conseguita inoppugnabilità dell'aggiudicazione.

2.8.3. L'ordinanza della Sesta sezione n. 4023 del 30 luglio 2013

Ancora una volta, sempre la Sesta sezione, ritiene di dover rimettere la questione dei rapporti tra ricorso principale e incidentale all'Adunanza Plenaria.

Oltre che per il contenuto, è opportuno fare riferimento anche a questa ordinanza di rimessione al fine di sottolineare come l'esigenza di un ripensamento del principio di diritto affermato nel 2011 investa, la totalità delle questioni che in quella sede erano state affrontate³³³. Tale esigenza nasce specialmente in virtù del fatto che il 4 luglio 2013 sia nel frattempo intervenuta, come si vedrà, la pronuncia della CGUE ritenendo non conforme al diritto comunitario il principio affermato dalla sentenza n. 4 del 2011 dell'Adunanza Plenaria.

La peculiarità del caso sottoposto alla Sesta sezione, in cui sono di nuovo protagoniste due imprese concorrenti per l'aggiudicazione di una gara, sta nel fatto che nel corso del giudizio di primo grado l'amministrazione aveva provveduto, intervenendo in autotutela, ad accogliere le deduzioni della ricorrente principale escludendo quindi l'aggiudicataria.

Quest'ultima quindi proponeva un nuovo ricorso contro l'esclusione e a seguito dell'intervento in giudizio della ricorrente principale, ribadiva tramite controricorso le censure proposte nel ricorso incidentale proposto nel primo processo.

Tuttavia, qualora si dovesse ritenere che l'esclusione dalla gara della prima aggiudicataria ad opera dell'amministrazione, fosse illegittima riemergerebbe la problematicità della questione nello stabilire quale sia l'ordine di trattazione dei due ricorsi proposti.

Il Collegio, sul punto, ritiene che, anche alla luce di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, con la sentenza 4 luglio 2013, n. C. 100/12, debba essere rivisto l'orientamento espresso dalla stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 4 del 2011 e che i motivi che depongono per un cambiamento di orientamento interpretativo sono stati già espressi dalla Sezione con l'ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681, cui, per esigenze di sinteticità, il collegio ritiene rinvia integralmente. Si afferma così che: *“Per ragioni di certezza del diritto, è preferibile che sia la stessa Adunanza Plenaria a verificare se la motivazione posta a base della citata sentenza della Corte di Giustizia comporti una complessiva rimediazione delle questioni riguardanti la*

³³³ Cons. Stato, Sez. VI, Ord. 30 luglio 2013, n. 4023 in www.ilnuovodirittoamministrativo.it con nota di M. GIUSTINIANI.

perdurante sussistenza o meno della legittimazione e dell'interesse dell'impresa esclusa o da escludere, quando impugni gli atti di gara”.

2.9. LA QUESTIONE DELLA COMPATIBILITÀ COMUNITARIA DEL DIRITTO VIVENTE: L'ORDINANZA DEL T.A.R. PIEMONTE N. 208 DEL 2012 E LO SPOSTAMENTO DEL DIBATTITO IN EUROPA

Il tema della compatibilità comunitaria del diritto vivente, quale emergente dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011 come si è visto, è stato per la prima volta compiutamente affrontato dalla Quinta sezione del Consiglio di Stato, la quale non ha ritenuto opportuno effettuare il rinvio pregiudiziale al giudice europeo³³⁴.

La rimessione alla Corte di Giustizia è tuttavia avvenuta il 9 febbraio 2012, con l'ordinanza n. 208 pronunciata dal TAR Piemonte in ordine all'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di servizi di telefonia voci e dati³³⁵.

Il Tribunale nell'esaminare la vicenda, a seguito delle censure reciprocamente escludenti delle uniche due imprese partecipanti entra subito nel merito della vicenda.

Il collegio dopo aver disposto una verifica, all'esito della quale risultava la non conformità di entrambe le offerte rispetto a quanto richiesto dall'amministrazione, riteneva che entrambi dovessero essere accolti, con il contestuale annullamento della gara³³⁶.

Tale esito, sosteneva il TAR Piemonte, risulterebbe comunque soddisfacente per il c.d. interesse strumentale della ricorrente principale atteso che, non potendo quest'ultima aggiudicarsi la gara

³³⁴ Si fa riferimento alla già citata sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655.

³³⁵ Ordinanza del T.A.R. Piemonte, Sez. II, 9 febbraio 2012 n. 208, in www.giustizia-amministrativa.it. La vicenda vedeva protagoniste solo due imprese ossia Fastweb e Telecom Italia. La società Fastweb impugnava con ricorso tutti gli atti della procedura, deducendo una pluralità di motivi di gravame. In particolare, deduceva l'"inammissibilità" della proposta Telecom Italia per "*mancato rispetto del piano di fabbisogni presentato dalla ASL AL*" dato che come risultava dal parere tecnico emesso dal responsabile del Sistema Informativo della Telecom aveva offerto una connessione unica, laddove la ASL aveva chiesto tante connessioni quanti sono i servizi. Proprio tale diversità rispetto a quanto l'amministrazione aveva chiesto avrebbe determinato un notevole svantaggio per l'amministrazione e il minor canone chiesto da Telecom rispetto a quello offerto da Fastweb. In ogni caso, anche dal punto di vista economico, era stato segnalato che l'offerta avanzata dalla Telecom avrebbe comportato alcuni aggravii di costo, poi non considerati dall'amministrazione all'atto della scelta. Telecom a sua volta deduceva che l'offerta di Fastweb avrebbe dovuto essere esclusa in quanto non rispondente ad un requisito minimo che l'amministrazione aveva indicato nel piano di fabbisogni.

³³⁶ Sembra utile fare un rapido riassunto del percorso processuale antecedente all'ordinanza per capire come sia nata la vicenda poi affrontata dalla Corte di Giustizia. Davanti al T.A.R. remittente si discuteva inizialmente della questione se si fosse nel campo degli appalti pubblici visto che la controversia oltre a nascere da una convenzione-quadro tra la Pubblica amministrazione e gli operatori, coinvolgeva un soggetto esterno all'accordo stesso. Il T.A.R. apre quindi l'istruttoria per accertare se fossero presenti le condizioni conformi alle regole di gara, e decide, una volta accertato che le offerte erano illegittime che vi erano le condizioni per sospendere l'aggiudicazione. Viene proposto appello al Consiglio di Stato il quale lo accoglie e decide che non si poteva entrare nel merito dato che era stato accolto il ricorso incidentale. Ordina quindi di fissare direttamente la discussione nel merito. Il Tribunale in sede di discussione decide subito di sollevare la questione davanti la Corte di giustizia.

otterrebbe almeno il venir meno dell'aggiudicazione in capo alla controinteressata che avrebbe dovuto essere parimenti esclusa e la conseguente ripetizione delle operazioni di gara.

Tale prospettazione tuttavia si legge nell'ordinanza, non è applicabile nell'ordinamento giuridico italiano, quale risultante dal diritto vivente nell'elaborazione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 4 del 7 aprile 2011³³⁷.

Ciò che viene contestato e rimesso al vaglio del giudice comunitario, e ciò avviene tra l'altro per la prima volta, non è quindi una disposizione di legge nazionale, ma direttamente la decisione del massimo organo giurisdizionale amministrativo³³⁸.

Il principio affermato dal supremo consesso, nel comportare l'inammissibilità del ricorso principale allorché risulti fondata l'impugnazione incidentale, anche se i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due, sarebbe in contrasto con il principio di libera concorrenza sotteso alla Direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE, come modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE.

Quest'ultima, all'articolo 1 paragrafo 1, si preoccupa di *“garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria, prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime, così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese”*.

Inoltre come affermato nella stessa direttiva all'articolo 2 paragrafo 2 n. 1 lettera b, le procedure di ricorso, in particolare, devono poter mirare ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime, ai fini dell'effettività della tutela che deve essere garantita al fine di evitare effetti

³³⁷ Questo aspetto viene criticato sul piano formale da M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb. e App.*, 2012, 447-448, per cui si potrebbe dubitare della stessa ammissibilità di un rinvio pregiudiziale così formulato. Rileva l'A. che secondo la Nota informativa della Corte di giustizia CE, riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali (2011/C 160/01), i provvedimenti di rinvio pregiudiziale devono riportare il contenuto delle disposizioni nazionali che possono trovare applicazione ed identificare, eventualmente, la giurisprudenza nazionale pertinente, indicando ogni volta i riferimenti precisi». Tali istruzioni seppur non vincolanti sono strumentali alla migliore conoscenza della situazione oggetto di esame dato che solo il provvedimento di rinvio pregiudiziale è il documento che serve come base per il procedimento che si svolge dinanzi alla Corte e quest'ultima deve poter disporre degli elementi che le consentano di fornire una soluzione utile al giudice nazionale. Inoltre, è solo la domanda di pronuncia pregiudiziale che viene notificata agli interessati legittimati a presentare osservazioni dinanzi alla Corte in particolare gli Stati membri e le istituzioni e che costituisce oggetto di una traduzione. L'ordinanza del T.A.R. Piemonte, invece, non cita alcuna disposizione processuale nazionale, limitandosi a menzionare il principio di diritto espresso dalla Plenaria n. 4/2011.

³³⁸ Il TAR riporta il principio di diritto affermato dalla Plenaria per cui *“l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e sia dalle richieste dell'amministrazione resistente”*.

distorsivi della concorrenza, cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese³³⁹.

Tali principi invece secondo la sezione remittente sembrano inconciliabili con l'affermata incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale³⁴⁰.

Nel caso in cui una volta accolto il ricorso incidentale residui per il ricorrente principale l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara reso evidente dalla fondatezza dello stesso ricorso principale escludente, questo, a differenza di quanto affermato dalla Plenaria, deve poter trovare ingresso nel processo.

In caso contrario si attribuirebbe una ingiustificata posizione di vantaggio processuale e sostanziale all'impresa aggiudicataria ammessa in modo illegittimo, rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciute a tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara al pari della ricorrente. Conclusione che sarebbe contrastante con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Viene quindi ritenuto opportuno ai fini della soluzione della controversia sollevare, la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea³⁴¹.

³³⁹ Articolo 2 lettera b della citata direttiva, che nei requisiti per le procedure di ricorso prevede che gli Stati membri provvedano affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di *“annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione”*.

³⁴⁰ Il secondo rilievo critico di ordine sostanziale di M. PROTTO, *op. e loc. ult cit.*, è che il modo in cui l'ordinanza è formulata dà a prima lettura l'impressione che la Plenaria abbia enunciato un principio del tutto avulso da un puntuale contesto normativo processuale in cui il ricorso incidentale sembra prevalere sempre e comunque. Dovrebbe quindi essere l'indagine della Corte in sede di esame della normativa nazionale a dare una puntuale lettura della vicenda che deve tener conto del mutamento legislativo avvenuto tra le due adunanze del 2008 e 2011 con l'introduzione del codice del processo amministrativo e il rinvio all'articolo 276 c.p.a contenuto nell'articolo 76 c.p.a. nonché delle eccezioni alla priorità del ricorso incidentale previste dalla Plenaria stessa.

³⁴¹ Il quesito contenente l'oggetto della rimessione è così formulato: *“Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la Direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario - ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta”*.

La sezione si fa carico di un dissenso nei confronti dell'indirizzo del Consiglio di Stato, che era stato più o meno velatamente dichiarato da parte di alcuni TT.AA.RR. in virtù del ruolo nomofilattico attribuito all'Adunanza Plenaria, e per questo sposta così il dibattito nell'ambito del confronto europeo³⁴².

Per parte della letteratura che ha esaminato l'ordinanza il rinvio alla Corte si baserebbe sull'invocazione della *ratio* delle norme comunitarie richiamate, ossia in particolare della c.d. "direttiva ricorsi"³⁴³.

La questione sottoposta sebbene si atteggi come marcatamente processuale viene messa al vaglio della Corte ponendo in risalto il potenziale contrasto, in realtà non sussistente nel caso di specie, con ciò che la normativa comunitaria vuole evitare, ossia il prodursi di conseguenze irreversibili materiali e giuridiche provenienti dalla stipula di un contratto con l'operatore la cui aggiudicazione è contestata, e di conseguenza la mancanza di una tutela pienamente soddisfacente al concorrente che propone un ricorso.

Viene rilevato che, qualora il ricorrente principale deducesse una violazione del diritto comunitario e venisse dichiarato inammissibile a seguito dell'accoglimento del ricorso

³⁴² Cfr. E.M. BARBIERI, *Ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. Ital. dir. pub. com.*, 2012, 262 ss., secondo cui il rinvio sembra assumere il valore di una ricerca di libertà di giudizio "extra moenia" non consentita dall'articolo 99 c.p.a. La normativa contenuta nel codice del processo amministrativo lascerebbe ben poca speranza ai giudici di primo grado di mutamento giurisprudenziale auspicato, di qui la rimessione al giudice comunitario utilizzato, nel caso di specie, a parere dell'A., per dirimere una questione di rilevanza processuale del tutto interna; M. PROTTO, *op. e loc. ult. cit.*, secondo cui dall'ordinanza di rimessione sembrerebbe che i principi affermati dalla Plenaria siano vincolanti per i TT.AA.RR. mentre in realtà non sembra essere questa la lettura corretta dell'articolo 99 c.p.a. In ogni caso la Corte di giustizia ha più volte chiarito che regole processuali nazionali che vincolino un giudice inferiore alle statuizioni di un giudice superiore, non impediscono al giudice inferiore di sollevare pregiudiziale comunitaria, ove ritenga che le statuizioni del giudice superiore contrastino con il diritto comunitario. Sul punto v. anche R. CAPONIGRO, *L'interesse strumentale*, *op. cit.*, per cui l'investitura della Corte di Giustizia, peraltro, non sembra incontrare un ostacolo insormontabile nel principio di autonomia processuale degli ordinamenti giuridici nazionali, pacificamente affermato dal giudice comunitario, atteso che tale riserva fa salvo il rispetto del principio della effettività della tutela nella predisposizione ed interpretazione delle regole processuali in termini di inconvenienti procedurali, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti fondati sul diritto comunitario.

³⁴³ E.M. BARBIERI, *Ricorso principale, op. e loc. ult. cit.*, l'A., ritiene che, sebbene nel caso di specie non vi sia una lesione di un interesse protetto dal diritto comunitario, questa sia astrattamente configurabile qualora con il ricorso principale si deducesse una violazione della normativa europea. In tal caso potrebbe essere correttamente affrontata la questione dal giudice europeo che dovrebbe pronunciarsi tanto sulla necessità della rinnovazione della gara, e quindi della permanenza dell'interesse strumentale oltre che del rapporto di ordine logico tra i ricorsi onde evitare una lesione dei principi di parità ed effettività. Questione che se affrontata nel caso di specie sembrerebbe piuttosto una fastidiosa ingerenza nell'autonomia processuale interna. Ritiene necessario un ripensamento sull'indirizzo della Plenaria anche P. QUINTO, *Ordinanza TAR Piemonte: il dibattito sul ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo si sposta in Europa*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo l'A. non risponde alla realtà fattuale e giuridica che per effetto del ricorso incidentale escludente la posizione del ricorrente principale, partecipante ad una gara, ancorché illegittimamente ammesso, sia equiparabile all'impresa di settore non partecipante. Dovrebbe essere quindi riconosciuto, in ogni caso, un titolo di legittimazione al concorrente che impugni l'aggiudicazione, anche se destinatario di una domanda escludente da parte del ricorrente incidentale, residuando in capo al primo l'interesse strumentale all'annullamento della gara, funzionale alla riedizione del procedimento, la cui delibera di indizione è rimasta ferma.

incidentale escludente, effettivamente potrebbe sorgere un contrasto tra il diritto vivente e la normativa europea.

Secondo questa parte della dottrina infatti se adottassimo *sic et simpliciter* il principio della Plenaria ammettendo che il ricorso incidentale escludente possa eliminare del tutto l'aspirazione al bene della vita ulteriore detto anche interesse strumentale, rispetto all'aggiudicazione del ricorrente principale, allora bisognerebbe affermare che tutti i ricorsi sorretti da motivi che comportino, se accolti, l'annullamento del bando di gara dovrebbero essere dichiarati inammissibili. In tal caso infatti, una volta annullato il bando non vi sarebbe più alcuna possibilità di ottenere l'appalto, ma solo una mera probabilità nonché aspettativa collegata alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Per questa parte della dottrina quindi qualora il ricorso principale prospettasse violazioni del diritto comunitario idonee a coinvolgere la legittimità del bando si renderebbe impossibile la difesa dei diritti e degli interessi protetti a livello comunitario con la chiara esigenza di un intervento della Corte di giustizia.

Per altra parte della dottrina invece è necessario considerare che l'esigenza che viene in rilievo nella normativa europea è quella di garantire in materia di appalti una tutela processuale effettiva e celere consentendo al soggetto che sia legittimato, la proposizione di un ricorso prima della stipula del contratto³⁴⁴.

La giurisprudenza comunitaria, di conseguenza, ha censurato le leggi nazionali che non prevedevano la possibilità, per i concorrenti non aggiudicatari, di impugnare l'aggiudicazione³⁴⁵.

In definitiva, i principi comunitari che regolano il processo in materia di pubblici appalti, sono quelli di parità delle parti, effettività della tutela e libera concorrenza.

Tali principi tuttavia afferma questa parte della dottrina non sembrano incidere sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione al ricorso³⁴⁶.

³⁴⁴ Cfr. R. CAPONIGRO, *op. ult. cit.*, che sottolinea come sono le proprie le esigenze di effettività della tutela che hanno determinato l'introduzione nella c.d. direttiva ricorsi e, quindi, negli ordinamenti nazionali delle clausole di *stand still*. Tuttavia una volta che l'accesso alla giustizia sia stato garantito, il diritto comunitario non interviene sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e condizioni dell'azione, che appartengono alla c.d. "*autonomia processuale*" dei singoli ordinamenti.

³⁴⁵ In proposito, assume rilievo la decisione della Corte di Giustizia 24 giugno 2004, C-212/02 (Commissione c. Austria), la quale ha ritenuto contraria all'art. 2, par. 1, lett. a) e b), direttiva 89/665 ed alla direttiva 92/13, una legge nazionale la quale non prevedeva una procedura di ricorso che permettesse ad un concorrente escluso in una gara d'appalto di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione. Nel caso deciso la legislazione austriaca è stata giudicata in contrasto con le citate direttive perché non prevedeva che l'aggiudicazione fosse comunicata ai concorrenti diversi dall'aggiudicatario e non consentiva a costoro di impugnare l'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto.

³⁴⁶ M. PROTTO, *op. ult. cit.*, 449-450, Molto critico nei confronti del rinvio comunitario poco compatibile con una questione dal profilo prevalentemente processuale è E.M. BARBIERI, *op. ult. cit.*, 261.

Le norme comunitarie sembrano invece tutelare l'interesse all'affidamento dell'appalto in capo ai concorrenti che abbiano i requisiti per ottenere l'affidamento, e non anche di coloro che non hanno detti requisiti, atteso che l'effettività della tutela non consente comunque di abusare del diritto di difesa. Non sembrano tutelare un ipotetico interesse strumentale al rinnovo della gara, in capo a soggetto di cui si sia accertato che non aveva i requisiti di partecipazione alla prima gara, pena, da un lato, il rallentamento e la paralisi del mercato dei pubblici appalti in nome di interessi di fatto meramente privatistici e, dall'altro lato, la trasformazione del processo di parti in una giurisdizione di tipo oggettivo, in cui il giudice eserciti un sindacato generale sull'operato della stazione appaltante, avulso dalle regole processuali in tema di legittimazione e interesse al ricorso³⁴⁷.

3. L'attesa pronuncia della CGUE: la sentenza "Fastweb"

La Corte di giustizia dell'Unione Europea chiarisce il dubbio riguardante la compatibilità fra i principi espressi dalla decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e quelli di parità delle parti, non discriminazione e libera concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, fondanti la normativa comunitaria³⁴⁸.

Dopo aver affrontato, e risolto positivamente, il tema della ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice individua nel paragrafo 3 dell'articolo 1 della summenzionata Direttiva la norma la cui interpretazione si ritiene necessaria per stabilire la conformità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria al diritto euro-unitario. La disposizione stabilisce che: *«gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione»*.

La Corte richiama a tal proposito un proprio precedente, ossia la sentenza "*Hackermüller*"³⁴⁹, nel quale aveva affermato che la decisione dell'autorità aggiudicatrice di escludere un offerente da una gara prima dell'inizio della selezione non può privare lo stesso della legittimazione a

³⁴⁷ La direttiva ricorsi all'articolo 1 paragrafo 3 dispone che *«gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione»*. Tuttavia rileva R. CAPONIGRO, *op. ult. cit.*, la nozione di *«interesse all'affidamento di un determinato appalto pubblico»*, implica una verifica che tale interesse sia *«legittimo»* nel senso di essere fondato su ragioni legittime, e non sia un interesse di mero fatto perciò chi è stato legittimamente escluso, sul piano processuale, non ha legittimazione a contestare la gara.

³⁴⁸ C.G.U.E., Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 in www.ilnuovodirittoamministrativo.it con nota di F. CALZETTA.

³⁴⁹ C.G.U.E., Sez. VI, 19 giugno 2003, C-249/01 in *Urb. e app.*, 2003, 1275.

ricorrere contro gli atti di quel procedimento, in particolare per contestare i motivi per cui la stazione appaltante ne ha decretato l'esclusione³⁵⁰.

In quell'occasione precisava la Corte che, qualora i motivi di esclusione fossero risultati fondati, il ricorrente, non avrebbe potuto sollevare nessuna altra obiezione, di fronte all'inammissibilità delle ulteriori censure contenute nel ricorso, dirette a contestare altri atti del procedimento e in particolare l'aggiudicazione in favore di un altro offerente, in quanto l'istante non avrebbe potuto ritenersi ulteriormente lesa da tale declaratoria.

Nel caso oggetto del rinvio pregiudiziale del T.A.R. piemontese, tuttavia, la Corte rileva una differenza sostanziale dall'ipotesi affrontata nel precedente citato, vale a dire la circostanza che, dalla verifica svolta dal giudice del rinvio, era emerso che anche l'offerta dell'unico altro concorrente, divenuto poi aggiudicatario, sarebbe dovuta essere esclusa dal procedimento per inadeguatezza tecnica.

La differenza dal “*caso Hackermuller*” secondo la Corte dunque, non deriva dal fatto che l'inammissibilità del ricorso principale in questa vicenda derivi dall'accoglimento del ricorso incidentale e non a causa a causa del rilievo officioso del giudice come in quella vicenda, bensì dal fatto che anche l'offerta dell'aggiudicatario è stata ammessa nel procedimento in virtù di una compiuta illegittimità dell'amministrazione.

In tal caso afferma la Corte, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, in quanto: “*ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare*”³⁵¹.

Tenuto conto di queste considerazioni viene risposto alla questione sollevata, dichiarando che: “*L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle*

³⁵⁰ Il precedente che viene richiamato in motivazione era stato sollecitato dalla Commissione. Sembra opportuno porre l'attenzione che nel giudizio i partecipanti erano tre ossia la Commissione europea, il governo italiano, e l'impresa ricorrente incidentale nel giudizio davanti al T.A.R. Non sono invece state ritenute necessarie le conclusioni dell'Avvocato generale e non vi erano altri Stati partecipanti. Le tre parti esprimevano opinioni convergenti sul principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria n.4 del 2011 e sulla sua compatibilità con il sistema europeo.

³⁵¹ Punto 33 della motivazione.

specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale”.

3.1. Critiche alla pronuncia

All'indomani della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea vengono sollevate verso la stessa forti critiche ed obiezioni³⁵².

In primo luogo si è osservato che la lettura da dare alla sentenza deve essere restrittiva in quanto ciò che viene affermato dalla Corte non può che riguardare le gara con solo due partecipanti³⁵³.

In secondo luogo viene osservato unanimemente dai commentatori come la pronuncia rappresenti del tutto una decisione di diritto sostanziale in quanto appare evidente che in realtà il risultato che la Corte europea persegue, in virtù dell'interpretazione della normativa comunitaria, è evitare che ci sia una gara vinta da chi non poteva acquisire la posizione di aggiudicatario³⁵⁴.

In terzo luogo viene criticamente osservato come né il precedente giurisprudenziale né il parametro comunitario richiamati dalla Corte sembrano essere pertinenti alla questione³⁵⁵.

³⁵² Si fa riferimento a quanto emerso dal convegno: *“Il rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea”*, tenutosi presso il T.A.R. Lazio il 22 luglio 2013.

³⁵³ Rileva C. LAMBERTI, *Per la Corte di Giustizia l'incidentale non è più escludente?* in *Urb. e app.*, 2013, 1006, che l'esperto richiamo al quesito posto nell'ordinanza di rimessione sulla conformità agli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665/CEE sancendo che il ricorso *“sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità, quando il ricorrente contesta, a sua volta, la legittimità dell'offerta dell'aggiudicatario con identica motivazione e soltanto questi due operatori economici hanno presentato un'offerta”* circoscrive la portata della decisione della Corte di giustizia alle gare con due soli concorrenti ammessi; Inoltre, proprio per questo motivo rimarrebbe quindi spazio secondo S. VARONE, come sottolineato nell'intervento nel convegno ult. cit., per un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia, *contra* M. MARTINELLI, nel medesimo convegno ult. cit., che non ritiene che la sentenza sia circoscritta alla gara con due soli partecipanti dato che l'articolo 1 della direttiva ricorsi appare come una *“norma in bianco”* per cui l'impresa classificata può avere interesse ulteriore all'impugnazione (ad esempio ai fini della classificazione SOA) molto rilevante specie per i mercati chiusi.

³⁵⁴ A. LIROSI, nel medesimo convegno ult. cit., sottolinea La CGUE in sede di discussione ed esame della questione in udienza manifesta molto interesse e attenzione per la questione viene anche posta una domanda dal relatore della causa riguardante gli effetti dell'utilizzo del principio di diritto della plenaria 4/2011. Si chiede cosa possa fare la PA (la risposta è che la PA potrebbe agire in autotutela e si chiede se questa sia discrezionale o doverosa). In pratica, l'opinione della CGUE già in sede di discussione sembrava già orientata per una decisione che è a tutti gli effetti una decisione di diritto sostanziale. La questione che si pone all'attenzione della Corte infatti non era non interpretazione di una norma, ma di un principio.

³⁵⁵ *Contra* M. MARTINELLI, *ibidem*, secondo cui il precedente risulterebbe pertinente, ma comunque viene ad essere applicato in modo errato. Viene rilevato che forse l'unica pecca della Adunanza del 2011 è proprio non aver considerato la direttiva ricorsi in quanto bastava affermare che solo dal momento in cui venga garantito il diritto di difesa quel principio può essere compatibile. Nel caso richiamato oggetto dell'esame della Corte comunque il ricorso non aveva fini escludenti e il giudice non nega accesso alla giustizia al ricorrente.

Difatti nel sistema processuale austriaco, in cui viene nasce la vicenda Hackermuller è previsto che il giudice possa rilevare *ex officio* l'esistenza di profili di esclusione dell'offerta del ricorrente e proprio per questo motivo in quel processo emergeva il difetto di legittimazione. Inoltre la Corte usa come parametro di conformità comunitario con il diritto vivente l'articolo 1 Paragrafo 3 della direttiva 89/665/CEE in quanto norme poste a garanzia dell'accesso alla giustizia senza tener conto che si sta discutendo di norme processuali³⁵⁶.

Infine viene osservato come la scarna motivazione lasci aperti diversi quesiti³⁵⁷. La motivazione risulta difatti carente sia sul fronte di una dovuta argomentazione sull'esistenza tanto della legittimazione che dell'interesse a ricorrere.

Mentre il T.A.R. Piemonte aveva evidenziato la presenza e l'esigenza di tutelare l'interesse strumentale in capo al ricorrente principale, tale punto non viene preso in considerazione dalla Corte, la quale parla unicamente di un "*interesse legittimo*"³⁵⁸ in capo ad entrambi i concorrenti che deve essere tutelato³⁵⁹.

Non viene quindi spiegato se, nel caso in cui vi siano "*motivi identici*", sollevati da entrambe le parti, tali da rendere necessario l'esame di entrambi ricorsi, l'interesse strumentale continui ad essere un interesse di mero fatto, come sancito dalla Plenaria del 2011, oppure possa essere considerato un interesse legittimo. Il vero problema irrisolto quindi consisterebbe nel vedere se c'è un interesse legittimo nell'interesse strumentale o se siamo di fronte al ricorso di un *quisque de populo*, che chiede tutela³⁶⁰.

³⁵⁶ Si potrebbe allora affermare che il principio stabilito dalla Plenaria sia compatibile con il diritto comunitario in tanto in quanto venga garantito il diritto di difesa.

³⁵⁷ Ad esempio non viene considerata la posizione dello Stato in merito all'autotutela. Seppure il punto fosse emerso in sede discussione della causa, rimane un aspetto non esaminato dalla sentenza.

³⁵⁸ Per M. MARTINELLI, nell'intervento al convegno ult. cit., i pregi della sentenza della Corte sarebbero proprio nell'aver riconosciuto che ciascuno dei due concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo ad indurre la PA a far escludere l'offerta altrui ed è la prima volta che si parla di interesse legittimo e non si è tirato fuori l'interesse strumentale. La legittimazione processuale comunitaria comprende quindi tanto un interesse all'aggiudicazione, quanto l'interesse alla tutela della concorrenza in quanto esisterebbe sempre un interesse a non vedere che l'aggiudicatario illegittimo sia preferito. Non prendendo in considerazione l'interesse strumentale si può affermare che non vi è mai un obbligo di riedizione della gara, che non essendo un interesse legittimo non si può far valere neanche in ottemperanza. Inoltre l'articolo 2 bis della direttiva del 2007 parla dell'offerente "*interessato*" ossia il soggetto che non è stato escluso e ciò vale anche se l'esclusione è stata accertata nel corso del giudizio.

³⁵⁹ Tuttavia secondo R. CAPONIGRO, nell'intervento al convegno ult. cit. non bisogna dare rilevanza al fatto che venga menzionato per la prima volta l'interesse legittimo, perché è stato in questo caso usato in modo improprio. Viene criticamente osservato che non si è mai negata l'esistenza di un interesse legittimo, da parte di chi agisca ed abbia partecipato, ma il punto, di fatto non esaminato e irrisolto è se lo stesso partecipante possa vantare un interesse strumentale e, in caso positivo, che natura presenti lo stesso. Inoltre l'interesse legittimo menzionato dalla Corte viene usato in maniera impropria in quanto mentre l'interesse del ricorrente principale è di tipo pretensivo, ma può avere natura diversa a seconda del bene delle vita che si vuole ottenere ossia la riedizione della gara o l'aggiudicazione quello del ricorrente incidentale è solo oppositivo ed ha sempre natura impugnatoria.

³⁶⁰ R. CAPONIGRO, nel suo intervento nel convegno ult. cit., sottolinea che a seguito dell'annullamento dell'ammissione del ricorrente principale, che opera *ex tunc*, intervenuto in sede di giudizio, questi diventa un *quisque de populo* e non ha più legittimazione. L'annullamento è infatti incidentale-mediato operando come

Viene osservato che la Corte di Giustizia, in coerenza con le peculiarità della fattispecie concretamente esaminata, avrebbe limitato la pronuncia all'ipotesi i cui le parti abbiano proposto nei rispettivi ricorsi “*motivi identici*” di censura³⁶¹.

Il problema rimane invece secondo gran parte dei commentatori per i motivi di impugnazione che al di là del fatto che possano o meno essere “*identici*” siano reciprocamente “*escludenti*”.

In tal caso infatti, una volta ritenuto che l'accoglimento dell'impugnativa incidentale, come affermato dalla CGUE, non possa determinare automaticamente l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad agire del ricorso principale, l'indagine deve spostarsi sull'altra condizione soggettiva dell'azione, ossia l'interesse al ricorso, atteso che l'interesse strumentale non sempre sussiste³⁶².

conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale. Tuttavia, rileva l'A. che la nostra è una giurisdizione di tipo soggettivo ciò che assume valore giuridico è il fatto storico della partecipazione e si può affermare che sin da tale momento la posizione è già differenziata. Le norme poste a tutela della procedura sono a tutela di tutti quelli che vi hanno partecipato. L'interesse strumentale è quindi un interesse legittimo e non di mero fatto. Con la Plenaria n. 4/2011 è stato allargata la sfera degli interessi strumentali di mero fatto, mentre opposta, e da preferire, è l'impostazione della nuova ordinanza di rimessione.

³⁶¹ Secondo alcuni autori tra cui R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente escludenti*, op. cit. il riferimento ai “*motivi identici*” induce, a riflettere sul fatto che, seguendo la tesi proposta dalla Corte, che esclude l'automatica inammissibilità del ricorso principale a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale deve essere comunque verificata la sostanza dei singoli motivi di impugnativa al fine di individuare l'ordine di priorità logica di esame delle censure. In primo luogo, occorre a monte verificare la fase procedimentale a cui afferiscono le censure proposte, vale a dire quali censure afferiscono alla fase preliminare di verifica dei requisiti di ammissione o comunque precedente l'attribuzione dei punteggi e quali a quella dello svolgimento della gara. Per le censure proposte dal concorrente illegittimamente ammesso, afferenti all'attribuzione dei punteggi, l'annullamento della sua partecipazione non può che determinare l'inammissibilità delle stesse, rispetto alle quali, non potendo queste ultime produrre l'estromissione dalla gara della controparte, non sussisterebbe più alcun interesse; Esprime la stessa opinione anche C. LAMBERTI, *op. ult. cit.*, 1008, per cui l'ipotesi del medesimo procedimento e dei motivi identici non esaurisce quello che può essere il contenuto dei ricorsi che possono, alternativamente o cumulativamente, investire aspetti procedimentali successivi alla fase di ammissione, il cui effetto conformativo comporti la ripetizione di una o più fasi della gara e non dell'intera procedura, come avviene inevitabilmente qualora entrambi i concorrenti siano privi dei requisiti di partecipazione. Secondo l'A. quindi la mancanza di “*motivi identici reciprocamente escludenti*”, dovrebbe riprendere necessariamente vigore la regola generale dell'esame prioritario dei motivi di più agevole decisione secondo la teoria della ragione più liquida non potendo le parti disporre dell'ordine di esame delle questioni. Non può escludersi la possibilità di applicare l'art. 276, comma 2, c.p.c., espressamente richiamato nell'art. 76, comma 4 c.p.a.

³⁶² R. CAPONIGRO, *ibidem*, che si domanda quali sarebbero le conclusioni se i motivi non fossero invece identici e non vi sia interesse strumentale. Dobbiamo considerare l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici, tutte le lettere (ad eccezione della lettera *m-quater*) ad esempio la lett. c) che contempla l'ipotesi di condanna con sentenza passata in giudicato per determinati reati. In tali casi, infatti, l'illegittima partecipazione non consiste in una omissione prevista a pena di esclusione da parte di un'impresa che avrebbe potenzialmente i requisiti per partecipare alla gara, ma nell'oggettivo mancato possesso di un requisito, la cui assenza non potrebbe essere colmata in una gara successiva alla quale l'operatore economico non potrebbe comunque prendere parte. Di conseguenza andrebbero allora esaminate per prime le censure che hanno uno spessore di un certo tipo idonee a verificare se c'è interesse al ricorso e a tal fine anche nell'ambito della stessa fase procedimentale, diversificare le censure come quelle che potrebbero portare all'impossibilità a contrarre. Quello che si dovrebbe fare nelle nuove pronunce è allora elencare i casi in cui il Ricorso incidentale è escludente. In particolare, operata una “*prima cernita*” tra le censure escludenti vale a dire tra le censure cui è sotteso l'interesse strumentale, e le censure relative all'attribuzione dei punteggi, dovrebbe essere effettuata una ulteriore selezione, tra le censure “*escludenti*”, isolando quelle la cui fondatezza sia idonea a determinare la carenza di interesse al ricorso della controparte, in quanto tali da escludere che la stessa possa avere un interesse strumentale alla ripetizione della gara, e che, pertanto, devono essere prioritariamente esaminate. In molteplici fattispecie, l'impresa di cui sia accertata il mancato

Secondo altri, più astrattamente, a seguito delle conclusioni della Corte si potrebbe parlare dell'esistenza di una "*legittimazione comunitaria*" esistente in capo a chi abbia interesse o abbia avuto interesse ad agire o sia stato in ogni caso in qualche modo leso per una presunta violazione da parte della pubblica amministrazione, come nel caso della sentenza *Hackermuller*.

Tuttavia, nel percorso logico della motivazione della sentenza secondo alcuni seppur appaia chiaro il risultato, ossia che la legittimazione del ricorrente principale sussiste e resiste anche a seguito dell'esame del ricorso incidentale escludente, quello che non viene spiegato compiutamente è se era possibile "*a monte*" la verifica sull'incongruenza tecnica dell'offerta del ricorrente incidentale necessaria "*a seguito*" dell'esame del ricorso principale. Non viene quindi sciolto il nodo fondamentale, ossia se il T.A.R poteva effettivamente entrare nel merito della questione, come ha fatto tramite le verificazioni istruttorie, a seguito dello scrutinio del ricorso incidentale e quindi dell'esame della questione pregiudiziale dallo stesso posta.

In conclusioni quindi viene osservato che numerosi sono le questioni che rimangono aperte a seguito dell'attesa pronuncia della Corte di giustizia, non allontanandosi il problema di un contenzioso amministrativo non soddisfacente caratterizzato da un generale "*imbarbarimento*", laddove l'unica certezza sembra essere che la gara rimane condotta da chi non aveva i requisiti nemmeno per parteciparvi³⁶³.

La sentenza della CGUE in definitiva lascia e apre dubbi in quanto nel bilanciamento delle garanzie si è voluto attribuire maggior peso alla tutela della concorrenza senza dare risposta alle altre questioni, tanto da preannunciare, ipotesi che di fatto si è poi verificata, un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

3.2. Nuovi scenari aperti dalla sentenza della CGUE

Secondo quella parte della dottrina apertamente in contrasto con la posizione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 la Corte di Giustizia avrebbe nella sostanza richiamato il giudice italiano a un ripensamento sulle sue posizioni sollecitandogli di non cedere alle spinte

possesso del requisito non potrebbe in alcun caso partecipare alla riedizione della gara, sicché sarebbe da escludere la titolarità di un interesse strumentale. Nell'esame delle questioni "*escludenti*", devono essere prioritariamente esaminati, a prescindere da chi siano stati proposti, i motivi la cui fondatezza determinerebbe l'inammissibilità del ricorso della controparte per carenza dell'interesse strumentale. Va da sé che, ove entrambe le parti abbiano proposto motivi escludenti la cui fondatezza sia tale da determinare il venire meno dell'interesse strumentale al ricorso, la fondatezza del ricorso incidentale, nonostante la specularità delle posizioni, determinerebbe l'inammissibilità del ricorso principale perché l'eventuale fondatezza di entrambi i ricorsi non sarebbe utile per nessuna delle parti.

³⁶³ M. SANINO, Introduzione ai lavori del convegno ult. cit. che sottolinea come la crisi del sistema sia alimentata dall'uso delle lettere d'invito, provvedimenti generali, che nella pratica rendono ancora più alta la probabilità che non sia alcun partecipante che abbia precisamente tutti i requisiti e le condizioni previste dal bando.

“*protezionistiche*” provenienti dalla pubblica amministrazione e dalla società verso le decisioni prese dalla stessa autorità³⁶⁴.

Il tema viene quindi ricondotto dal giudice comunitario nel giusto ambito dovendosi ammettere che il problema del rapporto tra i ricorsi coinvolge tanto la natura della giurisdizione quanto la tutela della concorrenza. Il rischio evidenziato infatti è proprio quello per cui il giudice amministrativo non svolgendo il proprio ruolo tanto di “*giudice della concorrenza*”, quanto di “*giudice dei conflitti*” provochi ancora più danni di quelli che crede di evitare non sindacando sull’aggiudicazione illegittima.

La pronuncia seppur definita “*ellittica e poco motivata*” tuttavia indica una chiara direzione al giudice amministrativo. Secondo questa diversa lettura emergerebbe l’esistenza di una pregiudizialità “*giusta*” del ricorso incidentale.

Esisterebbe infatti una casistica, in cui l’effetto paralizzante del ricorso incidentale è pienamente ammissibile nonché sorretto da una stretta logica. Vi rilenterebbe a pieno titolo il caso in cui sia solo il controinteressato ad introdurre in giudizio censure sull’ammissione del ricorrente principale, mentre quest’ultimo si limiti a contestare l’attribuzione dei punteggi. In tal caso, una volta accolto il ricorso incidentale il ricorrente principale perderebbe interesse all’esame del proprio ricorso, ma come sembra dire anche la Corte di Giustizia nel punto 28 della motivazione non verrebbe comunque meno la legittimazione³⁶⁵.

Tuttavia la questione cambia quando anche ricorso principale ponga il problema della legittimità dell’ammissione del Ricorrente incidentale che a sua volta ne contesti la mancata esclusione.

In questo caso le due impugnazioni sono sullo stesso piano poiché la circostanza che siano in due ricorsi diversi ossia l’uno principale e l’altro incidentale dipende unicamente da una vicenda occasionale³⁶⁶.

³⁶⁴ Si fa riferimento all’intervento di G. PELLEGRINO “*La CGUE sul ricorso incidentale. Concorrenza e regole del processo amministrativo*” effettuato nel corso del convegno: “*Giustizia amministrativa e crisi economica*”, tenutosi presso il Consiglio di Stato nei giorni 25 e 26 settembre 2013.

³⁶⁵ La CGUE nel considerato 28 a tal proposito richiama il considerato 26 della sentenza “*Hackermuller*” da cui si può giungere ad affermare che la legittimazione infatti è un fatto differenziante, e l’imprenditore non può più essere considerato un *quisque de populo* in quanto abbia partecipato alla gara. In tal senso sembra esprimersi anche la nuova ordinanza di rimessione della VI sezione. Cfr. G. PELLEGRINO, *ibidem*, per cui se si segue l’Adunanza Plenaria si arriva paradossalmente al risultato di non permettere al ricorrente escluso di non poter impugnare manco la sua esclusione. Se non supera impugnazione non ha interesse.

³⁶⁶ G. PELLEGRINO, *ibidem*, dove osserva che il fatto che in via pretoria sia stabilito che gli atti di ammissione si impugnino dopo l’aggiudicazione non è un presupposto incontrovertibile. Difatti è solo per questo motivo che l’interesse aggiudicatario sorge dopo quello del ricorrente principale e l’interesse di quest’ultimo sorge dopo l’aggiudicazione. Se noi ammettessimo l’impugnazione immediata contro gli atti di ammissione non si potrebbe giungere alle conclusioni del 2011, magari prospettando una pregiudizialità ancora più paradossale ancorata in base a chi depositasse per primo l’atto processuale. In virtù di queste considerazioni emerge che il sistema non è equilibrato.

Viene osservato che oggi più di ieri non può invocarsi correttamente, come veniva fatto dall'ordinanza di rimessione alla Plenaria del 2011, il principio "*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*" in quanto l'oggetto del giudizio è proprio quell'aggiudicazione sulla quale non ci può essere una parità di "*causa*" senza provocare un ingiusto doppio *favor* verso l'aggiudicatario.

La soluzione allora prospettata in virtù di questi nuovi riscontri è quella che fa leva una chiara applicazione dei principi del "*giusto processo*" e della logica in quanto due censure contrapposte sull'ammissione non possono che essere considerate equiparate e il giudice non può costituire un ordine preferenziale.

Nel caso siano tutte e due fondate, e vi siano solo due concorrenti la soluzione più corretta sembra essere quella aperta dalla Plenaria del 2008 ancora più plausibile alla luce dei nuovi poteri che oggi vengono attribuiti al giudice dell'ottemperanza³⁶⁷.

Il punto fondamentale della sentenza della Corte di giustizia è proprio in ciò che viene chiesto al giudice dalle parti in quanto viene chiamato a tenere in conto quello che è il reale interesse delle stesse, considerando la tutela della concorrenza come un bene in sé a cui l'imprenditore, operatore economico del mercato aspira.

Come si affermava nel 2008, quindi esisterebbe tanto un interesse comune alle due parti ad autoescludersi in virtù del rifacimento della gara, quanto un interesse "*concorrenziale*" da proteggere e di cui le stesse imprese sono portatrici e che mira a che quel bene della vita non vada a nessuno che sia meritevole di aggiudicarselo³⁶⁸.

In tal modo si ritiene che venga tutelato il mercato in un modo nettamente migliore rispetto a quanto possa fare la conservazione di un'aggiudicazione illegittima e la prosecuzione di un'opera da parte di chi non possiede i requisiti per farlo, riaffermando contemporaneamente la giurisdizione di tipo soggettivo.

Problema non risolto è quello dell'ipotesi in cui vi siano più concorrenti in quanto con l'accoglimento dei ricorsi reciprocamente escludenti si andrebbe di nuovo oltre il carattere

³⁶⁷ G. PELLEGRINO, *ibidem*, osserva che mentre prima appariva legittimo domandarsi se l'Amministrazione fosse obbligata a rifare la gara oggi il giudice ha poteri di imposizione del giudicato diversi rispetto al passato. Rimane il fatto che se l'Amministrazione decidesse che non serve più l'opera se non con quel determinato aggiudicatario vi sono problemi che esulano da ogni questione strettamente processuale.

³⁶⁸ Questo secondo G. PELLEGRINO emergerebbe anche nelle righe dell'ordinanza di rimessione alla Plenaria n.2681 del 2013, *contra* R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente escludenti*, op. cit., 24, secondo cui non può sostenersi che l'interesse risieda nell'utilità a che la controparte non acquisisca l'appalto aumentando le proprie referenzialità e ciò sia perché se l'impresa non può partecipare ad una nuova gara non può ricevere alcun beneficio, se non di tipo emulativo, dalla non aggiudicazione della gara alla controparte e sia perché una tale opzione interpretativa sarebbe in grado di determinare una deriva oggettivista della giurisdizione in quanto dovrebbero essere considerati ammissibili anche ricorsi proposti da soggetti che non hanno affatto partecipato alla gara ove tendenti al travolgimento integrale della gara stessa, il che è stato costantemente escluso.

soggettivo della giurisdizione a vantaggio del terzo. La soluzione allora potrebbe in questo caso essere per la dichiarazione di improcedibilità per entrambi i ricorsi.

La questione diviene ancora più complicata se in una gara con più partecipanti i ricorsi oltre ad essere reciprocamente escludenti contestino anche i punteggi. In tal caso, una volta dichiarata l'improcedibilità in merito alle questioni sulla mancata esclusione non entrando nel merito delle questioni relativi all'attribuzione dei punteggi si arriva all'assurdo risultato di non fare giustizia della gara. Con la conseguenza che laddove il giudice amministrativo dovrebbe avere una giurisdizione "*piena*" non potrà svolgere il suo sindacato.

Questo tuttavia non significa che non ci sarà alcun giudice che possa farlo, bensì si arriva solo all'assurdo risultato che non possa farlo proprio il giudice amministrativo che dovrebbe essere il primo deputato a dirimere i conflitti tra gli attori del mercato e dell'economia e la pubblica amministrazione.

Infine, secondo le considerazioni di un'altra parte della dottrina, in parte già esaminate tra le critiche alla sentenza della Corte di giustizia, l'evoluzione prospettabile rispetto alle conclusioni cui è pervenuta tanto la stessa Corte quanto l'ordinanza di rimessione della Sesta sezione del Consiglio di Stato, è strettamente legata all'interesse strumentale.

Il giudice amministrativo dinnanzi a due ricorsi reciprocamente escludenti deve distinguere tra i motivi il cui accoglimento determina il venire meno dell'interesse strumentale al ricorso ed i motivi il cui accoglimento non determina tale conseguenza³⁶⁹.

L'applicabilità di quanto statuito dalla Corte di Giustizia, secondo quest'autore, non investirebbe i ricorsi che abbiano proposto "*motivi identici*" in quanto di "*identico contenuto*", ma quelli che deducano dei "*motivi idonei a produrre identiche conseguenze sul piano processuale*".

³⁶⁹ R. CAPONIGRO, *Le azioni escludenti*, op. cit., secondo cui in presenza di due parti, uniche partecipanti alla gara, che abbiano entrambe proposto censure "*escludenti*" e ritenuto che le stesse non sono idonee a far venire meno la legittimazione ad agire della controparte, è possibile che si verifichino tre diverse ipotesi. La prima è che nessuno dei motivi proposti è in grado di impingere sull'interesse strumentale della controparte. In tal caso occorrerebbe procedere all'esame di entrambi i ricorsi e sarebbe pertanto indifferente l'ordine di scrutinio degli stessi. La seconda è che solo una delle due parti ha proposto motivi idonei a far venire meno l'interesse strumentale della controparte. In tal caso occorrerebbe esaminare prioritariamente il ricorso, principale o incidentale, che abbia formulato tali motivi ed il relativo eventuale accoglimento determinerebbe, in via mediata, l'inammissibilità dell'altro ricorso per carenza di interesse. La terza e ultima ipotesi è che entrambe le parti abbiano proposto motivi idonei a far venire meno l'interesse strumentale della controparte. In tal caso occorrerebbe esaminare prioritariamente il ricorso incidentale ed il relativo eventuale accoglimento dei motivi *de quibus* determinerebbe, in via mediata, l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse. Nella prima ipotesi quindi occorre esaminare ambedue i ricorsi, ma nella terza fattispecie specie la identità dei motivi non evita che l'accoglimento dell'impugnativa incidentale, riflettendosi sull'interesse strumentale al ricorso, abbia come effetto finale l'inammissibilità dell'impugnativa principale.

La possibilità che, pur in presenza di posizioni speculari, l'accoglimento dell'azione incidentale “*escludente*”, sia idonea a travolgere del tutto l'interesse strumentale al ricorso del ricorrente principale, e quindi determini l'inammissibilità dell'azione principale, si verifica non solo quando alla gara abbiano partecipato più imprese, ma anche quando sia accertata l'insussistenza di un requisito che non consentirebbe di prendere parte ad una nuova gara.

Questa conclusione seppur apparentemente lesiva del principio di parità delle parti, tuttavia costituisce un'ipotesi fisiologica in una giurisdizione di tipo soggettivo qual è la giurisdizione amministrativa.

3.4.2. Nuovamente una rimessione alla Corte di Giustizia: l'ordinanza del Consiglio di Giustizia della Regione Sicilia, 17 ottobre 2013, n. 848

I dubbi sollevati dai primi commentatori alla pronuncia della Corte di Giustizia in merito al margine di applicazione della stessa sentenza vengono in parte accolti dal CGAR siciliano che effettua un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁷⁰.

Questa volta la procedura posta all'esame del Consiglio siciliano vedeva la partecipazione di più concorrenti. A seguito della sentenza di primo grado con cui era stata impugnata l'ammissione e l'aggiudicazione dell'ATI vincitrice, l'amministrazione provvedeva ad escludere tutte le partecipanti in quanto verificava che nessuna aveva presentato una domanda ammissibile in relazione ai criteri posti dalla lettera di invito.

Il collegio rileva quindi che la fattispecie concreta risulta almeno in parte differente da quella già scrutinata dalla Corte di Giustizia, in quanto le imprese ammesse a partecipare alla procedura sono più di due. Nonostante questo dato, tuttavia nel giudizio si contrappongo comunque solo la prima e la seconda classificata in quanto nessuna delle altre partecipanti, successivamente escluse dalla gara, aveva provveduto a contestare in sede amministrativa o giurisdizionale l'esclusione.

Di conseguenza, come afferma il collegio, “*solo queste due imprese conserverebbero un interesse, processualmente tutelabile, alla decisione in ordine alla legittimità della gara*”.

Il dubbio che muove il giudice ad un nuovo rinvio deriva dal fatto che seppur la situazione che si è venuta a determinare nella vicenda oggetto della controversia risulta essere in definitiva “*sostanzialmente assimilabile, in ragione del concreto isomorfismo che si ravvisa*” a quella in

³⁷⁰ C.G.A.R.S., Sez. I, Ord. 18 ottobre 2013, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it.

relazione alla quale è stata pronunciata la sentenza della CGUE il 4 luglio 2013 i presupposti della vicenda sono diversi dato che inizialmente le imprese partecipanti non erano solo due.

A fronte dell'indifferenza rispetto all'esclusione mostrata dalle partecipanti l'interesse processuale delle uniche due parti "*resistenti*" in causa si atteggia come se tali due imprese fossero state le uniche a partecipare fin dall'inizio della gara. Di conseguenza sembra possibile affermare che entrambe le ricorrenti potrebbero avere interesse tanto all'accoglimento, quanto e prima ancora, allo scrutinio delle proprie doglianze, anche in caso di accoglimento di quelle di controparte, quantomeno per realizzare il proprio interesse c.d. "*strumentale*" all'azzeramento della gara, onde poter concorrere alla sua riedizione per "*rigiocarsi ex novo la chance di vincerla*"³⁷¹.

Il giudice del rinvio opera quindi un sottile "*distinguo*" rispetto alla pronuncia della Corte di Giustizia, cercando maggiori sicurezze che non ritiene possibile raggiungere autonomamente in via interpretativa. Questa remora nel giungere ad un'applicazione "*estensiva*" del principio affermato dalla sentenza della Corte di Giustizia può essere compreso maggiormente in relazione alla seconda questione presente nell'ordinanza oggetto di rinvio.

Nella stessa ordinanza emerge un'altra questione di non minore importanza relativa al ruolo dell'Adunanza Plenaria come delineato dall'articolo 99 c.p.a. e i rapporti con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Il collegio sottolinea, in maniera molto critica, quasi a rivendicare una sorta di autonomia interpretativa di cui è stato spogliato proprio all'interno della sua giurisdizione, che l'articolo 99 c.p.a. nella sostanza tolga libertà alle singole sezioni del Consiglio di Stato.

Di conseguenza tanto le sezioni semplici quanto le due distaccate del Consiglio siciliano, sembrerebbero impossibilitati ad effettuare il rinvio pregiudiziale qualora emerga una questione interpretativa in relazione al diritto dell'Unione Europea seppur sia pacifico che essi agiscano quali giudici di ultima istanza.

Il punto di rottura che muove tale questione nasce nella doverosità della rimessione all'Adunanza Plenaria qualora la sezione intenda discostarsi da una sua precedente posizione,

³⁷¹ Il primo quesito posto alla CGUE è così formulato: "*Se i principi dichiarati dalla CGUE con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese*"

ponendo in sostanza un ostacolo alla libertà di adire il giudice dell'Unione europea o di seguirne l'indirizzo interpretativo che sia in contrasto con quello del supremo consesso³⁷².

È chiaro quindi, come la non nascosta insofferenza del giudice siciliano sia diretta contro il sistema di “filtro” posto dal comma 3 dell'articolo 99 c.p.a., che appare oltre che sul fronte interno una pericolosa deriva verso un sistema di “*stare decisis*” anche un ostacolo non conforme alla piena attuazione dell'interpretazione dei principi di diritto comunitario che dovrebbero essere invece immediatamente applicabili dal giudice nazionale³⁷³.

L'ultima parte del lungo quesito oggetto del rinvio pregiudiziale da parte del giudice siciliano verte sulla compatibilità del comma 3 dell'articolo 99 c.p.a. chiedendo al giudice europeo

³⁷² L'articolo 267 TFUE dispone che: “*La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile*”. Si ritiene quindi doveroso il rinvio da parte dei giudizi di ultima istanza. È generalmente riconosciuta l'efficacia immediata delle stesse sentenze della Corte in virtù dell'adesione all'unione Europea, con conseguente immediata applicazione del principio dalle stessa affermato. Come sottolineato da M. A. SANDULLI, *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, in www.astrid-online.it, 4, il rinvio da parte del giudizio di ultima istanza è doveroso salvo il caso in cui la normativa europea da applicare sia chiara, laddove in caso di contrasto con la normativa interna è tenuto a disapplicare quella nazionale incompatibile. Il giudice nazionale in caso di violazione di tale dovere incorre in una specifica responsabilità per i danni recati al singolo come affermato in recenti pronunce della CGUE volte ad affermare la responsabilità dei magistrati.

³⁷³ Il secondo lungo quesito sottoposto alla CGUE viene così formulato nella prima parte: “*Se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l'art. 267 TFUE, l'art. 99, comma 3, c.p.a., nella parte in cui tale disposizione processuale stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, anche laddove consti in modo preclaro che detta Adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea; Se la Sezione o il Collegio del Cons.Stato investiti della trattazione della causa, laddove dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE per accertare la conformità e compatibilità europea del principio di diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio possano, o debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto dell'UE; Se nell'ipotesi in cui la risposta alla domanda posta nel precedente alinea fosse nel senso di riconoscere a ogni Sezione e Collegio del Cons. Stato il potere/dovere di sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla CGUE ovvero, in ogni caso in cui la CGUE si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, affermando la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall'Adunanza plenaria ogni Sezione e ogni Collegio quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'UE possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'UE per come interpretato dalla CGUE o se, invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all'Adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l'applicazione del diritto dell'UE, già vincolativamente dichiarato dalla CGUE.*”

un'esegesi del sistema processuale amministrativo interno in relazione alla vincolatività delle statuizioni del giudice europeo dello stesso articolo 267 TFUE.

In virtù del rispetto di questi ultimi due principi viene domandato alla CGUE se possa ritenersi compatibile rimandare all'esclusiva valutazione dell'Adunanza Plenaria l'eventuale decisione in ordine al rinvio pregiudiziale alla CGUE ovvero anche soltanto la definizione della causa, *“allorché questa direttamente consegua all'applicazione di principi di diritto eurounitario già declinati dalla CGUE e se non sia di ostacolo, oltre che con i principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di procedure di affidamento degli appalti pubblici, anche con l'esigenza che il diritto dell'Unione europea riceva piena e sollecita attuazione da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione siccome stabilita dalla CGUE, anche ai fini della massima estensione dei principi del cd. "effetto utile" e del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto (non solo sostanziale, ma anche processuale) interno del singolo Stato membro”*.

3.4. QUID IURIS? ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI DOPO LA SENTENZA DELLA CGUE

Nelle more di un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria sollecitato, come visto, da ben tre ordinanze del Consiglio di Stato, attinenti ad aspetti fondamentali del diritto vivente costruito sulle basi della pronuncia n. 4 del 2011, si può osservare una tendenza emergente nella giurisprudenza di primo grado che si dirige nella diretta applicazione del principio affermato dalla Corte di Giustizia³⁷⁴.

Da ultimo, si può a titolo esemplificato fare riferimento a quanto affermato dal T.A.R. Veneto³⁷⁵ secondo cui *“il riferito insegnamento giurisprudenziale comunitario deve assumere una valenza prevalente rispetto a quella, sul punto, assunta dalla giurisprudenza domestica, così come, nei termini indicati dall'art. 249, comma 3, del Trattato CEE, la normativa comunitaria prevale su quella nazionale. In altri termini il giudicato nazionale, che disattende gli*

³⁷⁴ In tal senso cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 gennaio 2014 n. 379; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 28 gennaio 2014 n.105; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 04 ottobre 2013, n. 1194 in *Urb. e app.*, 2013, 12, 1343; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 novembre 2013, n.2540, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 20 dicembre 2013, n. 5965 *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Sez. I, Roma, 13 gennaio 2014 n. 361 seppur in quest'ultima pronuncia si afferma che nella fattispecie in esame si verifica una di quelle eccezionali circostanze, in cui *“a prescindere dai principi sanciti dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza 4 luglio 2013 (causa C 100/12) per l'ipotesi della gara a due concorrenti - si deve procedere all'esame delle restanti censure dedotte con il ricorso incidentale e con il ricorso principale: queste infatti ripropongono, sotto diversi profili, la questione dell'ambito applicativo dell'art. 46 co. 1 bis codice appalti con riferimento a distinti istituti, su cui si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali. In tali circostanze, la non univocità degli indirizzi applicativi induce a trattare tutte le doglianze anche per evitare di "scaricare" l'esame in sede di appello con conseguente violazione del principio del doppio grado di giurisdizione”*.

³⁷⁵ T.A.R. Veneto, Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 128 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

insegnamenti giurisprudenziali comunitari spiega, comunque, effetti esterni che vincolano il primo giudice nella definizione di altri giudizi pendenti tra le stesse parti (Corte giust., n.C-2/08, 3 settembre 2009) e, a maggior ragione, i principi di diritto espressi dal giudice comunitari devono assumere una prevalente connotazione poiché indicano il reale significato della norma comunitaria”.

Di conseguenza e in estrema sintesi, seguendo tale orientamento, nel caso di un processo conseguente ad una gara, cui abbiano partecipato solo due imprese, le quali abbiano esplicito in giudizio difese reciprocamente paralizzanti, l’esame del giudice dovrà avere ad oggetto entrambi i ricorsi.

Diversamente, nel caso di una gara cui abbiano partecipato più imprese, non appare del tutto pacifica l’applicabilità della stessa regola processuale, come si legge ad esempio in una recente pronuncia del TAR Toscana³⁷⁶. Ad avviso del Collegio nel caso in cui vi sia una pluralità di partecipanti la situazione processuale è diversa da quella presa in considerazione dalla Corte di giustizia, la quale ha fatto espresso riferimento all'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE, che, giova ricordare, recita: "Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono".

La disposizione appena riportata genera una norma che è diretta a garantire, in materia di appalti, l'esercizio del diritto di azione attraverso "un ricorso efficace", ossia che possa produrre effetti concretamente utili per il concorrente che lo promuove. Il completo esplicarsi dell’interesse a ricorrere, si legge nella pronuncia, può compiersi se, in caso di accoglimento del ricorso, il ricorrente possa conseguire l'aggiudicazione (in conseguenza dell'esclusione del primo aggiudicatario e degli altri concorrenti che eventualmente lo precedano in graduatoria) o, quantomeno, una nuova chance di partecipazione alla gara (a seguito dell'annullamento dei relativi atti o dell'esclusione di tutti i partecipanti, compreso il ricorrente principale per effetto dell'accoglimento di un ricorso incidentale). Nessun effetto utile può invece conseguire il

³⁷⁶ T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1360 in www.giustizia-amministrativa.it.; Una compiuta applicazione del principio di diritto affermato dall’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 in relazione a ricorsi non reciprocamente escludenti viene effettuata da T.A.R. Emilia-Romagna Sez. I, Parma, 27/01/2014 n. 16 esaminando prima il ricorso principale e poi quello incidentale qualora entrambi contengano censure sul merito delle offerte.

ricorrente principale dall'accoglimento del suo ricorso nel caso in cui egli resti escluso dalla gara per effetto dell'accoglimento di un ricorso incidentale proposto contro di lui e l'esclusione del concorrente (o dei concorrenti) che lo precede (o lo precedono) non esaurisca la graduatoria, ma ne comporti l'ulteriore scorrimento, a vantaggio (soltanto) dei concorrenti rimasti estranei alla vicenda processuale e collocati in posizione deteriore rispetto alle parti del processo .

4. I “NODI” RITORNANO AL CONSIGLIO DI STATO: LA PLENARIA CHIARISCE E “DIFENDE” LA PLENARIA IN DUE FONDAMENTALI PRONUNCE

Come si è precedentemente illustrato, nel 2013 ben tre ordinanze di rimessione avevano sollecitato un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria, la quale a distanza di meno di un mese riafferma in modo più che incisivo l'identità del proprio ruolo di giudice della nomofilachia, con due pronunce che sembrano voler ribadire con determinazione la coerenza nonché la naturale cogenza della sentenza n. 4 del 2011.

Con la prima pronuncia che si analizzerà nel paragrafo seguente, viene effettuato quello che appare voler essere un semplice chiarimento di quanto già era stato detto nel 2011 in merito ai caratteri del ricorso incidentale cd. “*escludente*” o “*paralizzante*”.

Nel febbraio 2014 poi, con una seconda complessa pronuncia, come si vedrà, il collegio ripercorre i nodi fondamentali della questione affrontati nella sentenza n. 4 del 2011 per ribadirne la portata applicativa, nonché metterne in luce la compatibilità con la pronuncia della Corte di Giustizia, affermando una nuova particolare eccezione al principio di diritto.

4.1. L'Adunanza Plenaria n. 7 del 30 gennaio 2014 chiarisce i caratteri del ricorso incidentale “*escludente*”

Appare un dato simbolico, seppur al solo fine della dimostrazione dell'esistenza della forte incertezza che investe la problematica processuale dell'ordine di esame delle questioni, rendendo quindi necessarie queste due nuove pronunce dell'Adunanza Plenaria, che la pronuncia del T.A.R. Veneto summenzionata, che come si è visto fa diretta applicazione dei principi espressi dalla CGUE, venga depositata lo stesso giorno in cui interviene la nuova pronuncia del supremo consesso del Consiglio di Stato che, invece, lo si anticipa, continua a ribadire la pregiudizialità del ricorso incidentale cd. “*escludente*”.

Il collegio con la pronuncia n. 7 del 30 gennaio 2014, torna ancora una volta sulla questione dell'ordine di esame delle questioni sollecitato dall'ordinanza n. 2059/2013 della Quinta sezione di cui si sono già riportati i contenuti³⁷⁷.

Giova ora ricordare solamente che la questione era stata rimessa ai sensi del comma 1 dell'articolo 99 c.p.a., con la chiara manifestazione di volontà da parte del collegio di non discostarsi dall'orientamento dell'Adunanza Plenaria del 2011, ma in funzione di cercare un'interpretazione tale da evitare l'insorgere di nuovi contrasti giurisprudenziali.

Va qui ricordato sinteticamente che il nodo da risolvere concerneva, nel caso di specie, la pregiudizialità del ricorso incidentale qualificato dalla parte quale “*escludente*”, ma che in concreto prospettava censure aventi ad oggetto valutazioni della pubblica amministrazione tali da comportare potenzialmente una complessa istruttoria processuale entrando nel merito della vicenda.

La soluzione data dalla Plenaria appare del tutto conforme a quanto sollecitato dalla sezione remittente, in quanto viene favorita quella che appare una “*interpretazione autentica*” di alcuni contenuti dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

Il collegio chiarisce che, già in quella sede, era stato espresso il principio per cui qualora il ricorso incidentale non prospetti motivi che vadano a denunciare il difetto di taluni requisiti “*escludenti*” tali da incidere sulla legittimazione a ricorrere, non assume le vesti della pregiudizialità³⁷⁸.

Nella sostanza, sembra che la funzione di questa nuova pronuncia sia quindi specificare quello era stato già detto, ma che forse non era emerso in modo così netto in sede applicativa, nell'Adunanza Plenaria n.4 del 2011 laddove si era ancorata la pregiudizialità al tipo di censura qualificata appunto “*escludente*” poiché afferente a vizi attenenti la legittimazione a ricorrere dell'impresa avversaria.

In quella stessa sede veniva affermato che la legittimazione a ricorrere doveva sussistere sia in relazione ai requisiti “*soggettivi*” legati alla partecipazione dell'impresa, sia alle “*ragioni oggettive*” attinenti all'offerta.

Per quanto riguarda sia la mancanza dei requisiti “*soggettivi*” che le ragioni “*oggettive*”, viene ora puntualmente specificato che “*tale situazione lato sensu di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di*

³⁷⁷ V. *Supra* 3.3.1.

³⁷⁸ Viene quindi nuovamente affermato che qualora il ricorso incidentale contenga censure che vadano a contestare la posizione del ricorrente principale portando l'esame del giudice su valutazioni previamente effettuate dalla pubblica amministrazione, quali ad esempio l'offerta o l'attribuzione dei punteggi, lo stesso porta il giudice nel merito del giudizio, con ciò che ne deriva sul piano dell'ordine delle questioni.

inammissibilità, di decadenza, di esclusione”, prospettando come esempi l’intempestività della domanda di partecipazione alla gara, la carenza di requisiti soggettivi generali, di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell’offerta³⁷⁹.

Come era stato osservato anche nell’ordinanza di rimessione della V Sezione, nella pronuncia n. 4 del 2011³⁸⁰ si era già affermato, seppur *incidenter*, che, anche nel caso in cui l’atto di ammissione alla gara risultasse viziato per ragioni “oggettive”, riguardanti l’offerta in sé considerata, restava ferma la sussistenza del difetto di legittimazione del ricorrente principale, a nulla rilevando, che, in astratto, la parte avrebbe potuto in seguito ricavare un’utilità di fatto dalla rinnovazione della gara.

Viene chiarito quindi che il ricorso incidentale è “*escludente*” qualora deduca in giudizio che il contrasto tra la condotta dell’impresa concorrente e la stessa “*legge di gara*”, sia tale da comportare che secondo lo stesso bando, vi sarebbe dovuta essere *ab origine* la non ammissione o comunque una successiva estromissione, sia questa legata alla mancanza di un requisito soggettivo o ad una ragione oggettiva attinente all’offerta. Viene così affermato che “*nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario – in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione - deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale; tale evenienza non si verifica allorquando il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall’amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale*”.

Ne discende che tutte le criticità prospettate come incidenti su attività dell’amministrazione svolte “*a valle*” rispetto a quelle dedicate al riscontro dei suddetti requisiti, non impongono l’esame prioritario del ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso non mira ad accertare l’insussistenza di una condizione dell’azione quale la legittimazione del ricorrente principale.

³⁷⁹ A tal proposito si legge nella motivazione che: “*la situazione di contrasto fra la condotta dell’impresa che partecipa alla selezione e la legge di gara, effettivamente rilevante per stabilire la priorità dell’esame del ricorso incidentale, è solo quella che produce, come ineluttabile conseguenza, la non ammissione ab origine alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l’estromissione successivamente deliberata in apposite fasi (anche solo in senso logico), deputate all’accertamento della regolare partecipazione del concorrente: si pensi al caso classico in cui l’amministrazione proceda al riscontro della tempestività della presentazione delle domande di partecipazione cui seguono (soprattutto dal punto di vista logico, poiché sovente tali adempimenti sono effettuati in unico contesto temporale e procedurale), le ulteriori fasi relative all’accertamento dei requisiti soggettivi dell’imprenditore ovvero oggettivi dell’offerta*”.

³⁸⁰ Cfr. punto 52 della motivazione Tale argomento utilizzato per eliminare l’autonomia dell’interesse strumentale rende comunque sussistente il nesso tra “*ragioni oggettive dell’offerta*” e legittimazione in quanto attività poste “*a monte*” della verifica della pubblica amministrazione

In questi casi, infatti, il ricorso incidentale si appunta su vizi della valutazione operata dall'organo tecnico a ciò preposto e le relative censure presuppongono, in definitiva, il superamento di ogni questione inerente la regolare presenza dell'impresa o della sua offerta nella gara³⁸¹. Il ricorso incidentale, poi, come specificherà anche la successiva pronuncia che si sta per esaminare, non va considerato “*escludente*” qualora contenga censure inerenti requisiti soggettivi o oggettivi, tali da imporre, se fondati, la caducazione totale o parziale degli atti di gara³⁸².

4.2. L'Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014 “*difende*” l'ordine logico delle questioni e ridefinisce le eccezioni al principio di diritto enunciato nel 2011

Il 25 febbraio 2014 l'Adunanza Plenaria si è pronunciata sulle questioni che erano state sollevate dalla Sez. VI, con la già esaminata ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, formulando relativamente al rapporto tra i ricorsi ben quattro “*nuovi*” principi di diritto³⁸³.

Per comodità espositiva si può qui sinteticamente richiamare il terzo principio enunciato, in quanto totalmente ripetitivo di quanto si è appena visto è stato statuito nella pronuncia del 30 gennaio 2014 n. 7 relativamente al carattere escludente del ricorso incidentale e quindi sottoposto al prioritario scrutinio del giudice³⁸⁴.

L'Adunanza Plenaria in primo luogo sottolinea come il margine di applicazione delle regole che si stanno affermando (o più propriamente ri-affermando) debba essere considerato esteso a

³⁸¹ Viene portato come esempio la contestazione del punteggio tecnico o economico nonché alla valutazione di anomalia dell'offerta che, secondo le approfondite conclusioni cui è giunta questa Adunanza, attiene a “*scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente*” su cui si era già espresso Cons. Stato, Ad. Plen. 29 novembre 2012, n. 36.

³⁸² Punto 5.8. della motivazione.

³⁸³ I principi di diritto formulati sono in tutto nove, appare pertinente e ai soli fini di inquadrare in modo migliore la lettura che effettua il collegio della vicenda sottoposta all'esame della VI sezione qui richiamare solo quelli inerenti al soccorso istruttorio per cui “*Il “potere di soccorso” sancito dall'art. 46, comma 1, del Codice dei contratti pubblici - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva della dichiarazione o del documento mancanti o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal medesimo Codice, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali*” e il secondo dove si è affermato che “*E' illegittima la previsione del bando di una gara 'diversa da quelle di massa', disciplinata dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, e non dal Codice dei contratti pubblici, qualora essa non consenta il “potere di soccorso” e disponga l'esclusione nel caso di inosservanza di una previsione meramente formale.*”

³⁸⁴ Viene ribadito che: “*Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere 'escludente'; tale carattere non si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale*”.

tutti i giudizi ad oggetto ogni tipo di procedura selettiva e non può limitarsi ai procedimenti disciplinati dal codice dei contratti pubblici³⁸⁵.

L'intenzione del collegio è quella di effettuare un sostanziale *enforcement* all'orientamento della sentenza n. 4 del 2011 per cui: *“Il giudice amministrativo deve decidere la controversia, ai sensi degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, secondo comma, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della sussistenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione”*³⁸⁶.

La regola di giudizio logica e processuale, viene ribadito, non è in alcun modo nella disponibilità delle parti. Questa rigida scansione processuale tuttavia non lede la parità delle parti³⁸⁷ in giudizio, anzi è una garanzia del principio dispositivo, dell'imparzialità del giudice nonché pienamente coerente con la *“parità delle armi”*.

Tale ultimo principio la cui applicazione, va ricordato, era stata già più volte sollecitata dalla dottrina³⁸⁸, viene ora accolto come fondante una *“ragione giustificativa”* dell'esistenza di dissimmetrie nelle posizioni processuali delle parti.

Tale *“giustificazione”* si esplicherebbe nel fatto che lo stesso ricorrente principale agirebbe in giudizio nella piena consapevolezza di un *“errore”*, a lui imputabile e tale da escludergli ogni possibilità di aggiudicarsi qualsivoglia selezione.

Le *“legittime dissimmetrie”* processuali sarebbero quindi supportate dal mero comportamento negligente del ricorrente principale, tale da impedire al giudice di entrare nel merito della questione e di pronunciarsi sull'illegittimità dell'aggiudicazione.

Per concludere relativamente all'analisi di ciò che è stato oggetto di *“conferme”*, da parte della Plenaria, proprio tale ultima affermazione appare ancora una volta una piena esaltazione della giurisdizione di diritto soggettivo, in cui viene messo in secondo piano l'operato della pubblica

³⁸⁵ Va rammentato che nel caso di specie la procedura consisteva nell'assegnazione di una concessione di un bene demaniale. Tale affermazione poi, viene supportata dal fatto che anche i principi di diritto scaturiti dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea abbiano questo ampio margine di applicazione, salvo poi, come si vedrà limitarne subito dopo la portata proprio in virtù del principio di l'autonomia dei sistemi processuali e di tassatività delle attribuzioni.

³⁸⁶ Viene ribadito anche il principio di economia processuale che già era stato enunciato nel 2011 secondo cui *“Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, va esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale ‘escludente’ che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario (che non ha partecipato alla gara o vi ha partecipato ma è stato legittimamente escluso, ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione); tuttavia, per ragioni di economia processuale può esservi l'esame prioritario del ricorso principale, qualora questo risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile”*.

³⁸⁷ Tale principio viene di conseguenza messo da parte dalla questione in quanto utilizzato in modo inflazionato per cercare soluzioni contingenti senza essere sostenuto da un valido contenuto.

³⁸⁸ R. VILLATA, *Riflessioni, op. cit.*,

amministrazione e conseguentemente l'illegittimità della stessa aggiudicazione, in virtù di ciò è l'interesse protetto dall'ordinamento e fatto valere in giudizio dalle parti³⁸⁹.

4.2.1. I motivi identici nelle gare con due soli partecipanti

La vera novità nell'impostazione accolta dalla pronuncia è sicuramente il modo in cui viene cercata una compatibilità con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella già esaminata sentenza del luglio 2013.

La premessa effettuata dalla Plenaria è che la vincolatività del principio ivi espresso sia da valutare in virtù del principio di "*autonomia processuale nazionale*" nonché di quello di tassatività delle attribuzioni dell'Unione Europea i cui unici limiti, idonei quindi a rendere più penetrante l'influenza sul diritto interno, sono il principio di effettività nonché quello di non discriminazione³⁹⁰. In quell'occasione, giova qui brevemente ricordare, la Corte aveva espressamente stabilito l'obbligo per il giudice di esaminare entrambi i ricorsi ogni qualvolta i ricorrenti prospettino nelle loro doglianze vizi ovvero "*motivi identici*".

A tal proposito, si è già riportata l'opinione di quella parte della dottrina³⁹¹ che all'indomani della pronuncia si era interrogata sul sostanziale contenuto dei motivi identici e sulla portata applicativa della sentenza della Corte di Giustizia.

La Plenaria dà puntuali risposte a questi richiami favorendo in primo luogo un'interpretazione del tutto restrittiva della pronuncia limitandola espressamente alle gare con due soli partecipanti.

³⁸⁹ Per completezza si evidenzia quanto viene confermato relativamente all'insussistenza dell'interesse strumentale che viene totalmente ricollegato all'esistenza dell'interesse ad agire in quanto "*nei casi come quello sottoposto alla Adunanza plenaria, non è configurabile neppure l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a. L'interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti extrema ratio; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche. In questi casi, posto che il ricorrente principale è privo della possibilità giuridica, per tutte le ragioni anzi dette, di risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha in concreto partecipato (anche in caso di rinnovo pedissequo della medesima in quanto permarrebbe il medesimo sbarramento), egli dovrebbe auspicare che l'Amministrazione indichi una nuova gara, mutandone termini e condizioni, in modo tale da consentirgli di partecipare; ma, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta anche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché tale pretesa si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire".*

³⁹⁰ Principi che si ritengono pienamente rispettati nel diritto vivente, frutto della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria, proprio grazie alla regola dell'ordine delle questioni nonché del controllo di meritevolezza delle situazioni giuridiche tutelate di cui si dirà nel successivo paragrafo.

³⁹¹ R. CAPONIGRO, *Le azioni*, op. cit.

In secondo luogo viene posta l'attenzione sulla qualificazione dei “*motivi identici*” che oltre a dover essere afferenti alla “*medesima fase procedimentale*”, devono essere assimilati in virtù della “*causa-viziante*” escludendo che l'identità possa essere commisurata in base agli effetti dell'accoglimento delle censure prospettate.

Viene effettuata nella motivazione una vera e propria tassonomia dei motivi identici, un elenco idoneo a semplificare l'attività di indagine del giudice che nella sostanza dovrà semplicemente verificare se i vizi “*escludenti*” si sono verificati nella medesima fase e se appartengono a una delle tre categorie enucleate dalla Plenaria.

Sono da intendersi quali “*identici*” i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza)³⁹².

In conclusione, tale particolare eccezione al principio di diritto affermato nel 2011 ora confermato dalla Plenaria, comporta il ritorno ad un regime differenziato per le gare con due soli partecipanti, la cui peculiarità viene spostata dal riconoscimento dell'interesse strumentale, come era avvenuto nel 2008 ed ancora protagonista di una parte della giurisprudenza dei TT.AA.RR³⁹³, al comportamento prima procedimentale e poi processuale delle parti che diviene fondamentale ai fini del riconoscimento della tutela, come meglio si evidenzierà nel prossimo paragrafo.

4.2.2. La legittimazione a ricorrere dell'impresa esclusa: l'azione del ricorrente principale e (l'improprio) riferimento all'abuso del processo

Il punto focale dell'ordinanza di remissione della VI Sezione era senz'altro costituito dalla questione sulla legittimazione processuale, su cui il collegio aveva proposto un'innovativa apertura³⁹⁴.

³⁹² Esemplificando, sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

³⁹³ Tra cui lo stesso TAR Piemonte, giudice *a quo* rispetto alla pronuncia della CGUE, che secondo la Plenaria avrebbe disatteso in tal modo un principio di diritto che doveva invece essere considerato vincolante.

³⁹⁴ L'Ordinanza aveva proposto (*rectius* riproposto) una differenziazione tra il non partecipante alla gara, il soggetto legittimamente escluso *in limine litis* dall'amministrazione, e il partecipante, che ammesso, viene successivamente

La Plenaria non accoglie le sollecitazioni prospettate, ma conferma pienamente quanto era stato detto in punto di motivazione nella sentenza n. 4 del 2011³⁹⁵.

Dopo aver ribadito che nel processo amministrativo, sulla falsariga del rito civile, gli elementi necessari per il corretto instaurarsi del giudizio, ossia le tre condizioni dell'azione, sono la possibilità giuridica (o legittimazione a ricorrere), l'interesse a ricorrere e la legittimazione attiva/passiva al giudizio, ne richiama l'importante funzione di veri e propri “*filtri processuali*”, indispensabili ai fini di un “*controllo di meritevolezza*” degli interessi di cui si chiede protezione in giudizio.

Di conseguenza, al concorrente, che nel processo assume le vesti del ricorrente principale, non può riconoscersi alcuna posizione differenziata in virtù del solo fatto della partecipazione alla gara, qualora questo venga estromesso *in limine litis* dall'amministrazione, oppure nel corso del giudizio.

Per concettualizzare qui sinteticamente, viene ribadito quindi che la posizione prima sostanziale e poi processuale dell'impresa può essere tutelata in tanto in quanto tale protezione derivi dall'ordinamento, ma una volta emerso il contrasto, in qualsivoglia modo, tra la prima

escluso *secundum eventum litis*. Per il primo, verso cui la vicenda rimanere *res inter alios acta*, non vi è possibilità di impugnare gli esiti della gara se non nelle tre eccezionali ipotesi stabilite dalla giurisprudenza europea, nonché accolte dalla Plenaria n. 4 del 2011 e ora confermate dall'ultima pronuncia del febbraio 2014. Si fa riferimento alle tre ipotesi: I) *si contesti in radice l'indizione della gara*; II) *all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto*; III) *si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti*. Il secondo il terzo invece, sarebbero portatori di un interesse sostanziale e normativamente qualificato, ottenuto tramite la mera partecipazione di fatto alla gara. In particolar modo, continua l'ordinanza, il soggetto che viene escluso nel corso del giudizio a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale andrebbe a subire un mutamento della propria posizione qualificata in virtù di un provvedimento, laddove invece, la posizione sostanziale dovrebbe essere tale “*a monte*” perché normativamente protetta. Al di là quindi dell'aspettativa del concorrente (che nel caso di specie era oltretutto un aggiudicatario seppur in via provvisoria), e oltre al riconoscimento dell'interesse strumentale (che l'ordinanza suggeriva comunque di riconoscere) il collegio remittente esprime il proprio orientamento favorevole alla tutela della dell'impresa ricorrente principale, in quanto nella stessa si “*soggettivizza*” in giudizio l'interesse alla correttezza delle procedura di gara nonché della tutela della concorrenza.

³⁹⁵ Per cui il riconoscimento della legittimazione a ricorrere è subordinato alla partecipazione alla gara. Inoltre la partecipazione deve essere corretta e quindi avvenire nel rispetto dei requisiti soggettivi e oggettivi predisposti dalla legge di gara, non potendo diversamente riconoscersi alcuna protezione da parte dell'ordinamento. Orientamento che pare accolto dalla giurisprudenza maggioritaria. Da ultimo si riporta un esempio fuori dagli appalti pubblici: v. T.A.R. Piemonte, Torino, 8 Gennaio 2014, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it “*E' inammissibile il ricorso presentato da cittadini/utenti dei servizi idrici avverso le deliberazioni comunali relative ad operazioni societarie nel settore idrico senza la dimostrazione di una concreta, puntuale ed immediata ricaduta delle operazioni censurate sulla gestione e fruizione del servizio (in termini, ad esempio, di modifiche tariffarie, di qualità e diffusione del servizio, di operatività del medesimo). Non è difatti ammissibile l'azione popolare, non prevista dall'ordinamento, reclamando ragioni di legittimità oggettiva, ovvero contestando scelte gestionali nel loro stesso an, o addirittura nell'opportunità più che nella legittimità degli atti impugnati. Invero l'Ad. Plen. n. 4/2011 ha stabilito che il principio secondo cui solamente i partecipanti ad una gara pubblica, o i soggetti che siano operatori del mercato cui la gara si indirizza, hanno titolo a contestare una procedura ad evidenza pubblica. Affermare il contrario, significherebbe sostenere che i cittadini sono anche contribuenti hanno sempre titolo a contestare la gestione del denaro pubblico (e questo anche al di là del settore degli appalti); nuovamente il giudice amministrativo sarebbe trasformato in arbitro di legittimità oggettiva, soluzione che contrasta con la sua funzione e natura*”.

(posizione protetta) e la seconda (norma, legge di gara) non vi può essere alcuna pronuncia del giudice, se non di inammissibilità.

Se quindi, il chiaro ruolo delle condizioni dell'azione, è e rimane quello di assicurare che il processo sia la sede naturale per la risoluzione dei conflitti solo per chi vanti "*a monte*", una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento che possa poi portare al soddisfacimento dell'interesse sostanziale, il collegio tuttavia nella motivazione rinforza il tiro lanciando un *obiter* di non scarso rilievo.

La posizione giuridica del concorrente, prima sostanziale, formatasi in sede di gara e poi processuale di "*attore in senso sostanziale*" non solo non sono ritenute sufficienti per "*radicare*" la legittimazione processuale, ma sono essi stessi comportamenti giuridicamente rilevanti ai fini del giudizio. Il ricorrente principale, inteso qui nel ruolo di chi per primo "*apre*" il giudizio, instaura difatti un processo nella consapevolezza di non avere una posizione "*tutelata*" e quindi senza avere un interesse immediato, diretto e quindi giuridicamente rilevante, al venir meno dell'aggiudicazione. Questo comportamento, secondo il collegio, si sostanzia in un vera e propria violazione al generale divieto di "*abuso del processo*".

Data l'importanza dell'affermazione, bisogna ora soffermarsi sul ragionamento effettuato e sulla giurisprudenza richiamata nella motivazione.

Il collegio ritiene infatti che chi agisce nella consapevolezza di essere stato escluso, per un fatto proprio, ossia per un errore a sé imputabile e a causa di una propria negligenza, o che comunque parimenti avrebbe dovuto essere escluso (e viene per questo estromesso nel corso del giudizio per il rilievo officioso del giudice o per l'accoglimento del ricorso incidentale) porta in giudizio un interesse o *contra ius*, o di mero fatto ovvero impossibile.

La sentenza prosegue affermando che, qualora si riconoscesse l'interesse del ricorrente principale alla caducazione dell'aggiudicazione di una gara a cui non si aveva titolo per partecipare (a causa di un errore a sé imputabile) in virtù di un interesse al regolare svolgimento della procedura e quindi alla migliore tutela della concorrenza, come era invece suggerito dall'ordinanza di rimessione, si andrebbe implicitamente ad ammettere l'irrinunciabilità dell'azione da parte dello stesso "*attore*" processuale.

La Plenaria sembra così voler sottolineare che l'apertura al riconoscimento della legittimazione a ricorrere in virtù della sola partecipazione alla gara, porterebbe ad un contrasto tra l'esame degli interessi in gioco e la giurisdizione di tipo soggettivo quale è quella amministrativa.

Nel ragionamento della Plenaria l'azione del ricorrente principale viene nella sostanza assimilata, come meglio si dirà tra breve, ad una "*strategia difensiva*", seppur qui effettuata dal

lato attivo, non ammissibile e quindi contrastante con il divieto di abuso del processo nelle forme cd. “*abuso di ricorso*”³⁹⁶.

La tendenza infatti, come emergeva già chiaramente nella nota pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 3 del 2011, anch’essa richiamata ora in motivazione, è di riconoscere tutela giurisdizionale, in tanto in quanto la condotta di chi agisce in giudizio, in virtù dei principi generali di buona fede e correttezza³⁹⁷ che permeano l’ordinamento, non sia qualificabile come una “*strategia difensiva*” opportunistica e non venga esperita in violazione del dovere di mitigazione del danno ex art. 1227 cc³⁹⁸. Tendenza segnata d’altro canto dall’opera del legislatore nell’evoluzione dello stesso ordinamento verso un principio di maggiore autoresponsabilizzazione delle parti in giudizio³⁹⁹.

La violazione di tale divieto comporta appunto come “*sanzione*” immediata l’inammissibilità della domanda, e sostanzialmente un rifiuto di tutela⁴⁰⁰.

La funzione di “*filtro di meritevolezza*” svolto dalle condizioni dell’azione è quindi qui necessario come mezzo per deflazionare il contenzioso, ingiustamente appesantito da pretese che già sono *in nuce*, infondate. Il ragionamento condotto appare qui funzionale a porre un

³⁹⁶ Cfr. M. LIPARI, *La nuova sanzione per lite temeraria nel decreto sviluppo e nel correttivo al codice del processo amministrativo: un istituto di dubbia utilità*, in www.giustizia-amministrativa.it, “L’eccesso di giudizio specie se riferito alla parte attrice è considerato un fattore altamente negativo che può determinare il rallentamento della costruzione delle infrastrutture e intralciare comunque il fisiologico corso della giustizia danneggiando proprio le parti che all’esito del processo dimostrano di avere ragione”

³⁹⁷ La stessa sentenza faceva rinvio al proprio nel canone di buona fede ex art. 1175 c.c. e, quindi, al principio costituzionale di solidarietà. Nello stesso senso, ma utilizzando il criterio del divieto di abuso del processo Cons. Stato Sez. IV, 2 marzo 2012 n.209, in www.ilnuovodirittoamministrativo.it che parla di “*esercizio improprio sul piano funzionale e modale del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie difensive*”.

³⁹⁸ Cfr. M.A. SANDULLI, *L’abuso di diritto*, in libro dell’anno 2013, Enc. Giur. Treccani.

³⁹⁹ Cfr. M. LIPARI, “*La nuova sanzione*”, *op. cit.*

⁴⁰⁰ Non viene richiamato nella motivazione quello che sembrerebbe tuttavia una possibile conseguenza del ragionamento della Plenaria ossia l’applicazione dell’articolo Articolo 26, comma II°, c.p.a., che ha introdotto nel sistema della giustizia amministrativa un indennizzo per il “*danno lecito da processo*”, ovvero il pregiudizio patito dalla parte vittoriosa per l’esistenza e la durata del Giudizio, da liquidarsi in via equitativa su cui Cfr. Cons. Stato sez. V, 17 maggio 2012, n. 2821. Su cui Cfr. M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell’abuso di processo o diniego di giustizia?*, in www.federalismi.it. Come ha osservato A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. italiana*, 2014, 153, parte della dottrina ha, infatti, sottolineato l’esigenza di distinguere la nozione di “*lite temeraria*” da quella di abuso del processo: la prima riguarda il merito della causa; la seconda, invece, riguarda l’attività processuale posta in essere. Un’azione fondata nel merito ma esercitata per finalità ultronee, può essere una condotta sanzionabile, indipendentemente dalla soccombenza. L’attività abusiva, così connotata, supera il confine del rapporto sostanziale *sub iudice* e lede, oltre la controparte, l’interesse pubblico al corretto funzionamento della giustizia. Ciò nonostante, sembra ormai prevalente l’assimilazione fra la lite temeraria e l’abuso del processo, come dimostra l’art. 26, comma 2, c.p.a., che sanziona, per l’appunto, la parte soccombente che abbia agito o resistito «temerariamente» in giudizio. Tale formula legislativa, introdotta nel 2011, riprende, generalizzandola, quella già prevista per il c.d. rito appalti, all’art. 246 bis del codice dei contratti (D.Lgs. n. 163/2006), rubricato “*responsabilità aggravata per lite temeraria*” Al di là della *littera legis*, l’eco della “*sovraposizione*” fra la lite temeraria e l’abuso del processo emerge dalla stretta correlazione fra l’aggravio di spese e la soccombenza; tuttavia, mentre nel processo civile rilevano i soli effetti negativi a carico della controparte, nel processo amministrativo prevale la dimensione pubblicistica dell’interesse leso. Su questo tema Cfr. M. LIPARI, “*La nuova sanzione*”, *op. cit.*

argine all'insoddisfazione e all'esasperazione della litigiosità che ancora appesantisce la giustizia amministrativa nel settore degli appalti pubblici.

Appare opportuno in conclusione effettuare due richiami per riflettere sul collegamento tra il divieto di abuso di processo e l'azione del ricorrente principale.

In primo luogo sembra pertinente il richiamo a quanto viene affermato da una parte della dottrina in relazione al problema definitorio dell'abuso del diritto, ancor prima dell'abuso del processo e della prassi di equipararlo nella sostanza al canone della buona fede⁴⁰¹.

Potrebbe apparire che nel ragionamento utilizzato dalla Plenaria il criterio della buona fede sia un modo, utilizzando le parole della stessa dottrina, *“per ridurre lo spread tra ‘stretto diritto’ e ‘vero diritto’ laddove ciò la norma non consenta di fare secondo il suo ordinario ‘svolgersi’⁴⁰²”*.

In secondo luogo la riflessione su quanto espresso dalla Plenaria va necessariamente a quanto autorevole dottrina⁴⁰³ ha affermato analizzando l'utilizzo da parte della giurisprudenza amministrativa del divieto dell'abuso del processo, per cui *“pur nella consapevolezza dell'opportunità di dare ingresso anche nel processo amministrativo al divieto di abuso del diritto di difesa, la delicatezza e la rilevanza degli interessi coinvolti in tale giudizio e il già difficile equilibrio tra poteri del giudice, chiamato altresì ad assicurare la «giustizia nell'amministrazione», e tutela effettiva delle diverse parti (caratterizzate da una “diversa”*

⁴⁰¹ Cfr. A. PISCHETOLA, *Il principio generale dell'abuso del diritto tra 'stretto' diritto e 'vero' diritto*, in *Riv. Notariato*, n. 2, 2013, 209. L'abuso del diritto è categoria, prima ancora che giuridica (nel senso che è veicolato a disciplinare atti o fatti giuridicamente rilevanti), *'concettuale'*; anzi deve forse la fortuna (o se si vuole la circostanza) della sua pervasività al fatto che pare afferrire gli ambiti più diversi, proprio perché di esso si può fornire una definizione e quindi attribuirgli una funzione diversa, a seconda della prospettiva dalla quale ci si ponga per qualificarlo. Soprattutto in dottrina si rinvengono valutazioni e definizioni del fenomeno le più diversificate: indicativa al riguardo la pagina di Santoro Passarelli per il quale la figura dell'abuso del diritto non ha ragione di esistere perché quegli atti (di regola ritenuti idonei a realizzare un abuso del diritto, quali gli atti emulativi e quelli non rispondenti alla buona fede) costituiscono un *'eccesso di diritto'* ponendosi al di fuori del diritto stesso e perciò punibili secondo le norme generali del codice civile; insomma secondo l'illustre Autore se c'è diritto non ci può essere *'abuso'*. Il Rotondi (in un celebre passaggio contenuto in uno scritto senz'altro datato quanto fondamentale per la ricostruzione del fenomeno di cui qui si tratta) a sua volta scriveva dell'abuso del diritto come mero *'fenomeno sociale'*, ritenendolo nemmeno un *'concetto giuridico'*, ma *“uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue implicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo...è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, è ciò per la contraddizione che non consente”*. Fino ad arrivare a chi ha qualificato l'abuso del diritto come mero *“argomento, con cui ottenere un risultato altrimenti precluso: un risultato eversivo del giuspositivismo”*. Cfr. M.A. SANDULLI, *L'abuso, op. e loc. ult. cit.*, che ricostruisce gli elementi costitutivi della figura – classica – dell'abuso del diritto, sanzionato con il diniego di tutela nella: *a)* la titolarità di una posizione giuridica soggettiva; *b)* la possibilità che il concreto esercizio di tale posizione possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; *c)* la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quella posizione, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; *d)* la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare della posizione e il sacrificio arrecato alla controparte.

⁴⁰² A. PISCHETOLA, *ibidem*.

⁴⁰³ M.A. SANDULLI, *ibidem*.

forza sostanziale e da una “diversa” agilità processuale) rende assolutamente necessario un uso massimamente prudente dello strumento, ad evitare il facile insorgere di ulteriori conflitti con la Corte di cassazione e con la Corte europea dei diritti dell’uomo”.

Il confine tra il rifiuto di tutela⁴⁰⁴ e il diniego di giustizia infatti è labile specie in un terreno di scontro quale quello della legittimazione processuale nei suoi rapporti con il ricorso incidentale escludente, laddove in effetti l’errore imputabile al ricorrente principale non sempre è portato in giudizio dallo stesso come una consapevole manifestazione di una forma opportunistica di richiesta di tutela.

5. La nuova pronuncia della Corte di Giustizia: la sentenza “Puligenica”

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Camera, con l’ormai celebre sentenza *Puligenica* del 5 aprile 2016 (C-689/13), è tornata a esprimersi sul rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale⁴⁰⁵, nel contenzioso in materia di appalti pubblici⁴⁰⁶, ritornando su quanto statuito nella precedenza sentenza *Fastweb* (C-100/12).

⁴⁰⁴ M.A. SANDULLI, *ibidem*.

⁴⁰⁵ In tal modo, la Corte ha risposto alla prima delle due questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza n. 848 del 17 ottobre 2013. Per completezza, si ricorda che la seconda questione affrontata dalla Corte UE ha riguardato il contrasto fra esercizio della funzione nomofilattica ex art. 99 c.p.a. e vincolatività del principio di diritto nei confronti delle Sezioni del Consiglio di Stato, da un lato, e facoltà di queste ultime di discostarsene in caso di contrasto col diritto dell’UE ovvero di effettuare il rinvio pregiudiziale obbligatorio ex art. 267 FUE senza investire nuovamente l’Adunanza plenaria, dall’altra. In merito a tale seconda questione, per la cui trattazione si rimanda ad altra sede, la Corte si esprime enunciando i seguenti principi: “2) L’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest’ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l’orientamento definito da una decisione dell’adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all’adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale. 3) L’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell’Unione europea ad una questione vertente sull’interpretazione del diritto dell’Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell’Unione”.

⁴⁰⁶ La questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale si è posta all’attenzione della giurisprudenza già a partire dagli anni ’90, quando, fermo restando il principio generale dell’accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale e quindi della priorità logica di quest’ultimo, la giurisprudenza maggioritaria affermò che, nel caso di ricorso incidentale tendente a paralizzare l’azione principale per ragioni di ordine processuale (cd. ricorso incidentale paralizzante), il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica rispetto a quelle sollevate dal ricorrente principale, ossia quelle che si riverberano sull’esistenza della legittimazione e dell’interesse a ricorrere del ricorrente principale «perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull’esistenza di una condizione dell’azione e, quindi, su una questione di rito». Il percorso seguito dalla giurisprudenza successiva è ben noto, scandito dalle importanti decisioni della Adunanza Plenaria n.11 del 2008, n.4 del 2011 e n.9 del 2014, e si ritiene di poter prescindere dalla disamina di esso. Anche la dottrina si è molto occupata del tema, così come dimostra l’amplissima produzione scientifica alla quale si rinvia. Senza pretesa di esaustività, tra i tanti contributi si veda: G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1995, n. 388)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1997, pp. 555 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, in F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, pp. 715 ss.; R. SPAGUOLO VIGORITA, *Dinamiche processuali e vicende di giustizia sostanziale. Brevi note*

Nello specifico, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato il principio di diritto ai sensi del quale la c.d. direttiva ricorsi⁴⁰⁷ “*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 lesa 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 da detto altro offerente.*”

La novità di tale principio consiste nel fatto che, ai fini dell'applicazione di quanto già precisato nella sentenza *Fastweb*, risulta irrilevante:

in tema di ricorso incidentale, in *Foro amm. – T.A.R.*, IV, 2007, pp. 1536 ss.; G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in www.giustamm.it, 2006; ID., *Ricorso incidentale e parità delle parti. La Plenaria dopo la svolta della V e della VI*, *ibidem*, 2008; G. TROPEA., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, pp. 633 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2008; G. FIGUERA, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2008, pp. 1066 ss.; L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, in *Foro amm. – C.d.S.*, IX, 2008, pp. 2949 ss.; A. REGGIO D'ACI, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l'effetto «paralizzante» del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica. Rimangono, però, non esaminate alcune tematiche che potrebbero suggerire un ragionevole ripensamento di questo nuovo orientamento*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2008, pp. 215 ss.; R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2008, pp. 911 ss.; F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, *ibidem*, IV, 2009, pp. 1047 ss.; M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, *ibidem*, III, 2009, pp. 609 ss.; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, *ibidem*, II, 2009, pp. 146 ss.; L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, I, 2009, pp. 48 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2009, pp. 581 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, pp. 315 ss.; R. VILLATA – L. BERTOZZI, *Rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno*, www.treccani.it, 2014; G. SIGSMONDI, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, e 30 gennaio 2014, n. 7)*, in *Foro it.*, VIII, 2014, pp. 472 ss.; R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 791 ss.; F. FRENI, *Il nuovo processo per gli appalti pubblici: il nuovo rito appalti, annullamento dell'aggiudicazione e effetti sul contratto, sinteticità degli atti processuali di parte nel processo, contributo unificato, rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, Giuffrè, 2015; C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2016. Infine, sul recente principio espresso dalla Corte nella sentenza “*Puligienica*”, si rinvia a D. ANDRACCHIO, *La nuova fisionomia 'euro-unitaria' dei rapporti tra ricorso principale e incidentale 'escludente' in materia di appalti*, in *Federalismi.it*, n. 16 del 2016; S. TRANQUILLI, *Prime applicazioni della sentenza “Puligienica”: cui prodest?*, in www.lamministrativista.it; A. CARBONE *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in *Giust.amm* n. 3-2017; M. LIPARI, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani.

⁴⁰⁷ In particolare, 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.

- a) il numero dei partecipanti che abbiano presentato ricorsi;
- b) l'eventuale divergenza dei motivi dedotti.

In altre parole, il ricorso principale deve comunque essere esaminato, anche in seguito all'accoglimento di quello incidentale, a prescindere dalla natura della violazione con esso dedotta e dal numero di imprese che hanno partecipato alla procedura⁴⁰⁸.

I giudici europei non si sono limitati dunque ad affermare la piena equivalenza tra il caso *Fastweb* e la particolare situazione dei ricorsi incrociati proposti dagli unici due concorrenti "rimasti in gara" (pur in presenza di altri operatori economici ammessi alla procedura, ma successivamente esclusi dalla stazione appaltante)⁴⁰⁹, bensì hanno espresso il generale principio secondo cui la finalità di tutela dell'interesse strumentale delle parti impone sempre:

⁴⁰⁸ I giudici di Lussemburgo hanno così superato quanto affermato dalla Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2014, in cui si era precisato, in coerenza con i principi affermati nella sentenza *Fastweb*, che l'obbligo di procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi fosse circoscritto alle sole ipotesi in cui si controverta nello stesso procedimento, gli operatori rimasti in gara siano solo due e il vizio che affligge le relative offerte attenga alla medesima fase procedimentale (c.d. simmetria escludente). La stessa Plenaria aveva altresì ritenuto che, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale soltanto nel caso in cui "esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.". A seguito della suddetta pronuncia, si era cristallizzato in giurisprudenza il principio secondo il quale, in caso di fondatezza del ricorso incidentale escludente, il giudice doveva dichiarare inammissibile il ricorso principale per carenza di interesse, senza esaminarlo nel merito, salvo i tassativi casi di accertata "simmetria" delle censure formulate e di proposizione di ricorsi escludenti nei confronti di tutti i concorrenti rimasti in gara. Solo in tali particolari circostanze appariva infatti configurabile un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, in quanto l'esame contestuale dei ricorsi, in presenza di due soli concorrenti, e l'accertata fondatezza degli stessi, avrebbe potuto giustificare l'annullamento dell'intera procedura di gara con conseguente sua ripetizione, idonea a soddisfare l'interesse strumentale delle parti. Al contrario, nel caso di più partecipanti in gara, se i diversi ricorsi escludenti incrociati non coinvolgevano la posizione di uno o più dei concorrenti rimasti in gara ovvero non era impugnata anche l'ammissione del terzo concorrente, il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario assumeva portata paralizzante del ricorso principale. In tale caso, l'esame del ricorso principale rimaneva preclusa, in quanto un eventuale accoglimento dei due ricorsi incrociati avrebbe provocato la ripetizione della gara o, al massimo, uno scorrimento della graduatoria, con conseguenti effetti utili potenziali solo per il terzo (ancorché rimasto estraneo alla controversia), senza giovare in alcun modo all'interessato.

⁴⁰⁹ La controversia di cui al procedimento principale riguardava una procedura di gara con più di due partecipanti, ove in primo grado, il Tar Sicilia, a fronte di censure reciprocamente escludenti sollevate dal ricorrente principale e da quello incidentale, aveva esaminato e ritenuto fondati entrambi i ricorsi, e, per l'effetto, annullato l'aggiudicazione e l'ammissione alla gara delle due società ricorrenti. Successivamente alla pubblicazione della sentenza, la stazione appaltante dapprima aveva escluso dalla procedura le due ricorrenti e poi, una volta fatta scorrere la graduatoria, aveva altresì provveduto all'esclusione di tutte le altre imprese ammesse per inidoneità delle rispettive offerte, poiché tutte carenti del requisito rappresentato dalla specifica indicazione dei costi per la sicurezza, con provvedimenti successivamente divenuti inoppugnabili. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, adito per l'appello, si era ritrovato quindi a giudicare su censure escludenti in merito ad una vicenda venuta a configurarsi, a seguito dell'esclusione definitiva di tutti gli ammessi alla procedura, come una gara a soli due partecipanti. L'ordinanza di rinvio, si preoccupa di distinguere la concreta vicenda esaminata da quelle finora vagliate dalle precedenti Plenarie (del 2008, del 2011 e del 2014) e, soprattutto, dalla sentenza *Fastweb*, ove, come noto alla gara avevano partecipato, *sin dall'origine*, le due sole imprese che avevano proposto i ricorsi reciprocamente escludenti e le censure proposte erano, anche nel contenuto, perfettamente speculari (c.d. simmetria escludente). Il Collegio siciliano, dubita che si possa applicare il principio di diritto espresso dalla sentenza "Fastweb" anche al caso *de quo*, in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, sono state tutte escluse dalla stazione appaltante, con provvedimenti divenuti definitivi, di guisa che la controversia, alla luce della evoluzione suddetta, risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese, pur evidenziando un sostanziale *isomorfismo* delle situazioni.

a) l'esame di entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti, indipendentemente dalla natura e dalla identità dei vizi denunciati e dalla fase a cui essi si riferiscono;

b) lo scrutinio simultaneo dei ricorsi incidentale e principale, anche quando non siano state dedotte censure avverso l'ammissione di tutti i concorrenti "rimasti in gara" e questi ultimi non siano stati evocati in giudizio.

Ad avviso della CGUE, infatti, i ricorrenti vanterebbero, in ogni caso, una astratta *chance* di ripetizione della gara, in quanto l'Amministrazione potrebbe decidere comunque di non procedere allo scorrimento della graduatoria; ovvero si potrebbe appurare l'illegittimità dell'offerta del terzo; o quest'ultimo potrebbe non essere più interessato all'aggiudicazione.

In tal modo, si è esteso di molto il principio stabilito dalla sentenza *Fastweb*, con il fine di tutelare, in prospettiva più generale, la legalità delle procedure di affidamento degli appalti pubblici⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Ritieni che la sentenza della Corte di Giustizia "Puligienica" sia indice della presenza di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici F. FRANCIOSI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in www.lamministrativista.it. Sul tema, in generale, si rimanda al Convegno "Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa, Siena, Certosa di Pontignano 13 – 14 maggio 2016, i cui atti sono attualmente in corso di pubblicazione". Tra questi, con particolare riferimento al rapporto tra sentenza Puligienica e giurisdizione oggettiva si veda l'intervento di M. LIPARI, *Il giudice amministrativo e la corsa della giurisdizione oggettiva*, il quale paragona la "corsa" della giustizia amministrativa, caratterizzata da profili oggettivi, a quella di una lepre, che il giudice può afferrare solo se si attrezza di mezzi moderni e adeguati. Sul punto si veda altresì, A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., osserva che: "appare chiaro come la scelta compiuta dalla Corte di giustizia in *Fastweb* non possa che significare un'adesione alla seconda delle due alternative; non possa, cioè, che essere intesa nel senso di ammettere, ancorché implicitamente, una legittimazione a ricorrere diversa da quella propria dell'ordinario giudizio amministrativo di tipo soggettivo, derogando così alle regole proprie di quest'ultimo. Di fatto, come si è già avuto modo di considerare, in questo modo vi è una svalutazione del requisito della legittimazione e l'elemento soggettivo viene spostato sull'interesse a ricorrere per cui – senza potersi in questa sede soffermare sulla problematica, peraltro del tutto nota, concernente il rapporto tra interesse legittimo e interesse processuale – può dirsi che la legittimazione ad agire assuma un ruolo recessivo, giacché la sua configurabilità dipende da un elemento di differenziazione fortemente generico, che viene poi a declinarsi in concreto in relazione all'effettivo interesse al ricorso; ciò che, determinando uno spostamento del rilievo dell'interesse della parte dal versante sostanziale a quello processuale, necessariamente implica anche una concezione maggiormente oggettivistica del modulo processuale corrispondente. (...) l'applicazione di questa impostazione al contenzioso relativo agli appalti pubblici porterebbe a configurare un modello differenziato di giudizio, ove il criterio di legittimazione a ricorrere si conforma alle esigenze di oggettivizzazione che già possono riscontrarsi nei poteri speciali concessi al giudice in ragione della protezione di quel particolare interesse che in questo tipo di controversie si ravvisa, a dire quello alla tutela della concorrenza". Al contrario, ritiene che sia da escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici R. CAPONIGRO, in *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14 giugno 2016. Nello specifico, l'Autore osserva che: "I principi posti da tale ultima pronuncia riguardano anch'essi l'ipotesi di due soli concorrenti in gara, tale del resto era la fattispecie concreta posta all'esame della Corte, e non sembrano potersi estendere automaticamente all'ipotesi di pluralità di partecipanti, [...]. La Corte, infatti, si riferisce comunque all'esistenza di "un analogo interesse legittimo" all'esclusione dell'offerta ed all'interesse strumentale a partecipare ad una gara eventualmente rinnovata, presupposti che potrebbero non sussistere se, ritenute fondate le azioni principale ed incidentale, la stazione appaltante fosse tenuta ad aggiudicare l'appalto ad una terza impresa estranea al rapporto processuale. Tale considerazione porta ad escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici".

6.1 L'interesse strumentale ed i limiti oggettivi della sentenza Puligienica

La questione da affrontare concerne, dunque, la portata oggettiva⁴¹¹ del “principio Puligienica” e l'esistenza di possibili suoi limiti di applicazione.

Tale problema è stato specificatamente analizzato dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza del 26 agosto 2016, n. 3708⁴¹², la quale è stata poi ripresa dai giudici amministrativi nelle pronunce successive.

I giudici di Palazzo Spada, nella suddetta pronuncia, hanno infatti modulato quanto statuito dalla Corte di Giustizia, con riferimento alla nozione di interesse strumentale, ritenendo che “*ciò che la Corte di Lussemburgo ha inteso declinare e garantire con la sentenza c.d. Puligienica postula logicamente che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto*”. Nello specifico, si è rilevato che la nozione di interesse strumentale processualmente rilevante ex art. 100 c.p.c. non può estendersi fino a ricomprendere anche “*la situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura*”. Peraltro, “*in ordine all'aspetto della compatibilità con il principio generale secondo cui per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse (art. 100 c.p.c.), si rivela che la sentenza europea non può certo essere decifrata come produttiva dell'effetto di scardinare il predetto canone, nella misura in cui risulta espressivo di una regola generale valida, per la sua intuitiva valenza logica e sistematica, in ogni ordinamento processuale*”⁴¹³.

Preliminarmente, è utile inquadrare brevemente la nozione di interesse strumentale⁴¹⁴.

⁴¹¹ Sulla introduzione da parte della sentenza della Corte di Giustizia “Puligienica” di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici, si rimanda alla nota 9.

⁴¹² In particolare, in merito a tale pronuncia, A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., osserva che: “*pur condividendosi l'opinione secondo cui l'impostazione ivi sostenuta tamponerebbe in qualche modo la deriva oggettivistica a cui condurrebbe una diversa lettura della sentenza Puligienica, si deve tuttavia evidenziare come il legame soggettivistico, ancorché ancora presente nell'interpretazione adottata dal Consiglio di Stato, risulti di molto attenuato e decisamente ridotto anche rispetto al principio affermato nella sentenza Fastweb, già di per sé, a nostro avviso, derogativo ai canoni di un processo propriamente soggettivo: nella prospettiva indicata, infatti, l'interesse ha ad oggetto un'utilità meramente ipotetica ed eventuale, atteso che la satisfattività dell'accoglimento del ricorso è legata alla possibile determinazione dell'Amministrazione nel senso dell'annullamento delle altre ammissioni in via di autotutela*”.

⁴¹³ Cons. St., sez. III, n. 3708 del 26 agosto 2016, con note di L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1202 ss.; e A. PARINI, *Ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: la nuova veste dell'interesse strumentale alla luce della ultima giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giustamm.it*, 2016.

⁴¹⁴ Per un attenta disamina in tema si veda cfr. R. CAPONIGRO, *L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Al riguardo, si evidenzia che essa è stata tratteggiata, con precisione, dal Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 6 ottobre 2014, n. 4986, ove si legge che *“l’interesse strumentale tutelabile non è quello di “ottenere l’esclusione dell’aggiudicatario” tout court: è semmai quello di ottenere che, attraverso detto “passaggio”, l’amministrazione riediti il potere, bandisca una nuova gara, e sia così soddisfatta la futura chance partecipativa del ricorrente: non si tratta quindi di un interesse “emulativo”, ma di un interesse diretto patrimoniale, seppur futuro. Nel caso di una gara a cui abbiano partecipato più imprese, ed in relazione alla quale la stazione appaltante abbia la possibilità di procedere scorrendo la graduatoria, la non aggiudicataria (che è stata/o che doveva essere esclusa) potrebbe in teoria introdurre nel procedimento giurisdizionale motivi volti alla coltivazione del proprio strumentale interesse alla riedizione della procedura; tuttavia, ove essa non faccia ciò, e si limiti a sostenere che la aggiudicataria doveva essere esclusa, manca l’interesse a coltivare le dette doglianze ed il ricorso deve essere dichiarato improcedibile”*. Più di recente, il Tar Perugia, (Umbria), Sez. I, sentenza 13 giugno 2016, n. 499 ha rilevato che: *“Nel processo amministrativo il ricorrente, che ha partecipato legittimamente a gara pubblica, può far valere tanto un interesse “finale” al conseguimento dell’appalto affidato al controinteressato quanto, in via alternativa e normalmente subordinata, l’interesse “strumentale” alla caducazione dell’intera gara e alla sua riedizione, sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l’utilità richiesta”*⁴¹⁵. Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 5 maggio 2016, n. 1822 ha specificato: *“Nel processo amministrativo la sussistenza della cd. causa d’improcedibilità può essere ravvisata solo allorché, per effetto di una sopraggiunta modifica della situazione di fatto o di diritto, il ricorrente non può più trarre, dall’eventuale sentenza di accoglimento del ricorso, alcuna utilità, per non essere ormai configurabile, in capo ad esso, un interesse anche solo strumentale o morale alla decisione”*.

Sul punto, si segnala inoltre l’affermazione del Presidente del Consiglio di Stato, A. PAJNO secondo cui tale interesse *“ha per oggetto non il bene della vita, ma la legittimità dell’azione amministrativa”*⁴¹⁶. Si è altresì affermato in dottrina che l’interesse strumentale, nella fase di accertamento dell’interesse a ricorrere, attribuisce rilevanza ad un vantaggio, per l’appunto strumentale, e *“quest’ultimo consisterebbe nella rimozione, in caso di accoglimento del*

⁴¹⁵ In senso conforme, cfr. Cons. St., sez. V, 20 novembre 2015, n. 5296.

⁴¹⁶ L’affermazione è riportata da N. SAIITA, *“Sistema di giustizia amministrativa”*, Giuffrè, 2012, p. 76 e ss.

ricorso, di un atto amministrativo sfavorevole per il ricorrente, con la prospettiva di conseguire un'utilità concreta attraverso una successiva esplicazione dell'attività amministrativa"⁴¹⁷.

Riprendendo la nozione di interesse strumentale processualmente rilevante, la Terza Sezione, nella pronuncia sopra richiamata, ha ritenuto che, in presenza di concorrenti terzi di cui non si contesti l'ammissione alla gara, per l'esame del ricorso principale è necessario che prima si verifichi sempre l'insussistenza di possibili ostacoli alla piena operatività della tutela dell'interesse strumentale della parte ricorrente.

Il caso era relativo ad una gara con quattro partecipanti, ove la società ricorrente principale, terza classificata, aveva impugnato l'aggiudicazione, deducendo vizi escludenti a carico dell'aggiudicataria e della società seconda classificata e, a seguito della proposizione di un ricorso incidentale escludente nei suoi confronti da parte dell'aggiudicataria, lamentava che il vizio escludente, già dedotto nel ricorso introduttivo, sarebbe stato riferibile anche al quarto classificato, rimasto estraneo al giudizio.

Nello specifico, la controversia aveva ad oggetto l'impugnazione della sentenza del Tar Piemonte che aveva dichiarato improcedibile il ricorso principale proposto dalla seconda classificata in una procedura di affidamento di forniture, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla aggiudicataria.

La ricorrente si doleva che il Tar avesse ommesso di esaminare il suo ricorso principale, sostenendo che avrebbe invece dovuto analizzarlo, applicando i principi enunciati dalla Corte UE nella *Puligienica*, nella misura in cui dal suo accoglimento sarebbe derivata la rinnovazione della procedura e la soddisfazione del relativo interesse strumentale.

I Giudici della Terza Sezione hanno statuito quanto segue:

1) L'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, 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, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in *subiecta materia* una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale).

⁴¹⁷ P. M. VIPIANA, "In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul così detto interesse strumentale a ricorrere", in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1987, p. 108.

2) L'interesse strumentale alla rinnovazione della gara è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura.

3) Un'interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art. 1 della direttiva n. 89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che precludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.).

4) L'art. 1, comma 3, direttiva n. 89/665 CEE riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso 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*".

Dopo tale attenta analisi, il Collegio ha proceduto alla riforma della declaratoria di improcedibilità del ricorso principale pronunciata dal Tar, reputando doveroso l'esame di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, in quando - si ribadisce - si trattava di un caso in cui le censure del ricorrente principale (terzo classificato) contro l'aggiudicatario e contro il secondo classificato erano relative ad un vizio che affliggeva ugualmente anche l'offerta del quarto classificato. In tale ipotesi, è evidente che un eventuale accoglimento del ricorso principale potrebbe comportare la rinnovazione della procedura e sarebbe quindi astrattamente idoneo a soddisfare, in via strumentale, l'interesse della società ricorrente principale.

I giudici di Palazzo Spada hanno tuttavia poi concluso per la reiezione, nel merito, del ricorso principale di primo grado.

6.2. Le recenti applicazioni della giurisprudenza

L'orientamento dalla sentenza della Terza Sezione sopra analizzata, dapprima "minoritario", è stato ripreso da molteplici pronunce successive dei giudici amministrativi, al fine di "modulare" il principio di diritto espresso dalla sentenza *Puligienica*⁴¹⁸.

In particolare, si può menzionare quando affermato dal Tar Lazio, Sezione Terza Quater, con sentenza del 6 febbraio 2017, n. 1924, il quale, richiamando quanto statuito dalla Terza Sezione, ha osservato che: *"In sostanza, il collegamento tra il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti (art. 1, comma 3, della direttiva) e la nozione di interesse all'aggiudicazione dell'appalto, anche inteso in senso strumentale quale interesse alla rinnovazione della procedura, postula che tale condizione dell'azione non sussiste ove dall'accoglimento del ricorso non derivi neppure tale effetto strumentale."*

Nello specifico, il Collegio, facendo applicazione del principio espresso nella *Puligienica*, come puntualizzato dal Consiglio di Stato, *"anche in superamento di diversi precedenti orientamenti formati all'indomani della pubblicazione della sentenza c.d. Puligienica"*, ha ritenuto che *"nel caso di accoglimento del ricorso incidentale, potrebbero essere esaminati soltanto quei motivi spiegati nel ricorso principale i quali, ove accolti, potrebbero comportare la rinnovazione della procedura all'esito dell'eventuale annullamento d'ufficio dell'ammissione anche dell'offerta non direttamente contestata con tale ricorso, ma asseritamente affetta dal medesimo vizio denunciato con le suddette censure"*.

Il Tar ha evidenziato l'inesistenza del necessario interesse strumentale e mediato in capo alla ricorrente principale, sottolineando, in particolare, che non assume alcun rilievo ai fini della configurazione di un interesse in parola il fatto che *"in caso di accoglimento sia del ricorso principale sia di quello incidentale non necessariamente seguirebbe l'aggiudicazione al terzo in graduatoria, potendo l'Amministrazione decidere di disporre la ripetizione della gara e non essendo obbligata a tale aggiudicazione, tenuto conto che proprio la facoltà di scorrere la graduatoria, appuntata in capo alla stazione appaltante, inibisce di per sé l'emersione di un interesse strumentale collegato alla rinnovazione della procedura"*.

Nella specie, *"le censure articolate con l'odierno ricorso principale (...), anche ove accolte, non sarebbero tali da comportare in via immediata la riedizione della procedura ovvero l'estensione, in esito a riesame e con effetto conformativo, alle offerte delle altre concorrenti collocate in graduatoria e non coinvolte in questo processo"*.

⁴¹⁸ Tar Campania, Sez. V, 23 gennaio 2017, n.465; Tar Puglia, Bari, Sez.I, n. 188/2017; Tar Campania, Sez. II, 25 gennaio 2017, n.508.

Di conseguenza, si è proceduti all'esame prioritario del ricorso incidentale escludente, e, dopo aver ritenuto lo stesso fondato, si è dichiarato il ricorso principale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Tale ultima sentenza ha dunque espressamente ripreso quanto affermato dalla sentenza n. 3708 del 26 agosto 2016 prima analizzata, ove, come visto, la Terza Sezione aveva, tra l'altro, osservato che l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara *“è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura”*.

Nello stesso senso, ancor più di recente, il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, con sentenza del 29 marzo 2017, n. 112, ha ribadito che, in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, basati su censure non sovrapponibili, *“va esclusa la necessità di dover sistematicamente esaminare anche il ricorso principale, qualora quello incidentale risulti fondato e di per sé precluda la conservazione di un effettivo interesse in capo al ricorrente principale, quest'ultimo così definibile solo in relazione al momento introduttivo dell'intero giudizio; deve pertanto essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale qualora dall'eventuale accoglimento dello stesso deriverebbe l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso della società ricorrente principale per difetto di interesse, e successivamente – nel caso di accertata fondatezza – verificare gli effetti anche in ordine all'eventuale permanenza in capo a quest'ultima di un interesse strumentale, peraltro circoscritto nel senso che non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura”*

Anche il Trga Trento ha richiamato espressamente la recente sentenza della Sez. III, facendo propri i principi da essa espressa, che ritiene realizzino il giusto equilibrio fra il principio di effettività della tutela, secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (art. 1 c.p.a.) e le necessarie condizioni dell'azione, tra le quale, *in primis*, l'effettiva sussistenza di un interesse ad agire o a resistere in giudizio (art. 100 c.p.c.), la cui carenza – sia originaria che sopravvenuta -, come noto, determina la declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del ricorso (art. 35 c.p.a.).

Il Collegio ha altresì osservato che *“in materia di appalti, la ratio sottesa alle “disposizioni specifiche” inerenti ai giudizi di cui agli artt. 120 ss. c.p.a. depone per l'accentuata*

affermazione dei principi di celerità ed efficacia della pronuncia del giudice amministrativo, il che contraddice la necessità di dover sistematicamente esaminare anche il ricorso principale, qualora quello incidentale risulti fondato e di per sé precluda la conservazione di un effettivo interesse in capo al ricorrente principale, quest'ultimo così definibile solo in relazione al momento introduttivo dell'intero giudizio”

Di conseguenza, il Tgra ha proceduto a delibare prioritariamente il ricorso incidentale, e, dopo averne accertato la fondatezza, a verificare gli effetti in ordine all'eventuale permanenza in capo alla ricorrente principale di un interesse strumentale, circoscritto nei limiti delineati dall'insegnamento giurisprudenziale sopra richiamato⁴¹⁹.

Tuttavia, il Collegio ha osservato che *“nessuna circostanza ne consente l'apprezzamento, considerato che la società [ricorrente principale] nulla ha dedotto sul punto, né ha formulato alcuna domanda volta alla rinnovazione della gara...”*. Pertanto, ha dichiarato il ricorso principale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e, per l'effetto, annullato gli atti impugnati con il ricorso incidentale.

⁴¹⁹ Si legge nella sentenza (punti 10-14): *“Ciò posto, l'accertata fondatezza - per le ragioni che precedono - della censura mossa con il ricorso incidentale non è sufficiente per trarre immediate conclusioni, dovendosi, come sopra visto, esaminare il secondo profilo dedotto dalla società Ediltione, ossia gli effetti conseguenti all'accoglimento del mezzo impugnatorio da questa promosso sul punteggio correttamente attribuibile all'offerta di Costruzioni Dallapè e sulla formazione della graduatoria finale. 11. Quanto al primo di detti aspetti, la Commissione di gara ha attribuito all'offerta tecnica della ricorrente principale complessivi punti (riparametrati) 585,74 (cfr. verbale della seduta di gara di data 9 settembre 2016), di cui ben 530,42 punti (cfr. verbale di gara di data 27 giugno 2016) risultano assegnati a seguito della operata valutazione delle relazioni e degli elaborati inerenti i sub criteri B.1, B.2, B3 e B5, privi - come sopra visto - della sottoscrizione in calce del legale rappresentante, e per i quali nessun utile punteggio, secondo l'espressa clausola della regola di gara, avrebbe potuto essere legittimamente attribuito: da ciò consegue che la corretta attribuzione del punteggio complessivo riferito all'offerta tecnica di Costruzioni Dallapè avrebbe dovuto essere contenuta nei limiti di punti 55,74, ottenuti in riferimento ad altri elaborati, sottoscritti regolarmente o comunque non contestati, riguardanti i diversi sub elementi individuati alla voce B.4 dei previsti parametri. 12. Quanto al secondo aspetto, deve rilevarsi che gli effetti della corretta assegnazione del punteggio all'offerta tecnica inoltrata dalla ricorrente principale sono tali da determinare la collocazione di questa, pur tenuto conto dei punti (300) assegnati per il miglior ribasso economico, all'ultimo posto della graduatoria, (cfr. allegato C alla seconda seduta di gara di data 8 settembre 2016), essendo sopravanzata anche dalle offerte inoltrate dal RTI Mark Costruzioni e dalla società Pretti e Scalfi. 13. Infine, la collocazione dell'offerta della società Dallapè all'ultimo posto della graduatoria non muterebbe ancorché al punteggio assegnato alle società controinteressate convenute, ed in primis ad Ediltione, dovesse sottrarsi, per effetto dell'eventuale accoglimento delle censure mosse con il ricorso principale, quello attribuito (complessivamente 80 punti ciascuna) con riguardo alle voci del tavolato in legno di larice e del laminato. Tale considerazione, che comporta il mancato superamento della prova di resistenza - determina il venir meno del necessario interesse alla coltivazione del ricorso principale. 14. Per quanto concerne la verifica dell'eventuale permanenza in capo alla ricorrente principale di un residuo interesse strumentale, occorre rilevare che - in considerazione di quanto fin qui esposto - nessuna circostanza ne consente l'apprezzamento, considerato che la società Dallapè nulla ha dedotto sul punto, né ha formulato alcuna domanda volta alla rinnovazione della gara, e che l'operata impugnazione, in via subordinata, del bando (pag. 9 ricorso) è di tutta evidenza limitata, e dunque non assume qui rilievo, alla disposizione regolante la valutazione della classe di durabilità del pavimento in tavolato”* (Tgra Trento, sent. 29 marzo 2017, n. 112).

Ancora, il Tar Campania, Sez. V, con sentenza n. 465 del 23 gennaio 2017, in un caso di quattro imprese collocate nella graduatoria finale, ha dichiarato il ricorso incidentale fondato, con conseguente annullamento degli atti di gara nella parte in cui non avevano disposto la esclusione della A.t.i. di cui la società ricorrente principale faceva parte, mentre ha ritenuto il ricorso principale improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, osservando che *“le censure della ricorrente principale si riferiscono solo alla posizione della aggiudicataria, per cui dall'accoglimento del ricorso principale non deriverebbe alcun vantaggio neanche di tipo strumentale alla ricorrente principale”*.

Analogamente, il Tar Puglia, Bari, Sez. I, con sentenza n. 188/2017, a fronte della preliminare valutazione di infondatezza del ricorso principale, ha dichiarato il ricorso incidentale improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse, osservando che *“tale conclusione non può ritenersi intaccata dalla recentissima pronuncia della Corte di Giustizia UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligenica, in quanto, al di là della evidente difformità di fattispecie cui la pronuncia della Corte si riferisce, è palese che l'esame del merito e financo l'ipotetico accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata non conferirebbero alla stessa utilità diverse e/o superiori a quelle già ottenibili in conseguenza della mera declaratoria di infondatezza del ricorso principale, con integrale stabilizzazione degli esiti di gara per come determinatisi”*.

L'orientamento della Terza Sezione è stato altresì integralmente richiamato dal Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 febbraio 2017, n. 901, che ha accolto il ricorso incidentale di primo grado e dichiarato improcedibile quello principale, per sopravvenuta carenza di interesse, alla luce delle regole illustrate in precedenza, ed in considerazione dei principi di sinteticità ed economia processuale che dominano la materia degli appalti pubblici (art. 120, comma 6, c.p.a.).

In senso parzialmente difforme, il Tar Campania, Napoli, con sentenza del 25 gennaio 2017, n. 508, in una controversia relativa ad una gara indetta dal Comune di Frattamaggiore per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il biennio 2016/2018, ha invece proceduto ad esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale, giudicandoli entrambi fondati, con conseguente annullamento degli atti della, nella parte in cui avevano ammesso alla gara e non escluso dalla stessa la società ricorrente principale e l'A.T.I. ricorrente incidentale, unitamente al provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultimo.

Nello specifico, il Collegio ha respinto l'eccezione del Comune resistente che aveva sostenuto la necessità dell'esame preliminare del ricorso incidentale, proprio alla luce dell'orientamento espresso dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, secondo il quale – si ribadisce – il principio

di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia UE andrebbe temperato nel senso di “*escluder[e] ... che la Corte di Giustizia abbia inteso prescrivere l’esame del ricorso principale anche nelle situazioni di fatto in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio)*”⁴²⁰. Sul punto, il TAR ha invero ritenuto che nella fattispecie in esame “*la ricorrente principale, comunque, ha interesse a che, in virtù dell’effetto conformativo di una eventuale decisione favorevole sul proprio ricorso, l’amministrazione proceda al riesame in autotutela della situazione delle restanti concorrenti alla luce del principio di diritto affermato*”, richiamando il principio per cui “*l’esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “escludente”) è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l’accoglimento dello stesso produce, 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*”.

Come è evidente, i giudici amministrativi nelle suddette pronunce non hanno proceduto ad esaminare comunque nel merito il ricorso principale ed il ricorso incidentale, secondo quanto statuito dalla *Puligienica*, ma hanno sempre preliminarmente verificato la sussistenza di un interesse strumentale in capo alla parte ricorrente, ponendosi sulla scia dell’orientamento dei giudici della Terza Sezione del Consiglio di Stato.

7. Il “finale di partita” spetta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione? Il riconoscimento del “diniego di giustizia” per il mancato esame dei motivi di ricorso contro l’aggiudicazione proposti dall’offerente non definitivamente escluso dalla gara

Per tirar le fila del lungo percorso fin qui tracciato è necessario analizzare la recentissima pronuncia in cui le Sezioni Unite della Cassazione, ponendosi in dichiarata continuità con i principi affermati da Cass. sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242⁴²¹, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1647,

⁴²⁰ Cfr. Cons. St., sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, punto 3.5 della motivazione.

⁴²¹ Con la suddetta sentenza le Sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui costituisce invece “*indebito diniego di giustizia*”, idoneo ad identificare una questione di giurisdizione, la sentenza del Consiglio di Stato che, applicando i principi dettati dall’Adunanza Plenaria con la sentenza n. 4 del 2011, in presenza di ricorsi reciprocamente escludenti proposti dalle uniche due imprese partecipanti ad una procedura di gara e deducenti vizi relativi alla medesima fase procedimentale, in violazione dei principi dettati dalla Adunanza Plenaria n. 9 del 2014 in conformità a quanto affermato dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Fastweb*, accogla il ricorso incidentale senza esaminare contemporaneamente quello principale, negando così l’accesso alla tutela giurisdizionale. Sul punto, anzitutto, la Corte di Cassazione circoscrive il controllo del rispetto del limite esterno

della giurisdizione, osservando come esso non includa la verifica della conformità della sentenza al diritto dell'Unione Europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267.3 TFUE, come già affermato da Cass., Sezioni Unite, n. 2403 del 2014. Nello specifico, le Sezioni Unite osservano che *“In materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111, ottavo comma, Cost., affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori “in iudicando” o “in procedendo” per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, “estrema”, in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo”*. Tuttavia, le Sezioni Unite notano la particolarità del caso di specie, in quanto, prima che la sentenza passasse in giudicato, è sopravvenuta l'interpretazione della CGUE, la quale (con riferimento ad un caso analogo) aveva censurato l'orientamento dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 (sul quale la sentenza impugnata per cassazione aveva fondato la propria decisione), a sua volta, superato dalla successiva pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, in coerenza con i principi europei affermati nella sentenza *Fastweb*.

La particolarità della vicenda in trattazione, ad avviso della Corte, impone dunque la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio al giudice amministrativo perché la riesamini alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Si tratta, invero, in questa circostanza, proprio di uno “casi estremi” in cui *“l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia”*, ai quali aveva fatto riferimento la citata Cass. SU n. 2403 del 2014. Sul punto, i Giudici ricordano il principio secondo cui *“dovendo la tutela giurisdizionale essere effettiva, le norme processuali debbono prevedere congegni che consentono di riparare l'errore compiuto dalla parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l'errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perché altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento”*. Di conseguenza, la cassazione della sentenza impugnata si prospetta inevitabile e doverosa *“per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria. In altri termini, la Cassazione, che deve decidere di un motivo di difetto di giurisdizione, applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata”*.

Sotto diverso profilo, inoltre, le Sezioni Unite reputano necessario procedere con la cassazione della sentenza anche al fine di sottrarre lo Stato dalla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza. Quanto statuito dalla Plenaria è stato più volte richiamato in pronunce successive.

In generale, si evidenzia una certa prudenza della Cassazione nel delineare i presupposti necessari per avere un'ipotesi di *“rifiuto o diniego di giurisdizione”*, in linea con la sentenza delle SSUU del 2012 citata in precedenza. Al riguardo, si può riferirsi ad una serie di pronunce ove si è rimarcato come tale vizio sia rinvenibile soltanto nel caso di vizi riguardanti l'“essenza” della funzione giurisdizionale, non già il modo del suo esercizio, e dunque in “casi estremi”, essendo da escludere qualsiasi giudicato riguardante i limiti “interni” della giurisdizione. In particolare, da ultimo, le Sezioni Unite Civili, con la sentenza n. 7157 del 21 marzo 2017, pronunciandosi sui limiti del sindacato della Cassazione sui ricorsi ex art. 111 Cost. contro le sentenze del Consiglio di Stato, hanno ribadito che esse *“possono rilevare unicamente l'eventuale superamento dei limiti esterni della giurisdizione medesima, non essendo loro consentito di estendere il proprio sindacato anche al modo in cui la giurisdizione è stata esercitata, in rapporto a quanto denunciato dalle parti; sicché rientrano nei limiti interni della giurisdizione e restano perciò estranei al sindacato delle sez. unite della Corte di cassazione eventuali errori “in iudicando” o “in procedendo” che il ricorrente imputi al giudice amministrativo o al giudice contabile”*. Detta sentenza ha, inoltre, aggiunto che *“il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione – che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione – non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato – quale giudice di ultima istanza – garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, mentre, per contro, l'ordinamento nazionale contempla – per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione – altri strumenti di tutela, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta (Sez. U, n. 2403 del 2014; Sez. U, n. 23460 del 2015)”⁴²¹*. Nello stesso tempo, si è più volte ribadito che viola i limiti “esterni” della giurisdizione una pronuncia

ha accolto un ricorso proposto per “motivi inerenti alla giurisdizione” ex artt. 111, ult. co., Cost., e 110 c.p.a., *sub specie* di “rifiuto” o “diniego” di giurisdizione, cassando, con rinvio, una sentenza del Consiglio di Stato, censurata per aver negato, ponendosi così in contrasto frontale con il diritto dell’Unione Europea (nella specie, con l’art. 1, par. 3 della direttiva 89/665/CEE dell’UE come interpretato dalla Corte di Giustizia dell’UE), la legittimazione a ricorrere dell’offerente – non definitivamente escluso dalla gara – contro l’aggiudicazione disposta a favore dell’unico altro concorrente rimasto e il suo interesse (strumentale) alla riedizione della stessa.

Il suddetto offerente era stato escluso da una gara indetta per l’affidamento di una concessione di costruzione e gestione per trentatré anni della Piattaforma logistica del porto di Trieste, a causa della mancata dichiarazione, ex art. 38, d.lgs. n. 163/2006, di una sentenza di patteggiamento, divenuta irrevocabile, a carico del suo institore e di alcune misure restrittive cautelari disposte nei confronti di due dei suoi amministratori (cessati dalla carica societaria). La suddetta impresa impugnava con ricorso principale, la propria esclusione e, con successivi motivi aggiunti, l’aggiudicazione della gara, lamentando, *inter alia*, la mancata esclusione dell’aggiudicataria lamentando l’evidente incompletezza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti rese da quest’ultima. Il TAR (Friuli Venezia Giulia, sez. I, 29 agosto 2014, n. 456) respingeva e dichiarava in parte improcedibile, sia il ricorso principale che i motivi aggiunti e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata per censurare vizi riguardanti l’offerta della ricorrente.

Il Consiglio di Stato (sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6284) confermava l’infondatezza del ricorso principale e non esaminava, limitandosi a confermarne l’improcedibilità per mancanza di interesse, i motivi di appello in cui la ricorrente riproponeva i suddetti motivi aggiunti. Il Collegio affermava infatti che (i) mancava una “simmetria” tra i vizi “escludenti” fatti valere con i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale e quelli (sull’offerta) censurati con il ricorso incidentale, escludendo, pertanto, l’applicabilità dei principi affermati dall’Adunanza plenaria n. 9 del 2014 con riferimento all’obbligo di esame delle censure “simmetricamente escludenti” proposte dal ricorrente principale e da quello incidentale; (ii) l’interesse finale (strumentale) alla ripetizione della gara, invocato dall’appellante, non trovava corrispondenza in un dovere giuridico della stazione appaltante di disporre tale ripetizione, rientrando nel suo potere discrezionale.

che interpreti la norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell’Unione europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta.

La suddetta sentenza veniva impugnata, dalla ricorrente principale, dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con due motivi, con i quali denunciava rispettivamente il rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale e l'eccesso di potere giurisdizionale.

Ai fini della decisione e per meglio delineare i confini del proprio sindacato sulla violazione, da parte dei giudici speciali, dei limiti esterni della giurisdizione, le Sezioni unite, con un'ordinanza interlocutoria⁴²², avevano richiesto all'Ufficio del Massimario una ricostruzione del contesto normativo, dottrinario e giurisprudenziale in cui si inserisce il “diniego” o “rifiuto” di giurisdizione. L'Ufficio Studi della Cassazione, a sua volta, aveva chiesto e ottenuto dall'Ufficio Studi della giustizia amministrativa un contributo interpretativo sulla questione.

La sentenza ha anzitutto evidenziato che, in base alla propria, consolidata, giurisprudenza, sono “*assai scarse le ipotesi di diniego o rifiuto di giurisdizione in senso stretto, cioè non consistente nella declinatoria della giurisdizione in favore del giudice ordinario o di altro giudice speciale*” in quanto non vi rientrano (i) gli errori *in iudicando* e *in procedendo*; (ii) la violazione delle norme del diritto dell'Unione Europea neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia dell'UE; (iii) la mancanza di una norma che riconosca e tuteli la posizioni soggettiva dedotta in giudizio.

Il suddetto quadro – ha precisato il Collegio – è tuttavia parzialmente mutato a partire dalla sentenza Cass. sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254⁴²³, in cui le Sezioni unite, hanno affiancato ad una concezione esclusivamente “statica” di giurisdizione (intesa quale mera “titolarità del potere giurisdizionale” o “regolamento di confini tra ordini giudiziari”) un'interpretazione “dinamica” o “funzionale”, sottesa agli artt. 24 co. I, 113, co. I e II, e 111, co. I., intesa “*nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento*”.

L'apertura alla suddetta – nuova – concezione della giurisdizione quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive si è, in particolare, concretizzata nell'ammissione di una deroga alla mancata inclusione degli errori *in iudicando* e *in procedendo* nell'ambito dei vizi attinenti alla giurisdizione, includendovi l'ipotesi, del tutto eccezionale, in cui gli stessi vizi determino il “*radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia*”.

⁴²² Cass. sez. un., 14 marzo 2017, n. 6822/o, in www.lamministrativista.it

⁴²³ in *Dir. proc. amm.*, 2009, 460 con nota di G. GRECO.

La deroga ha trovato applicazione con particolare riferimento allo “stravolgimento” del diritto dell’Unione Europea nella soprarichiamata sentenza Cass. sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, laddove è stato evidenziato che qualora *“l’applicazione della norma interna si traduca nel disconoscimento del diritto ad ottenere dal giudice una decisione di merito, garantito invece all’attore dall’ordinamento dell’Unione, tale applicazione è ben qualificabile come radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in denegata giustizia”*.

Il Collegio, riprendendo quest’ultimo passaggio della sentenza n. 2242/2015, ha ulteriormente evidenziato che qualora la negazione del “diritto al ricorso” da parte del giudice nazionale contrasti, frontalmente, con la sua affermazione da parte del diritto dell’UE, il “diniego di giustizia” si configura sotto un duplice profilo: sia *“per il carattere manifesto della violazione (...) essendosi esaurito, con l’espresso intervento della Corte, ogni margine di opinabilità per il giudice nazionale che perciò si pone in aperto contrasto con tale Corte di Giustizia”*, sia perché *“l’erronea applicazione della norma interna incide in senso limitativo sul fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale come definito dall’ordinamento dell’Unione a garanzia (anche) della propria effettività”*.

Le Sezioni unite, pur riconoscendo che la disciplina processuale rientra nell’ambito dell’autonomia degli Stati membri, hanno precisato che la discrezionalità degli stessi Stati incontra il limite *“posto a garanzia dell’effettività del diritto dell’Unione, e cioè il diritto, riconosciuto a ogni persona che lamenti la violazione di diritto o libertà garantiti da tale ordinamento, a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea)”* sicché, nel dichiarare l’ammissibilità del ricorso, hanno enunciato il seguente principio di diritto: *“Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in iudicando, ancorché riguardanti il diritto dell’Unione Europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell’Unione europea), tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall’applicazione di regola processuale interna indicente nel senso di negare alla parte l’accesso alla tutela giurisdizionale nell’ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell’Unione europea, direttamente applicabili, secondo l’interpretazione elaborata dalla Corte di Giustizia”*.

Nel merito, la sentenza ha accolto il motivo di ricorso in cui la ricorrente censurava il radicale stravolgimento dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia dell’UE che, come noto, ha più volte evidenziato la necessità di garantire protezione – anche nell’ottica dell’effettività della tutela giurisdizionale – all’interesse all’annullamento della gara in presenza di vizi escludenti (cfr.

Corte giust. UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/13, “Fastweb”) o che possano inficiare la partecipazione di tutti i concorrenti (cfr. Corte giust. UE, Grande sez., 5 aprile 2016 C-689/13 “Puligienica”), anche qualora il suddetto interesse sia invocato dal concorrente non definitivamente escluso, purché nel medesimo giudizio in cui lo stesso contesti la propria esclusione (Corte giust. UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355-15 “BTGG und COG” e, da ultimo, Corte giust. UE, sez. VIII, 10 maggio 2017, C-131-16, “Archus”).

La sentenza ha evidenziato la correttezza delle argomentazioni prospettate nel ricorso secondo cui la questione affrontata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (a partire dalla sentenza “Fastweb”) non riguarda, come erroneamente affermato dal Consiglio di Stato, (solo) l’ipotesi dei “ricorsi incrociati/contrapposti”, ma, più in generale, l’estensione della legittimazione a ricorrere qualora nello stesso giudizio emergano “motivi identici di esclusione” dalla gara. Il Collegio ha sottolineato infatti che *“risulta chiaro che nel ragionamento della Corte di giustizia il riferimento alla presenza di due ricorsi contrapposti è puramente accessorio, mentre il cuore della sua argomentazione consiste appunto, nel distinguere rispetto al caso Hackermuller l’ipotesi dell’inammissibilità dell’offerta di entrambi i concorrenti per motivi identici, dunque una distinzione operata sotto un profilo che non riguarda la reciprocità dei ricorsi, bensì il carattere simmetrico delle ragioni di esclusione dalla gara, indubbiamente presente anche nella fattispecie che ci occupa”*.

Le Sezioni unite hanno pertanto cassato la sentenza impugnata con rinvio al Consiglio di Stato, come richiesto *“allorché questi sia dotato di potestas iudicandi e la motivazione della Cassazione consista soltanto nell’errata estensione dell’esercizio della giurisdizione cfr. Cass. Sez. Unite nn. 2312/2012 e 19787/2015”*.

CAPITOLO VI

LA LEGITTIMAZIONE AD IMPUGNARE LE AMMISSIONI ALLA GARA

SOMMARIO: 1. Premessa sulla super-specialità del “mini-rito”- *Prima parte (inquadramento normativo)* 2. Il nuovo modello processuale super speciale – anche alla luce del decreto “correttivo” - 2.1. Le peculiarità del procedimento ai sensi del comma 6-bis, la compatibilità con la tutela cautelare e con l’art. 60 c.p.a - 2.2 Il difetto di coordinamento della disciplina del “mini-rito” con il (resto) del Codice dei contratti e con il Codice del processo amministrativo. - 2.3. (segue) l’inesistenza di un obbligo di verifica dei requisiti di gara nella fase di ammissione e la mancata attuazione della legge delega nella parte in cui prevedeva l’introduzione di una preclusione procedimentale - 2.4. (segue) l’incompatibilità logica tra il “mini-rito” e le diverse tipologie di procedura di gara - *Seconda parte (inquadramento teorico)* 3. La differenziazione (della tutela) mediante l’accelerazione (del processo) – 4 Accelerazione e concentrazione della tutela: la “contaminazione” tra i modelli processuali – 5. Il ricorso immediato contro l’ammissione alla gara degli altri partecipanti nel diritto euro-unitario alla luce della sentenza “Marina del Mediterraneo” - 5.1. (segue) l’ampliamento della legittimazione a ricorrere dell’offerente non definitivamente escluso dalla gara alla luce delle sentenze “Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich” e “Archus” - 5.2. (segue) i principi ricavabili dalla recente evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell’Unione Europea – 6. Il ricorso immediato contro le ammissioni e l’assenza dell’interesse a ricorrere: le diverse tesi prospettate dalla dottrina – 6.1. (segue) i diversi indirizzi giurisprudenziali 5.5. (segue) riflessioni sull’interpretazione estensiva del comma 2-bis - *Terza parte (prassi giurisprudenziale)* 7. Problemi applicativi sull’instaurazione del contraddittorio - 8. L’*insostenibilità* dell’inammissibilità dell’impugnazione “congiunta” dell’ammissione e dell’aggiudicazione e l’apertura dell’orientamento che ammette i motivi aggiunti contro l’aggiudicazione - 9. L’ammissibilità e il perimetro applicativo del ricorso incidentale “escludente” – 10 Considerazioni conclusive.

1. PREMESSA SULLA *SUPER-SPECIALITÀ* DEL “MINI-RITO” SULLE AMMISSIONI

Il d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, modificato, come si preciserà meglio di seguito, dal d.lgs. “correttivo” n. 56 del 2017, ha immesso nello (già) speciale circuito del contenzioso sui contratti pubblici, un nuovo rito specificatamente dedicato alle impugnazioni degli atti di ammissione e esclusione dalla gara, ormai comunemente soprannominato “*super speciale*” per segnare la specificità della sua disciplina rispetto a quella che regola il rito speciale di cui all’art. 120, comma 6, c.p.a.⁴²⁴.

⁴²⁴ Per un inquadramento generale del rito “super-speciale” nello (già) speciale circuito del contenzioso sui contratti pubblici si v. M.A. SANDULLI, *Bussola – Rito speciale sui contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it; ID., *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contratti)*, in www.federalismi.it; ID., *Profili oggettivi e*

Le riflessioni che seguono mirano a verificare se il suddetto modello processuale consenta agli operatori economici di ricevere una tutela giurisdizionale adeguata all'*effettiva* attuazione delle situazioni giuridiche protette dal diritto euro-unitario e, in ultima analisi, assicuri agli operatori di poter esercitare il proprio diritto ad un ricorso *efficace* ed *effettivo* nei confronti dei provvedimenti adottati dalle stazioni appaltanti di cui si contesti la violazione della normativa sui contratti pubblici⁴²⁵.

A tal fine, nella prima parte della ricerca, si ricostruirà l'attuale quadro normativo anche alla luce delle modifiche rilevanti apportate dal decreto "correttivo" raffrontando il modello "astratto" complessivamente disegnato dall'art. 120 (in particolare ai commi 2-bis 6, bis, e 7 e all'art. 29, comma 1 del Codice) con le indicazioni provenienti dalle direttive ricorsi e della giurisprudenza della CGUE.

Occorre tuttavia premettere che il rito *super-speciale* non si inserisce in una riforma organica del processo amministrativo, ma è stato calato *ex abrupto* nel sistema, senza alcun coordinamento o tentativo di armonizzazione con il tessuto normativo con cui dovrebbe necessariamente dialogare (*i.e.* principi costituzionali, direttive europee sostanziali e processuali, Codice dei Contratti e Codice del processo amministrativo).

La difficile assimilazione all'interno del sistema sostanziale e processuale vigente ha pertanto reso necessaria, sin dalle prime applicazioni della nuova normativa processuale, un'assistenziale opera di interpretazione "correttiva" da parte della giurisprudenza amministrativa nel tentativo di un coordinamento con le altre parti del Codice dei contratti (e principalmente con il diritto di accesso), al fine di scongiurare la violazione del diritto di difesa provocata dall'imposizione di un *ricorso al buio*.

Senza alcuna pretesa di esaustività, nella seconda parte della ricerca si svilupperanno alcune riflessioni sulla collocazione del suddetto nuovo modello processuale all'interno del quadro teorico caratterizzato dalla dinamica *ultra-acceleratoria* del rito in materia di contratti pubblici. Proprio nell'ottica di una sempre maggiore anticipazione della tutela, l'impugnazione *ex art.*

soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto, ivi; M. A. SANDULLI, S. TRANQUILLI, *Art. 204*, in *Codice dei contratti pubblici - Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. M. ESPOSITO, UTET, 2017, 2365; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 10, 39 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 5, 503 ss; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 888; I. MARTELLA, *Le novità processuali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 661; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, 26 maggio 2016; R. COCCHI, *Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti*, 16 giugno 2016.

⁴²⁵ L'art. 19 al primo paragrafo, seconda parte del TUE stabilisce che "Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

120 comma 2-*bis* c.p.a. è stata definita dalla dottrina e dalla prevalente giurisprudenza come un'azione costruita senza un "interesse" processuale, ma sostenuta unicamente da una *fictione iuris* che impone i concorrenti di impugnare immediatamente le altre ammissioni pur non ricevendo da tali atti alcun pregiudizio.

Tali riflessioni nascono inoltre dalla constatazione che una parte della giurisprudenza amministrativa ha edificato la suddetta disciplina processuale ad indice ermeneutico *innovativo* del sistema, trainante l'"evoluzione" del diritto vivente in materia di impugnazione immediata del criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante (ampliato da altra giurisprudenza ad ogni clausola del bando o ogni provvedimento intermedio della gara precedente all'aggiudicazione) di cui si contesti la legittimità.

Una regolazione processuale sempre più improntata a differenziare la tutela giurisdizionale costellando il processo di riti caratterizzati da una specialità di "secondo livello" deve tuttavia confrontarsi con il *test* di ragionevolezza⁴²⁶ e di proporzionalità cui sono soggette anche le disposizioni processuali per il tramite degli artt. 3. e 111, comma 1, Cost.⁴²⁷.

Come evidenziato dalla migliore dottrina infatti, «l'art. 3 della Costituzione, insieme con gli altri principi costituzionali sull'accesso alla giustizia, induce anche a ragionare criticamente sul 'senso', e perciò sui limiti, della 'complicazione' nella disciplina processuale, in seguito al moltiplicarsi dei riti speciali» sicché, in considerazione delle rigide decadenze che caratterizzano il processo amministrativo, «(...) viene naturale valutare se non operi un limite alla complessità di una disciplina processuale, soprattutto quando tale complessità sia

⁴²⁶ Sull'art. 3 della Costituzione come parametro per la valutazione di ragionevolezza anche della norma processuale nell'ambito di procedimenti "differenziati" si v. P. COMOGLIO, *commento all'art. 24*, in Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, dove si evidenzia che "il sindacato di ragionevolezza è esteso alla "realtà del processo" (...) Alla garanzia di un eguale trattamento, a parità di condizioni formali, si contrappone così pure nella normazione processuale, la necessità di un trattamento razionalmente differenziato, per ogni situazione oggettivamente diversa". Sindacato di ragionevolezza che tuttavia deve essere inteso nel senso che "rispettati i principi cardine ai quali va informato ogni processo, il legislatore dev'essere libero di modulare la disciplina del procedere secondo canoni insindacabili di opportunità e di convenienza", come evidenzia N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 2, 392.

⁴²⁷ Il tema della compatibilità con i principi del giusto e dell'equo processo è stato recentemente indagato, in relazione alle recenti riforme del processo amministrativo da M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, 2017. L'art. 111 Cost., pur riservando al legislatore ordinario la disciplina del processo, lungi da rimettergli una delega in bianco, gli impone il rispetto delle "condizioni minime di legalità processuale" a garanzia dell'attuazione del giusto processo amministrativo. Tra i principi del giusto processo va incluso quello di "efficienza", come evidenziato da R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 2, 393, dove si evidenzia che "l'inserimento in Italia della ragionevole durata del processo fra le garanzie costituzionali (art. 111, comma 2°, cost.), si può e si deve leggere direttamente la costituzionalizzazione del principio di efficienza"; Id. *Abuso del processo e principio di proporzionalità: Intervento al XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, (Urbino, 23-24 settembre 2011), Bonomia University press, 2012, 227 ss.

destinata a incidere non solo sullo svolgimento del processo in quanto tale, ma anche sull'esercizio concreto dell'azione»⁴²⁸.

Altra autorevole dottrina ha del resto sottolineato che, ai fini della verifica della compatibilità della disciplina processuale con i principi costituzionali, non è sufficiente il rispetto delle garanzie “minime” del giusto processo, in quanto il principio di proporzionalità, (che si rivolge anche al Legislatore), impedisce l’inserimento di regole processuali non effettivamente necessarie, imponendo una regolazione del processo scevra di «attività inutili o sterilmente defatiganti»⁴²⁹.

La terza e ultima parte della ricerca analizzerà alcuni tra i numerosi nodi interpretativi che sono emersi nella prassi, soffermandosi in particolare, sulla delicata e controversa questione dell’individuazione del *dies a quo* per l’impugnazione delle ammissioni/esclusioni.

Sebbene dopo l’entrata in vigore del “correttivo”, interpreti e operatori avrebbero potuto legittimamente ritenersi confortati dalla convinzione che non residuasse alcuna incertezza perlomeno sulla questione della decorrenza del termine per impugnare i suddetti atti (ormai espressamente ancorato dall’art. 29, comma 1, del Codice alla loro piena e concreta disponibilità in uno alla comunicazione della relativa motivazione) al contrario, permangono, anche dopo l’entrata in vigore del correttivo, significative incertezze interpretative.

L’individuazione del preciso momento di decorrenza del termine per esercitare tale (super)speciale impugnazione assume tuttavia un’importanza fondamentale ai fini della determinazione della sua ragionevolezza e congruità e, in ultima analisi, per valutare la compatibilità dell’intero modello processuale con i principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo, spesso compromessa dall’eccessiva brevità dei termini cui viene assoggettato l’esercizio della tutela giurisdizionale.

PRIMA PARTE – INQUADRAMENTO NORMATIVO

2. IL NUOVO MODELLO PROCESSUALE SUPER ACCELERATO ANCHE ALLA LUCE DEL DECRETO “CORRETTIVO”

Il comma 2-*bis*, innestato nell’art. 120 c.p.a. dall’art. 204 del nuovo Codice, impone l’immediata impugnazione, a pena di decadenza, entro il termine di trenta giorni, degli atti

⁴²⁸ A. TRAVI, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, Relazione svolta al Convegno “La codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio”, Roma, Consiglio di Stato, 20 maggio 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴²⁹ D. SORACE, *I Giudici di Berlino, tutele differenziate e l'equo processo*, in *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, a cura dello stesso A., Firenze University Press, 2009, 8, che significativamente evidenzia la correlazione tra il diritto alla difesa e il diritto «alla semplicità»

di ammissione e di esclusione dalla gara adottati dalla stazione appaltante «*all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*⁴³⁰».

La stessa disposizione preclude ai concorrenti che non abbiano immediatamente impugnato le ammissioni e le esclusioni, nelle forme e nei termini dello stesso comma 2-bis, di far valere, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità «*derivata*» dei «*successivi atti delle procedure di affidamento*».

In altri termini, la disposizione esclude che in mancanza della suddetta impugnazione immediata, nell'eventuale ricorso avverso l'aggiudicazione potrà essere contestata l'esistenza di eventuali cause di esclusione e/o l'inesistenza dei requisiti di partecipazione, comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione. La chiara limitazione dell'ambito applicazione del (mini)rito non consente la sua estensione alle impugnazioni di atti diversi rispetto a quelli espressamente individuati dalla legge delega (*i.e.* ammissioni e esclusioni), tant'è che il Governo per non incorrere in un eccesso di delega ha espunto, su suggerimento del Consiglio di Stato, dall'originario *schema* del Codice, l'estensione dell'onere di impugnazione immediata alla composizione della commissione giudicatrice⁴³¹.

Dato il suddetto, limitatissimo, perimetro applicativo tracciato dal legislatore (circoscritto alla contestazione dei «*requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*») il nuovo circuito processuale *super accelerato* non attrae inoltre tutte le (altre) contestazioni volte a mettere in discussione la legittima partecipazione dei concorrenti seppur sorte nella fase iniziale della procedura (come quelle sulla tempestività della domanda, sull'integrità dei plichi, sul conflitto di interessi con la commissione di gara, sulla carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione quali l'incertezza assoluta circa il suo contenuto o la sua provenienza) né può essere applicato

⁴³⁰ Il valore precettivo di quest'ultimo inciso dovrebbe tuttavia ormai considerarsi recessivo rispetto alla diversa formulazione utilizzata dall'art. 19 del d.lgs. n. 56 del 2017, che ha sostituito nell'art. 29, comma 1, secondo alinea, del Codice dei contratti la parola «*valutazione*» con il termine «*verifica*».

⁴³¹ Cons. St., comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, in www.lamministrativista.it, laddove si sottolineava che «*Vista la natura eccezionale del rito, derogatorio rispetto ai termini e alle regole generali, si impone un'attuazione non estensiva della delega. Si propone quindi di eliminare il riferimento alla "composizione della commissione" nell'enumerazione delle materie interessate dal processo speciale in esame. L'espunzione è anche coerente con la ratio del nuovo rito, volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione*». Anche la giurisprudenza ha, del resto, più volte respinto, in quanto meno favorevole per l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, meno rispettosa degli artt. 24 e 113 della Costituzione ogni opzione ermeneutica volta a estendere il perimetro applicativo del «mini-rito», cfr. in tal senso Cons. St., Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528; Id., III, 25 novembre 2016, nn. 4994 e 4995, Id., Sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059, in www.lamministrativista.it, che hanno circoscritto l'ambito di applicazione dei termini del rito *super speciale* «*al solo gravame dei provvedimenti che determinano l'ammissione alla (e le esclusioni dalla) procedura*» escludendo l'applicabilità all'impugnazione dell'aggiudicazione.

alla controversie relative alla valutazione delle offerte⁴³².

Il ristretto ambito di applicazione del (mini)rito non comprende inoltre gli altri atti endoprocedimentali non inclusi nel comma 2-*bis* (come, ad esempio, l'ammissione con riserva) privi di immediata lesività⁴³³.

L'operatività del (mini)rito è funzionalmente e quindi *inscindibilmente* vincolata al rispetto, da parte della stazione appaltante, delle forme di pubblicità e degli obblighi di comunicazione stabiliti dal Codice dei contratti agli artt. 29 comma 1 e 76 comma 3 (quest'ultimo inglobato dal decreto "correttivo" nell'art. 29, comma 1), idonei a garantire l'immediata conoscenza degli atti relativi all'ammissione/esclusione e a segnare quella "netta" separazione tra fase di ammissione e fase di aggiudicazione della gara che, quindi, ne costituisce il presupposto logico-giuridico.

Precedentemente all'intervento del decreto "correttivo", la dottrina aveva evidenziato il contrasto con il diritto di difesa e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, del combinato disposto del citato comma 2-*bis* e dell'art. 29 comma 1, del Codice, nella parte in cui permetteva alle stazioni appaltanti di limitarsi alla pubblicazione di un mero *elenco* degli ammessi e esclusi, senza alcuno sforzo motivazionale e senza alcun chiaro coordinamento con il diritto di accesso, imponendo ai partecipanti della gara un gravoso onere di immediata impugnazione ("al buio") delle ammissioni e esclusioni nei trenta giorni decorrenti dalla sola *pubblicazione*.

La dottrina aveva subito evidenziato che uno sguardo complessivo a un sistema già costellato da non pochi ostacoli all'accesso alla tutela giurisdizionale, quali gli elevatissimi costi per l'accesso alla giustizia, i limiti dimensionali imposti agli scritti difensivi, i termini accelerati

⁴³² In termini anche TAR Molise, 28 aprile 2017, n. 150; Id., Puglia, Bari, Sez. III, 14 aprile 2017, n. 394; Id., Toscana, Sez. II, 23 marzo 2017, n. 454, *ivi*; sottolinea tale profilo anche Cons. St., Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, *cit.*. Sul punto si v. anche TAR Lazio, Roma, 2 agosto 2017, n. 9147; Id., Campania, Napoli, Sez. I, 13 giugno 2017, n. 3245; Id., 20 febbraio 2017, n. 1020, www.lamministrativista.it secondo cui la disciplina introdotta dall'art. 204 del Codice non si applica per la trattazione dell'impugnazione dell' ammissione o dell' esclusione dalla gara disposta sulla base di una carenza formale o contenutistica dell'offerta tecnica o economica giacché in tali ipotesi si applica il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a.; Si v. anche Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4969, *ivi*, laddove ha sottolineato che il nuovo "mini-rito" non ha mutato il regime di impugnazione delle esclusioni per vizi diversi rispetto a quelli specificatamente individuati dal comma 2-*bis*, non potendosi di conseguenza escludere l'impugnazione immediata dell'esclusione disposta per motivi diversi rispetto alla mancanza dei requisiti soggettivi.

⁴³³ TAR Campania, Napoli, sez. V, 25 luglio 2017, n. 3944, in www.lamministrativista.it, ha correttamente dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto nei confronti di un'ammissione non definitiva e funzionale solo a consentire l'esercizio del soccorso istruttorio, *ex art.* 83 comma 9, del Codice. Il TAR ha evidenziato che in tale ipotesi il ricorso non si potrebbe ritenere ammissibile neanche *in parte qua* (in quanto volto ad accertare la mancanza dei requisiti per l'ammissione alla procedura di gara e la necessità di esclusione) "*non essendosi la stazione appaltante ancora pronunciata al riguardo, in quanto, come noto, ai sensi dell'art. 34 comma 2 c.p.a. "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*".

per le impugnazioni e per la trattazione delle controversie, la (spesso estrema) sinteticità delle sentenze redatte in forma semplificata, unitamente al parallelo affidamento di ampi poteri di controllo sugli atti di gara all'ANAC, provocava, inevitabilmente, non poche perplessità in relazione ai principi costituzionali e euro-unitari posti a baluardo del diritto di difesa e della tutela piena e effettiva assicurata dall'art. 1 c.p.a.⁴³⁴.

Pur scontando le predette gravi criticità, il sistema sembrava comunque poter guadagnare terreno sul piano delle garanzie e dell'effettività della tutela, grazie a un duplice sforzo interpretativo che consentisse di individuare il *dies a quo* per ricorrere contro le ammissioni e esclusioni: (i) valorizzando il coordinamento tra l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., e gli artt. 29, comma 1 e 76, comma 3 del Codice⁴³⁵; (ii) vestendo di specifico significato la parentesi temporale di due giorni inserita nell'art. 29, comma 1, considerandola specificamente funzionale per consentire alla stazione appaltante la messa a disposizione ai concorrenti, sin dal momento di pubblicazione dell'elenco, dei relativi atti e documenti.

Le suddette valvole di salvezza interpretative, adoperate anche da una parte della giurisprudenza amministrativa, consentivano di agganciare la decorrenza del termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni dall'effettiva *piena conoscenza* del contenuto (o comunque del materiale documentale alla base) dei suddetti atti e non dalla percezione della loro semplice "esistenza", così scongiurando l'imposizione di un ricorso "al buio"⁴³⁶.

Altra giurisprudenza amministrativa ritenendo conforme la nuova disciplina ai canoni (minimi) del giusto processo⁴³⁷, ha peraltro escluso di poter sollevare la questione di costituzionalità o di compatibilità con il diritto euro-unitario, limitandosi a evidenziare l'esistenza al più di «*una questione di coordinamento con la normativa che disciplina l'accesso agli atti, comunque superabile in base all'istituto della proposizione dei motivi aggiunti per i profili di illegittimità conosciuti successivamente per effetto dell'integrale conoscenza gli atti*»⁴³⁸.

⁴³⁴ Così M.A. SANDULLI, *Nuovi ostacoli*, *op. cit.*.

⁴³⁵ Cfr. A.G., PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato" ex art. 120 co. 2 bis c.p.a.*, in www.federalismi.it.

⁴³⁶ Tra le più significative si v. TAR Sardegna, sez. I, 20 gennaio 2017, n. 36; Id., Lazio, Roma, sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545;

⁴³⁷ TAR Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, ha sottolineato che la nuova disciplina è conforme al «*principio di ragionevolezza dei tempi del processo*» avente anch'esso copertura costituzionale richiamando le sentenze della C. Cost., 26 giugno 2007, n. 237; Id., 20 luglio 2016, n. 191 e Id., n. 427 del 1999.

⁴³⁸ Si v. TAR Campania, Napoli, sez., VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, con commento di M. MARTINELLI, R. DE ROSE, in www.lamministrativista.it; TAR Marche, sez. I, 11 maggio 2017, n. 354, in lamministrativista.it. Esclude profili di contrasto con il diritto euro-unitario in termini ancor più netti TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379, in www.lamministrativista.it.

Il decreto “correttivo” ha opportunamente recepito (ancorché solo in parte) le proposte della dottrina che aveva denunciato le suddette gravi criticità⁴³⁹: l'art. 19 del decreto “correttivo” ha inserito un ulteriore alinea dopo il secondo periodo dell'art. 29, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, inglobando il soppresso comma 3 dell'art. 76 e stabilendo che entro il termine di due giorni previsto per la pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento di esclusione o/e degli atti di ammissione all'esito della suddetta verifica, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, devono darne «avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'art. 5-bis d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri [...] indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti». Ancor più rilevante è tuttavia l'inserimento della specificazione che «il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione».

Il riferimento alla “disponibilità in concreto” e all'obbligo di motivazione anche degli “atti” di ammissione, opportunamente introdotto, garantisce, non solo un accesso “informale e immediato” agli atti su cui basa la verifica della stazione appaltante, ma anche l'individuazione di un termine certo per la proposizione del ricorso rendendo, come precisato da una parte della giurisprudenza amministrativa⁴⁴⁰, irrilevante l'eventuale previa piena conoscenza degli stessi. Tale aggiunta impedisce, evidentemente, che il termine per impugnare possa decorrere dal momento della pubblicazione del mero elenco degli ammessi/esclusi, agganciandolo ad un'esternazione della stazione appaltante, sull'esito della verifica compiuta sui requisiti di gara⁴⁴¹.

Dalla formulazione della disposizione sembra quindi potersi ricavare che, qualora la stazione appaltante pubblici solo un elenco degli ammessi/esclusi, riservandosi di dar conto solo successivamente delle ragioni a sostegno della propria decisione, anche il termine per impugnare dovrebbe consequenzialmente slittare fino alla pubblicazione e comunicazione della relativa motivazione.

2.1. LE PECULIARITÀ DEL PROCEDIMENTO AI SENSI DEL COMMA 6-BIS, LA COMPATIBILITÀ CON LA TUTELA CAUTELARE E CON L'ART. 60 C.P.A.

⁴³⁹ M.A. SANDULLI, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56 del 2017*, in www.federalismi.it.

⁴⁴⁰ Su cui si v. *infra* par. 9.1.

⁴⁴¹ Su cui si v. *infra* par. 5.1.

Pur in assenza di una previsione espressa, la dottrina e la giurisprudenza amministrativa hanno evidenziato la compatibilità tra la tutela cautelare (monocratica e collegiale) e il rito *super accelerato*⁴⁴².

Nel negare la (denunciata) incompatibilità con il diritto euro-unitario sostenuta in ragione mancanza dell'espressa previsione di una fase cautelare, la giurisprudenza amministrativa, richiamando il Parere reso dal Consiglio di Stato sull'originario "schema" del nuovo Codice, ha evidenziato che visti i tempi strettissimi per giungere ad una decisione nel merito, per tali controversie la suddetta fase è "*nella ordinarietà dei casi superflua*"⁴⁴³.

Altra giurisprudenza ha precisato che il rito *super accelerato* non prevede, a pena di inammissibilità, uno specifico termine perentorio entro il quale presentare la domanda di fissazione dell'udienza, sicché si applica l'art. 55, comma 4, c.p.a., ai sensi del quale fino a quel momento la domanda cautelare rimane (solo) improcedibile.

Nel caso di specie è stato così consentito al ricorrente di attendere la conclusione della procedura di gara per chiedere la fissazione dell'udienza ottenendo così la trattazione congiunta dell'impugnazione dell'ammissione e dei motivi aggiunti proposti (peraltro nello stesso giudizio) contro l'aggiudicazione⁴⁴⁴.

Come per il rito cautelare anche il comma 6-bis prevede che "*il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente*".

Visto che non si tratta di un processo sommario, ma di "merito", a differenza del rito cautelare, le parti possono espressamente richiedere la trattazione in udienza pubblica e "*produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima*

⁴⁴² In dottrina si v. L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi*, op. cit., 733. che condivide l'indirizzo affermato da Cons. St., Sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059, *cit.* relativamente all'ammissibilità nel "mini-rito" della proposizione e della trattazione di istanze cautelari "collegiali" avverso gli atti di ammissione/esclusione dalla gara e dell'appello avverso la relativa ordinanza cautelare, «*non essendo l'applicazione delle norme in materia di tutela cautelare incompatibile*» con la relativa disciplina. Il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'ammissibilità nelle suddette controversie anche della tutela cautelare monocratica (Cons. St., Sez. V, n. 948 del 2017). Altra giurisprudenza TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, in www.lamministrativista.it, pur evidenziando che l'introduzione di tale (super)speciale disciplina non può precludere al g.a. la possibilità di accordare la tutela cautelare nelle sue varie "forme", inclusa quella monocratica ha tuttavia concluso che "*non è ammissibile la semplice richiesta cautelare ex art. 55 c.p.a., posto che in caso di semplice pregiudizio grave e irreparabile non si vede come la parte possa pretendere che il giudice amministrativo, fissando la camera di consiglio ordinaria, possa legittimamente derogare al procedimento superaccelerato introdotto dal nuovo Codice dei contratti*".

⁴⁴³ TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 22 agosto 2017, n. 9379, che richiama **Cons. St., comm. spec., 1 aprile 2016, n. 464**, in www.lamministrativista.it.

⁴⁴⁴ TAR Sicilia, sez. I, 10 ottobre 2017, n. 2373. Nel caso di specie la specie la procrastinazione della presentazione della predetta istanza depositata al momento del deposito dei motivi aggiunti contro l'aggiudicazione (la cui presentazione è stata ammessa dal Collegio nello stesso giudizio incardinato ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.), ha consentito la trattazione contestuale sia dell'impugnazione contro l'ammissione che contro l'aggiudicazione, definendo il giudizio all'esito della stessa Camera di Consiglio ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima”.

Nel suddetto comma figurano disposizioni che riguardano sia l’udienza pubblica (secondo periodo) ed altre che, viceversa, disciplinano la camera di consiglio (primo periodo e parte finale dell’ultimo periodo), sicché la giurisprudenza ha opportunamente precisato che “*appare preferibile una interpretazione che estenda ad entrambe le ipotesi di rito la previsione sui termini di deposito dei documenti, delle memorie e delle eventuali repliche (rispettivamente di dieci, sei e tre giorni liberi)*”⁴⁴⁵.

A conferma di tale interpretazione, è stato evidenziato che il comma 9 del medesimo art. 120 c.p.a. prevede un unico termine processuale per il deposito della sentenza (sette giorni), disponendo espressamente che esso si applichi sia nel caso dell’udienza pubblica che della camera di consiglio, uniformando così la disciplina dei termini processuali.

Stante la compatibilità della disciplina della tutela cautelare la giurisprudenza amministrativa ha conseguentemente affermato la possibilità che il giudizio contro le ammissioni/esclusioni possa essere definito all’esito della camera di consiglio, secondo lo schema processuale di cui all’art. 60 c.p.a, applicabile anche in appello⁴⁴⁶.

2.2. IL DIFETTO DI COORDINAMENTO DELLA DISCIPLINA DEL “MINI-RITO” CON IL (RESTO) DEL CODICE DEI CONTRATTI E CON IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

Come accennato in premessa, l’art. 204, anche dopo l’intervento del decreto “correttivo”, si colloca con fatica all’interno del quadro normativo posto dal Codice dei contratti e del Codice del processo, provocando ulteriori complicazioni e incertezze nelle applicazioni giurisprudenziali⁴⁴⁷.

Nelle premesse del Parere reso sullo *schema* di decreto “correttivo⁴⁴⁸”, con un’osservazione di portata generale, la Commissione Speciale del Consiglio di Stato aveva evidenziato la necessità di un coordinamento “esterno” del Codice dei contratti («*quasi del tutto mancato in sede di adozione del codice*») con altre leggi vigenti, tra cui il codice del processo amministrativo.

Il Legislatore non ha tuttavia dato seguito all’osservazione e gli artt. 120 e ss., e l’art. 133, lett. e), n. 2, che continuano a rinviare alle disposizioni dell’abrogato d.lgs. n. 163 del 2006.

⁴⁴⁵ TAR Campania, Napoli, sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226.

⁴⁴⁶ Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2017, n. 1323, www.lamministrativista.it.

⁴⁴⁷ Cfr. CGUE, Sez. III, 28 gennaio 2010, “Uniplex” laddove al punto 39 precisa che l’obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665 deve essere realizzato nel diritto interno nel rispetto delle esigenze di certezza del diritto. In termini anche CGUE, Commissione c. Irlanda.

⁴⁴⁸ Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, in www.lamministrativista.it.

Al di là del mancato aggiornamento formale permane tuttavia un grave difetto di coordinamento sia all'interno dello stesso Codice dei contratti che esterno, tra lo stesso Codice e l'art. 120 c.p.a.

In disparte del perdurante utilizzo del termine “*valutazione*” al posto di quello di “*verifica*”, l'art. 120 c.p.a. al comma 2-*bis* continua a individuare espressamente quale *dies a quo* per l'impugnazione delle ammissioni e le esclusioni, il momento della pubblicazione sul profilo informatico della stazione appaltante e non, come modificato dal “correttivo”, quello della conoscenza della motivazione e della disponibilità, da parte delle parti, dei relativi atti. In assenza di un opportuno aggiornamento del c.p.a. per individuare il termine a ricorrere deve evidentemente farsi leva sul rinvio posto dallo stesso comma 2-*bis* all'art. 29, comma 1 e dunque applicare la più recente modifica apportata a quest'ultima disposizione.

A riprova dell'agire distratto del Legislatore nonostante il “correttivo” abbia correttamente aggiunto tra i destinatari della comunicazione delle ragioni dell'esclusione anche i “candidati esclusi” dalla gara⁴⁴⁹ l'art. 76 continua a non menzionare i candidati ammessi (a rigore non ancora qualificabili come “offerenti” ai sensi dell'art. 76 comma 2, lett. a, b e c) tra i soggetti legittimati, ai sensi dell'art. 76 del Codice, a ottenere la comunicazione sull'ammissione degli altri concorrenti⁴⁵⁰.

Il mancato richiamo formale degli “ammessi” nell'art. 76 non può evidentemente incidere sul diritto, anche di questi ultimi, all'accesso alla documentazione utilizzata dalla stazione appaltante per effettuare la verifica sui requisiti e di conoscere la motivazione delle ammissioni degli altri partecipanti, trovando evidentemente copertura normativa nello stesso art. 29, comma 1, secondo alinea del Codice. L'estensione, da parte di quest'ultima disposizione, dell'obbligo di motivazione anche degli “atti” di ammissione, si giustifica infatti proprio per la sua funzione di garanzia verso tutti i partecipanti alla procedura⁴⁵¹, strumentale alla tutela giurisdizionale.

In difetto di una previsione espressa, la tempistica per conoscere la motivazione delle ammissioni e ottenere l'accesso ai relativi atti, dovrebbe, coerentemente con la scansione temporale prevista dallo stesso comma 1 dell'art. 29 (e in particolare il termine di due giorni previsto dalla disposizione) essere immediata⁴⁵², fermo restando che in base allo stesso art. 29,

⁴⁴⁹ cfr. la modifica all'art. 76 comma 2, lett. a-*bis*; comma 5, lett. b) ora conforme alla corrispondente previsione delle direttive contratti del 2014.

⁴⁵⁰ M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti*, op. cit..

⁴⁵¹ Sulle plurime funzioni della motivazione del provvedimento amministrativo si v. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice e dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, 2017, 411 ss..

⁴⁵² In tal senso si v. TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 20 ottobre 2017, n. 10561, laddove afferma che dal tenore dell'art. 29 del Codice “*discende, de plano (...) che è innegabile la sussistenza di un interesse concreto ed attuale in capo ad un concorrente ammesso ad una pubblica gara ad ottenere l'esibizione della documentazione*”

comma 1, solo dalla conoscenza degli stessi atti e della loro motivazione potrà decorrere il termine per l'impugnazione ex art. 120, comma 2-bis c.p.a..

2.3. LA MANCANZA DI UNA DISCIPLINA SOSTANZIALE RELATIVA ALLA DETERMINAZIONE DELLE AMMISSIONI E ESCLUSIONI DALLA GARA

Alcuni dei primi commentatori hanno sottolineato che il Codice difetta di una precisa disciplina che permetta di chiarire «*con il dovuto rigore*» in che cosa consista il “provvedimento” di cui all'art. 29, comma 1⁴⁵³, circostanza peraltro evidenziata anche dagli *stakeholders* nella fase di consultazione allo *schema* del decreto “correttivo” sotto il profilo della non chiara ripartizione delle competenze nella redazione dei verbali di gara e dell'adozione delle decisioni di ammissione/esclusione⁴⁵⁴.

In assenza di una disciplina sostanziale sembra che la scelta circa la pubblicazione o meno delle ammissioni/esclusioni, rimanga, di fatto, una prerogativa esclusiva della stazione appaltante sicché quest'ultima può scegliere unilateralmente (pubblicando o non pubblicando il suddetto provvedimento) quale sarà la disciplina processuale (rispettivamente super-speciale o speciale) applicabile alle eventuali controversie che dovessero sorgere nel corso della gara.

comprovante il possesso da parte degli altri concorrenti ammessi dei prescritti requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, al fine di consentirgli di contestare tempestivamente l'ammissione di questi ultimi” precisando che l'art. 53 del Codice “*deve essere interpretato nel senso che l'accesso ai documenti è differito all'aggiudicazione dell'appalto solo per le offerte tecnico-economiche, per la tutela del segreto industriale e commerciale, per cui stante la necessità d'impugnare ex art. 120 c.p.a. le ammissioni e le esclusioni alla gara, l'interessato potrà, invece, avere immediato accesso alla documentazione amministrativa circa i requisiti soggettivi degli altri concorrenti*”. In termini, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 28 marzo 2017, n. 3971.

⁴⁵³ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., 24

⁴⁵⁴ Nel Parere reso sullo schema del decreto correttivo la Conferenza unificata e, in particolare, le Regioni hanno proposto, per quanto qui interessa, tra gli emendamenti prioritari l'eliminazione del termine “tutti” (riferito agli atti della procedura di gara) posto in apertura del comma 1, dell'art. 29, evidenziando che gli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. n. 33 del 2013, definiti con provvedimento dell'ANAC, non sono onnicomprensivi. Le Regioni hanno inoltre proposto una seconda modifica volta a introdurre una semplificazione nell'*iter* del procedimento di gara, che, pur mantenendo l'onere di immediata impugnazione delle esclusioni e le ammissioni, qualifichi anche il verbale come un «*atto proveniente dal seggio di gara che può essere impugnato autonomamente*». A differenza delle Regioni, l'Anci ha proposto di sostituire radicalmente il riferimento al «*provvedimento che determina*» le ammissioni e le esclusioni con le parole «*l'estratto del verbale contenente*». A supporto della proposta di modifica l'associazione ha evidenziato che l'ammissione e l'esclusione viene disposta dalla stazione appaltante tramite il seggio di gara o la commissione e che questi redigono apposito verbale, sicché «*l'originaria formulazione della norma genera il dubbio che, ai fini dell'esclusione dei concorrenti, occorra qualche provvedimento successivo, del quale non si capirebbe la ratio, sia sotto il profilo della competenza, sia sotto quello del non aggravio del procedimento*». Inoltre il Parere ha evidenziato che se la *ratio* della norma è ravvisabile nell'intenzione di anticipare i motivi di ricorso avverso le ammissioni o le esclusioni ad un momento anteriore all'aggiudicazione e attribuire carattere di definitività alle decisioni adottate dal RUP o dal seggio di gara e confermate dalla stazione appaltante, il *dies a quo* per la tutela giurisdizionale «*non può che decorrere da questa fase e non dagli accertamenti d'ufficio*», evidenziando che se «*così fosse, inoltre, non vi sarebbe motivo di distinguere il provvedimento di ammissione da quello di aggiudicazione*». Quanto al terzo periodo ha proposto l'aggiunta dopo le parole “verifica della documentazione” delle seguenti parole «*prodotta in sede d'offerta*» e ha infine proposto la soppressione della ripetizione, presente nello schema, della parola “valutazione”.

La prevalente giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito che l'applicabilità del rito "super-speciale" è strettamente vincolata alla pubblicazione delle ammissioni/esclusioni sull'apposita sezione "amministrazione trasparente" del sito della stazione appaltante, sicché, in assenza del suddetto adempimento, non scatta né l'onere né la preclusione stabilita dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.⁴⁵⁵ e le ammissioni e le esclusioni potranno essere contestate solo al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione, consentendo di *bypassare* completamente la disciplina processuale "super-speciale"⁴⁵⁶.

La suddetta soluzione, ha sottolineato la giurisprudenza, è confermata da un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 120, comma 2-bis, che facendo «*espresso riferimento all'adozione di "successivi atti", rispetto al provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa*» dimostra che in difetto di «*una netta distinzione tra fase di ammissioni/esclusioni e fase di aggiudicazione*», sancita dalla suddetta pubblicazione, le esigenze di «*rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili dai protagonisti della gara* divengono attuali solo nel momento in cui il procedimento è giunto alla

⁴⁵⁵ Affermano che la nuova disciplina processuale sulle ammissioni non trova applicazione in assenza della pubblicazione ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016. In tale ipotesi, il dies a quo inizia a decorrere solo dalla ricezione del provvedimento di aggiudicazione definitiva TAR Toscana, Sez. II, 23 marzo 2017, n. 454; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 14 aprile 2017, n. 394; TAR Molise, Sez. I, 28 aprile 2017, n. 150; TAR Basilicata, Sez. I, 13 gennaio 2017, n. 24; TAR Molise, Sez. I, 30 novembre 2016, n. 499; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852. Da ultimo si v. quanto precisato dall'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Cons. St., sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138, in www.lamministrativista.it, laddove evidenzia che «*L'elaborazione giurisprudenziale riferita alla nuova previsione processuale ha chiarito che tale onere processuale ha una sua logica spiegazione proprio nella conformazione sostanziale delle diverse autonome fasi di svolgimento della gara e delle correlate posizioni giuridiche soggettive. La fase di verifica delle offerte si deve concludere con un provvedimento esplicito, recante le ammissioni e le esclusioni, corredato dalle pertinenti motivazioni e soggetto a precisi obblighi di pubblicità. Lungi dal rappresentare un aggravio procedimentale, il provvedimento ha lo scopo pratico di chiudere, con certezza, un autonomo segmento dell'iter, semplificando la successiva fase propriamente selettiva, non più soggetta all'alea di contestazioni idonee a vanificare, ex post l'intero svolgimento della complessa sequenza, con evidenti costi per la stazione appaltante e per i concorrenti*».

⁴⁵⁶ La giurisprudenza amministrativa ha precisato, che qualora la stazione appaltante non rispetti «*le forme di pubblicità idonee a garantire l'immediata conoscenza degli atti relativi all'ammissione/esclusione, prima, ed aggiudicazione, poi, previste, in particolare, agli artt. 29 e 76 del nuovo codice dei contratti*» deve applicarsi il rito "speciale" di cui all'art. 120 c.p.a. e non quello "super-speciale" di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a.. In giurisprudenza si è posta la questione dell'equipollenza della comunicazione del verbale di gara con la pubblicazione di cui all'art. 29, comma 1 del Codice. Per il TAR Veneto, sez. III, 16 febbraio 2017, n. 171 il verbale di gara (benché indichi i concorrenti ammessi) ha carattere endoprocedimentale e non è autonomamente impugnabile in assenza dalla pubblicazione disciplinata dall'art. 29, comma 1, del Codice. Assume un indirizzo intermedio il TAR Toscana, sez. I, 18 aprile 2017, n. 582 secondo cui la conoscenza tramite una *e-mail* con allegato il verbale della seduta pubblica contenente l'indicazione dei punteggi conseguiti da ciascun operatore economico e «*dunque anche l'ammissione alla gara*» dei partecipanti è idonea a far scattare il termine per ricorrere ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. Per il TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 22 marzo 2017, n. 401, (il cui giudizio di appello è tuttavia *sub iudice*) la pubblicazione sul sito della stazione appaltante dei verbali di gara, in cui sia contenuta la lista degli ammessi alle successive fasi deve considerarsi una forma «*equipollente all'adempimento dell'obbligo di pubblicazione del provvedimento di ammissione/esclusione*». Il Collegio afferma che in presenza della suddetta pubblicazione il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'ammissione dell'aggiudicataria non deve essere individuato dal momento della suddetta pubblicazione, ma dalla «*sua piena conoscibilità a seguito della comunicazione*» avvenuta tramite pec in quanto solo in tale momento «*l'interessato è messo in condizione di conoscere a pieno il contenuto del provvedimento*».

*fase di aggiudicazione definitiva, soggetta all'usuale rito, pur "speciale", disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120 c.p.a.*⁴⁵⁷».

Una parte della dottrina ha tuttavia obiettato che ciò che dipende dalla pubblicazione di cui all'art. 29, comma 1, del Codice non è l'astratta applicabilità del rito "super-speciale", ma l'individuazione del *dies a quo* per impugnare gli atti di ammissione e esclusione⁴⁵⁸ in quanto la scelta del rito applicabile non rientra nella disponibilità di una delle parti.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 32 del 2012, valorizzando sotto tale profilo la specialità del processo amministrativo rispetto al processo civile, ha infatti escluso che l'applicabilità o meno del rito (speciale) possa essere rimessa alla scelta di una parte o del giudice (scelta che vista l'assenza di una disciplina che regoli la possibilità di non pubblicare gli atti di ammissione/esclusione scadrebbe, nel caso del rito "super-speciale", nel vero e proprio arbitrio della stazione appaltante), giacché *"i riti speciali e il loro ambito applicativo sono stabiliti dalla legge, per ragioni che rientrano nelle scelte discrezionali del legislatore (nel caso del rito dell'art. 23-bis, l. Tar, ora artt. 119 e 120 cod. proc. amm., per la esigenza di interesse generale di una celere definizione di determinate tipologie di controversie), e pertanto l'applicazione del rito è doverosa ed oggettiva, e non vi è spazio per una scelta del rito, o sua disapplicazione, ad opera delle parti o del giudice"*⁴⁵⁹.

Se da una parte la mancanza di una disciplina sostanziale che conformi la procedura di gara al modello di contenzioso super-accelerato lascia inammissibilmente la divisione tra fase di ammissione e valutazione delle offerte (e con essa la scelta del rito applicabile all'eventuale controversia), nella sfera discrezionale dell'Amministrazione, d'altra parte la pubblicazione di cui all'art. 29, comma 1 è, come correttamente osservato dalla giurisprudenza in una prospettiva di ampliamento delle garanzie giurisdizionali, l'indispensabile presupposto logico-giuridico per l'applicabilità del suddetto, rito sicché in assenza lo stesso non può trovare applicazione.

2.4. (SEGUE) L'INESISTENZA DI UN OBBLIGO DI VERIFICA DEI REQUISITI DI GARA NELLA FASE DI AMMISSIONE E LA MANCATA ATTUAZIONE DELLA LEGGE DELEGA NELLA PARTE IN CUI PREVEDEVA L'INTRODUZIONE DI UNA PRECLUSIONE PROCEDIMENTALE

Sembra inoltre difficile il coordinamento tra l'art. 29, comma 1, secondo alinea del Codice e la disciplina sulle verifiche dei requisiti di gara specialmente in ragione dell'impossibilità di

⁴⁵⁷ Cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. III, 14 aprile 2017, n. 394.

⁴⁵⁸ 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. amm.*, 2017, 717, in particolare la nota 7.

⁴⁵⁹ Cons. St., Ad. plen., 9 agosto 2012, n. 32.

“blindare” tale controllo in *limine* della procedura⁴⁶⁰, con la conseguenza che l’investitura del giudice amministrativo dell’accertamento della sussistenza dei “titoli” di gara rischia di avvenire «*a prezzo della possibile moltiplicazione delle fasi eventuali di contenzioso*»⁴⁶¹».

È sufficiente scorrere tra gli articoli del Codice dei contratti per notare che il termine “verifica” utilizzato dal correttivo nell’art. 29, comma 1, secondo alinea per riferirsi ai requisiti soggettivi, è invece costantemente associato ai controlli eventualmente⁴⁶² (ma in base agli indirizzi dell’ANAC obbligatoriamente⁴⁶³) avviati d’ufficio in qualsiasi momento della gara (art. 63, comma 6; 81, comma 1; 83, comma 4) o alla *comprova* sul possesso dei requisiti dell’aggiudicatario (artt. 32, comma 7; 36 comma 5).

L’inesauribilità del potere di controllo sui requisiti nel corso del procedimento appare ancora più evidente se si guarda alla disciplina del soccorso istruttorio (art. 83) e alla rilevabilità, per tutto il corso della procedura, delle cause di esclusione (art. 80) e persino, dopo la stipula del contratto, nei limiti della risoluzione (art. 108).

Quest’ultima disposizione consente alla stazione appaltante di risolvere il contratto, in corso d’opera, alla luce della scoperta di una delle cause di esclusione di cui all’art. 80 comma 1 del Codice sussistente al momento dell’aggiudicazione, (art. 108, comma 1, lett. c, del Codice) o qualora sia intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato (per i reati di cui all’art. 80) o la decadenza dalla qualificazione per aver prodotto dichiarazioni false e mandaci, o un

⁴⁶⁰ Sull’orientamento in tal senso delle direttive contratti del 2014, cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., 15.

⁴⁶¹ G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso*, op. cit., 7.

⁴⁶² TAR Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, secondo cui “*tale nuovo assetto del contenzioso relativo alla fase di ammissione, non priva la stazione appaltante del potere di verificare la sussistenza dei requisiti dichiarati per tutta la durata del procedimento di evidenza pubblica, a garanzia «dell’instaurazione di un rapporto con un soggetto che, dalla candidatura in sede di gara e fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all’adempimento dell’obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico – economico professionale necessari per contrarre con la p.a.»(TAR Lazio, sez. I[^], sentenza n. 3813 del 23.3.2017).Come del resto, non la priva dell’esercizio degli ordinari poteri di autotutela, amministrativa e contrattuale”.*

⁴⁶³ Si v. il Comunicato del Presidente ANAC, 8 novembre 2017 laddove precisa che “*In assenza di specifiche indicazioni del Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione, è possibile ricavare indicazioni operative dal disposto dell’art. 85, comma 5, del Codice e dell’art. 71 del d.p.r. 445/2000 (richiamato dal DGUE). Può affermarsi, quindi, che, ferma restando l’obbligatorietà del controllo sul primo classificato da effettuarsi prima dell’aggiudicazione dell’appalto, nelle precedenti fasi della procedura, le stazioni appaltanti sono tenute a verificare i requisiti generali e speciali, anche ai sensi dell’art.83, comma 8, del Codice, sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando. Le stazioni appaltanti possono procedere al controllo della veridicità e sostanza di tali autodichiarazioni anche a campione e in tutti i casi in cui ciò si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, ivi compresa l’ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse.*

provvedimento definitivo che disponga l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione (art. 108, comma 2)⁴⁶⁴.

Il mal coordinato quadro normativo non sembra pienamente rispondente alle più attente indicazioni che provenivano dalla legge delega che all'art. 1, della l. n. 11 del 2016, al criterio *bbb*) dopo aver demandato al Legislatore delegato l'introduzione di un rito immediato per la risoluzione delle controversie sui «*provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione*», attribuendo anche alle ammissioni natura provvedimento, stabiliva non solo l'introduzione di una *preclusione processuale* alla contestazione degli stessi requisiti in sede di impugnazione «*dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva*», ma anche di tipo procedimentale volta ad impedire la contestazione degli stessi requisiti «*nel successivo svolgimento della procedura di gara*»⁴⁶⁵.

Si evince che nell'ottica del Legislatore delegante, il Codice avrebbe dovuto prevedere, parallelamente all'introduzione del “mini-rito”, un sistema di preclusioni all'interno della procedura di gara finalizzato a limitare la possibilità non solo dei concorrenti, ma anche della stessa stazione appaltante, di mettere in discussione, successivamente alla loro adozione le esclusioni e le ammissioni alla gara.

Per non porsi in contrasto con le direttive, il Legislatore delegato avrebbe pertanto dovuto specificatamente conformare la fase istruttoria della gara alla specificità del “mini-rito” facendo salva la rilevabilità, in ogni momento della gara, delle specifiche cause di esclusione derivante dai reati presi in considerazione dalle direttive (art. 57 par. 5, direttiva 24), anche successivamente alla stipula del contratto (art. 73, lett. b, direttiva 24).

Va osservato che, in assenza di una modifica legislativa, un'interpretazione dell'art. 29 comma 1, secondo alinea, che riferisce la “verifica” richiamata dalla suddetta disposizione anche alle verifiche successive o alla *comprova* finirebbe, tuttavia, per svuotare completamente il criterio posto dalla legge delega (art. 1, comma 1, lett. *bbb*, l.n. 11 del 2016, che descrive il nuovo

⁴⁶⁴ Sui profili temporali legati al termine ragionevole si v. N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in www.federalismi.it; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimento di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶⁵ Si riporta il testo del suddetto criterio di delega «*revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 119 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva*».

(mini-)rito come funzionale ad una “immediata” risoluzione del contenzioso sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione), mal conciliandosi, sul piano strettamente letterale, con lo stesso art. 120 che al comma 2-*bis*, che, proprio in attuazione del suddetto criterio di delega, stabilisce una preclusione processuale alla contestazione, per illegittimità derivata, dei «*successivi*» atti della gara lasciando evidentemente intendere che detta “valutazione” (*recte* “verifica”) si esaurisca in un riscontro estrinseco e formale sulle dichiarazioni, di regola, precedente alla disamina delle offerte.

Sembra aderire a tale impostazione anche la giurisprudenza amministrativa che ha negato l’esistenza di un obbligo per la stazione appaltante di compiere una “verifica” sul possesso dei requisiti (intesa quale “comprova”) al momento dell’individuazione degli ammessi/esclusi ai sensi dell’art. 29, comma 1, secondo alinea del Codice⁴⁶⁶. Il Collegio ricava tale conclusione dall’esigenza, sottesa agli artt. 85 e 86 del Codice dei contratti, a loro volta riproductivi delle citate disposizioni della direttiva 24, di «*semplificare le procedure di gara che risulterebbero appesantite dalla ulteriore sub fase di verifica dei requisiti, che il legislatore comunitario si preoccupa di far ritenere assolti non soltanto da autodichiarazioni o autocertificazioni quanto piuttosto dal DGUE, come peraltro dimostra il comma 1 dell’art. 60 della Direttiva che non consente alle Amministrazioni di esigere mezzi di prova diversi da quelli dalla stessa norma previsti, confluito precisamente nell’art. 86, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016*».

Se la premessa appare perfettamente rispondente con il richiamato dato normativo, non sembrano altrettanto (condivisibili e) compatibili con la disciplina del “mini-rito” oltre che con il principio di effettività della tutela e con il diritto di difesa, le conclusioni cui giunge la stessa giurisprudenza nel dichiarare l’inammissibilità del ricorso per la mancata dimostrazione dell’interesse a ricorrere contro le ammissioni di “tutti” gli altri concorrenti. Basandosi sull’assenza di un obbligo normativo espresso di compiere le verifiche sugli ammessi alla gara (essendo tale controllo imposto solo sull’aggiudicatario), il Collegio ha ritenuto “indimostrata” l’impossibilità (lamentata dal ricorrente, a cui da quanto è dato apprendere dal testo della sentenza era stato peraltro negato anche l’accesso ai documenti) di proporre un “congruo” ricorso *ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.* contro l’ammissione alla gara degli altri concorrenti.

⁴⁶⁶ TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 8 agosto 2017, n. 9270. A fronte del diniego all’accesso ai documenti di gara (tempestivamente impugnato) e della ritenuta legittima mancata verifica sui requisiti appare evidentemente inesigibile lo sforzo richiesto dal TAR a pena di ammissibilità del ricorso di dimostrare “*la lesione concreta ed attuale della posizione soggettiva di cui il concorrente sia titolare e cioè la legittimazione a ricorrere*” che a detta del Collegio “*nel caso in esame, rimane affidata ad una ipotetica discrasia nelle valutazioni dei requisiti di ammissione di tutti – si badi bene – tutti i concorrenti avversari dell’interessata, come emerge dalla richiesta di accesso ai documenti*”.

2.5. (SEGUE) L'INCOMPATIBILITÀ LOGICA TRA IL “MINI-RITO” E LE DIVERSE TIPOLOGIE DI PROCEDURA DI GARA

Il nuovo modello di contenzioso “a duplice sequenza”⁴⁶⁷ sembra inoltre difficilmente compatibile con le tipologie di procedura di gara previste dal Codice, che non consentono di tracciare una separazione “netta” tra le fasi né di prevederne in astratto la tempistica⁴⁶⁸, o in cui la valutazione circa la sussistenza dei requisiti (i.e. l’apertura della busta A) sia posposta rispetto all’esame delle offerte.

Anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato nel Parere sullo *schema* del decreto “correttivo” aveva infatti suggerito di escludere l’applicabilità del “mini-rito” per le procedure di gara che: (i) si svolgono informaticamente; (ii) sono aggiudicate secondo con il criterio del prezzo più basso; (iii) sono qualificate come “d’urgenza” dagli artt. 63, 125, 163.

La Commissione aveva inoltre suggerito al Governo di precisare se il comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a. possa applicarsi alle controversie relative a procedure caratterizzate da una previa preselezione, evidenziando peraltro che il suddetto rito non sembra «*logicamente applicabile*» nelle procedure aperte in cui la stazione appaltante si avvalga della facoltà di posporre la valutazione dei requisiti dei concorrenti rispetto all’esame delle offerte.

Costituisce un esempio dell’*incompatibilità logica* evidenziata dalla Commissione speciale, l’art. 133 del Codice, che, riprendendo quanto previsto dall’art. 76, par. 7 della direttiva n. 25 (ma analoga previsione è presente anche per i settori ordinari all’art. 56, par. 2 della direttiva n. 24⁴⁶⁹), consente agli enti, nelle procedure aperte per l’affidamento degli appalti relativi ai settori speciali, di «*decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell’idoneità degli offerenti*», configurando quindi la verifica preventiva di tale idoneità come una fase che normalmente segue la valutazione delle offerte.

Il “correttivo” non ha tuttavia chiarito i suddetti aspetti cosicché il regime processuale applicabile alle controversie relative alle suddette procedure rimane nella discrezionalità della stazione appaltante ponendosi, sotto tale profilo, in contrasto con i principi regolatori del processo amministrativo che, come chiarito dall’Adunanza Plenaria n. 32/2012⁴⁷⁰, non ammettono una discrezionalità delle parti nella scelta del modello processuale (speciale) di volta in volta applicabile.

⁴⁶⁷ G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso*, op. cit., passim.

⁴⁶⁸ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., 18.

⁴⁶⁹ Sebbene l’art. 45 dello *schema* di decreto correttivo (su cui cfr. S. ABRATE, G.A. GIUFFRÈ, A. TRANQUILLI, *Il Codice sta per compiere un anno*, in *lamministrativista.it*), avesse introdotto la suddetta procedura semplificata anche per i settori ordinari, innestando un nuovo comma 2-*bis* nell’art. 94 del Codice, la modifica non ha poi trovato conferma nella versione definitiva del d.lgs. n. 56 del 2017

⁴⁷⁰ Si v. *supra* il paragrafo 3.1.

SECONDA PARTE – INQUADRAMENTO TEORICO

3. LA DIFFERENZIAZIONE (DELLA TUTELA) TRAMITE L'ACCELERAZIONE DEL PROCESSO

Il nuovo Codice in una prospettiva *ultra acceleratoria*, ha, come visto, ulteriormente differenziato per le impugnazioni delle ammissioni/esclusioni la già speciale disciplina processuale per le controversie nel settore dei contratti pubblici.

Il fenomeno non è affatto nuovo. Alle successive (e innumerevoli) riforme sulla disciplina sostanziale dei contratti pubblici che si sono rapidamente susseguite negli ultimi anni⁴⁷¹, si è infatti parallelamente affiancata una sempre maggiore differenziazione della tutela giurisdizionale nello stesso settore⁴⁷².

Prima dell'esplosiva gemmazione dei riti speciali nel processo amministrativo Mario Nigro sottolineava che «*la giustizia amministrativa è certamente il mondo delle tutele differenziate*» e, in una prospettiva *de iure condendo*, evidenziava la necessità di adeguare il processo amministrativo «*alle molteplici e differenziate forme in cui il potere amministrativo opera nella società moderna*» per «*fronteggiare vittoriosamente gli eccessi del potere*

⁴⁷¹ Per una ricostruzione dell'evoluzione del sistema processuale nel settore dei contratti pubblici dalla Legge Merloni fino alle disposizioni processuali introdotte dalla L. n. 205 del 2000, successivamente richiamate dal Codice dei contratti del 2006, si v. R. DE NICTOLIS, *Il rito processuale*, in Trattato sui contratti pubblici, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Vol. VI, Giuffrè, 2008, 3936 e ss.. Sulla normativa di recepimento contenuta nel d.lgs. n. 53 del 2010 si v. M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del codice de lise)*, in *Foro amm. TAR*, 2006,10, 3375, ID., *Diritto europeo e processo amministrativo*, Relazione al II° Seminario franco-italiano di diritto amministrativo, svoltosi a Parigi il 12 e 13 ottobre 2007, in www.federalismi.it; ID., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, Relazione al Convegno su “La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio”, svoltosi a Roma, Palazzo Spada, il 20 maggio 2008, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *La fase cautelare*, in *dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1130; M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, in www.federalismi.it, 2010; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1067 ss.. Sulla trasposizione della suddetta normativa nel codice del processo amministrativo si v., M. A. SANDULLI, *Premesse al codice: fonti e principi. i principi costituzionali e comunitari*, in Il nuovo processo amministrativo, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2013, Vol. 1, 2 ss; M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?* in www.federalismi.it, 14 ottobre 2010; ID., *Dal recepimento della direttiva ricorsi al c.p.a. Le sanzioni alternative alla inefficacia del contratto*, in *Libro dell'anno*, Treccani, 2012; G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa : atti del Convegno, 20 maggio 2011*, Università degli studi di Milano, Milano, Giuffrè, 2012; F. SAITTA (a cura di), *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, Atti del convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011, Milano, Giuffrè 2013; F. ASTONE, *Dalla direttiva ricorsi al codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015; R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷² La suddetta tendenza, comune anche ad altri settori dell'ordinamento, è evidenziata da A. PROTO PISANI, *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*, in *Foro it.*, 2006, V, 85, secondo cui «*si può dire che non vi è stata riforma importante di diritto sostanziale che non abbia indotto il legislatore a sottrarre le relative controversie al rito ordinario prevedendo l'introduzione di riti speciali a cognizione piena*».

amministrativo” con mezzi che garantiscano “una puntuale e totale corrispondenza tra azione amministrativa e reazione giurisdizionale”⁴⁷³.

In quest’ottica la tecnica della differenziazione del rito si pone in sintonia con l’obiettivo di garantire la tutela giurisdizionale più adeguata e (dunque, in ipotesi, più) effettiva.

La tecnica scelta per la differenziazione della tutela nel settore dei contratti pubblici, sin dalla Legge Merloni, non si è stata quella di adottare un modello processuale semplificato (sull’impronta del processo sommario del processo civile⁴⁷⁴), ma un rito *speciale* che, caratterizzato principalmente per la contrazione dei tempi per l’instaurazione e la trattazione della lite dinanzi al giudice amministrativo, rimane a cognizione piena⁴⁷⁵.

La *corsia preferenziale* nei ruoli d’udienza del giudice amministrativo concessa alle controversie sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici ha successivamente trovato una solida base giuridica nel diritto euro-unitario e, in particolare, nel duplice obiettivo perseguito dalle “direttive ricorsi” di evitare che le procedure di gara vengano inutilmente rallentate da un’iniziativa giurisdizionale (nell’ipotesi in cui la stessa si riveli infondata) e permettere alla stazione appaltante, in uno con la previsione di termini di *stand-still*, di

⁴⁷³ M. NIGRO, *Trasformazioni dell’amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1, 4-5. L’A. evidenziava l’insufficienza del livello di differenziazione della tutela nel sistema della giustizia amministrativa inadeguato ad assicurare una tutela «completa ed efficace» ai sensi dell’art. 24 della Costituzione, in relazione alle specificità delle situazioni giuridiche da tutelare. Secondo l’A. la possibilità di intervento del giudice amministrativo, non confinato in una funzione meramente cassatoria, ma inteso come “solutore dei conflitti” e di “disciplinatore dell’azione amministrativa” deve essere valutata “con riferimento alle singole fattispecie, alla disciplina che ne dà la legge ed alla posizione che concretamente per ciascuna di esse fa all’amministrazione nei confronti del privato, oltre che al «bisogno di tutela» specificamente propri di ciascuna fattispecie”.

⁴⁷⁴ Sulla distinzione tra procedimenti speciali a cognizione piena e procedimenti sommari non cautelari nel processo civile si v. A. PROTO PISANI, *Dai riti speciali*, op. cit. Sulla semplificazione dei riti nel processo civile la dottrina è sterminata, senza pretesa di esaustività, si v. C. PUNZI, *Il processo sommario*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Vol. III, *I procedimenti speciali e l’arbitrato*, 2010, 3 ss.; A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, in *Foro it.*, 2007, V, 241; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, II. ed., Torino, 2012, 249 ss ss.; A. CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione*, in Treccani, diritto online, 2012; Id., *Processo sommario* (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, 877 ss.; F. P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1568 ss.; F.P., *Diritto processuale civile*, VI ed., IV, 114 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XXI ed., a cura di A. CARRATTA, IV, Torino, 2011, 361 ss..

⁴⁷⁵ A. TRAVI, *I termini*, op. ult. cit., evidenzia che la contrazione dei tempi processuali è in realtà l’unico elemento specializzante del rito sui contratti pubblici. Secondo G. CORSO, *Il rito abbreviato*, in *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo*, in F. SAITTA (a cura di), *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, Atti del convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011, Milano, Giuffrè 2013, 58, gli elementi di distinzione del rito speciale, come del rito abbreviato, sono tre e riguardano il dimezzamento dei termini processuali, il rapporto tra il giudizio cautelare e giudizio di merito, la scissione tra dispositivo e sentenza. Riferendosi alla relazione illustrativa del d.lgs. n. 53/2010 (che ha trasposto la direttiva 2007/66/CE) e ai lavori preparatori M. LIPARI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e gli effetti sul contratto: i poteri del giudice*, in *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo*, op. cit., 63, evidenzia la presenza nella disciplina speciale di «un singolare rilievo dell’interesse pubblico che invece risulta assente nel disegno generale del codice».

correggere (nell'ipotesi in cui il ricorso sia invece fondato) l'accertata violazione prima della stipula del contratto⁴⁷⁶.

La tutela differenziata deve quindi in primo luogo confrontarsi con il principio di ragionevolezza in base al quale i limiti temporali dell'azione devono essere formulati in ragione delle caratteristiche particolari di un dato procedimento e della configurazione specifica della situazione sostanziale che si intende tutelare in giudizio

Tale scelta, in base alla riserva di legge posta dall'art. 111, primo comma, Cost., spetta (solo) al legislatore ordinario.

Come evidenzia autorevole dottrina, il diritto ad agire in giudizio per tutela dei propri diritti e interessi legittimi, non è tutelato in maniera "illimitata", sicché disciplinandolo, il legislatore ha la facoltà di stabilire l'osservanza di un termine come particolare presupposto processuale e di subordinare al suo rispetto la procedibilità dell'azione. Una limitazione temporale, anzi, può essere necessaria per garantire la certezza dei rapporti giuridici o per assicurare un ordinato svolgimento del giudizio, rafforzando la protezione giudiziaria del singolo.

L'estrema contrazione dei termini per l'esercizio dell'azione giurisdizionale rischia infatti di rendere il suo esercizio eccessivamente difficoltoso o gravoso, svalutando lo stesso diritto di azione in una garanzia puramente formale di accesso al giudice.

La parametrizzazione e valutazione della tempestività dell'azione giurisdizionale, intesa come reazione rispetto alla violazione subita rimane, dunque, nella sfera esclusiva del legislatore che ha il compito di cercare (e infondere nel processo) un equilibrio tra gli obiettivi di celerità (che, specialmente nel settore della contrattualistica pubblica, impongono la "pronta definizione" delle controversie e non tollerano indugi nella proposizione dell'azione giurisdizionale) e la garanzia dell'effettività del pieno esercizio del diritto di azione.

In quest'ottica il binomio accelerazione-effettività non è conflittuale, ma mira ad una convergenza degli interessi coinvolti.

L'accelerazione della tutela ha successivamente trovato una copertura anche nella costituzionalizzazione della ragionevole durata del processo nel secondo comma dell'art. 111, da cui la giurisprudenza ha ricavato «una regola per un'interpretazione delle singole norme di rito finalizzata alla celerità del giudizio»⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ S. ARROWSMITH, R. CRAVEN, *Public Procurement and Access to Justice: A legal and Empirical Study of the UK System*, in *public procurement law journal*, 2016, 6, 233 dove si evidenzia che se la sospensione dell'aggiudicazione produce l'effetto di bloccare la procedura per un considerevole lasso di tempo ciò induce inevitabilmente ad una maggiore riluttanza del giudice nella concessione delle misure cautelari.

⁴⁷⁷ G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *www.aic.it*, 2012.

Interessa qui evidenziare quella che la dottrina ha definito la componente *oggettiva* della ragionevole durata ossia l'interesse dello Stato (e dell'intero ordinamento giuridico), a che il processo non sia inutile, dispendioso e improduttivo. Tale concezione, è stato evidenziato, non accoglie un'accezione della celerità di stampo esclusivamente economico, ma la elegge a *“condizione indefettibile perché i diritti fondamentali alla cui tutela è preposta la disciplina sostanziale possano dirsi effettivamente salvaguardati dall'ordinamento giuridico e non abbandonati alla violazione senza alcuna pronta e adeguata reazione da parte di questo”*⁴⁷⁸.

Come è stato evidenziato dalla stessa attenta dottrina è la stessa conformazione del principio della ragionevole durata del processo ne rivela tuttavia i limiti laddove lo inserisce come un obiettivo isolato senza prendere in considerazione gli elementi *“dell'organizzazione e della prassi”* della macchina giudiziaria.

Per conseguire risultati efficaci l'accelerazione del processo dovrebbe infatti essere sorretta da idonee strutture organizzative⁴⁷⁹, sicché in assenza delle stesse, la proliferazione dei riti accelerati determina una inevitabile decelerazione anche degli stessi processi cui era stata assegnata una corsia preferenziale⁴⁸⁰.

L'inclemente falcidia dei tempi di reazione nei confronti delle illegittimità commesse dall'Amministrazione (sperimentata anche in campo sostanziale⁴⁸¹), non è priva di

⁴⁷⁸ G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, 2013, 208.

⁴⁷⁹ G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti di lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, 19.

⁴⁸⁰ M. LUCIANI, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta*, Relazione al Convegno *“La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi”*. Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19 – 20 maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, 12, secondo cui *“La proliferazione di tali riti non aumenta necessariamente il tasso di efficienza del sistema delle tutele, non solo perché l'accelerazione di una controversia implica il rallentamento di un'altra, ma anche perché se le procedure accelerate sono troppe anche l'accelerazione finisce per non funzionare più, a fronte di risorse (umane e materiali) che restano cronicamente limitate”*. G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 3, 834, dove si sottolinea che in assenza di un'adeguata organizzazione i termini, seppur astrattamente accelerati, sono di fatto *“semplicemente ordinatori”*. Per analoghe considerazioni sul processo civile si v. R. CAPONI, *La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza delle adeguate risorse*, in *Giuda al diritto*, 2012, 9 ss. Analoghe considerazioni sono state svolte in relazione all'intera disciplina del processo amministrativo all'indomani della legge delega P. M. SAVASTA, *La riforma del processo amministrativo tra efficienza ed innovazione*, Relazione al Seminario di Studi *“Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici”* – Roma 9.2.2010 – Palazzo Marini, in www.giustizia-amministrativa.it, dove si evidenzia che *“(…) prevedere un processo efficiente ed equilibrato non è sufficiente per raggiungere il risultato prefissato se a servizio dell'opera di ingegneria processuale non viene posta una struttura adeguata e competente, dotata di solida organizzazione e di sistemi di controllo dell'efficienza”*.

⁴⁸¹ La spiccata preferenza accordata al suddetto settore, nell'ottica del Legislatore, trova giustificazione sulla base dell'assunto che solo la rapida realizzazione delle opere pubbliche può consentire la ripresa dell'economia e la definitiva uscita dalla crisi economica. La tendenza ormai frequente del Legislatore a fronteggiare fondamentali problematiche con interventi concentrati pressoché unicamente sulla riduzione dei tempi di reazione dell'ordinamento giuridico è peraltro un fenomeno che non riguarda solo la legislazione della materia processuale nel settore dei contratti pubblici, ma investe, più in generale, anche altri settori dell'attività amministrativa, si pensi ad esempio al modello procedimentale acceleratorio-sostitutivo introdotto dal d.P.R. n. 194/2016 (sul potere sostitutivo del Presidente del Consiglio dei Ministri) in attuazione dell'art. 4 della cd. *“Legge Madia”* (l. n.

controindicazioni rispetto allo stesso obiettivo della ragionevole durata, giacché, finisce inevitabilmente (viste le invariate risorse della giustizia) per rallentare la calendarizzazione delle controversie nei settori diversi da quello dei contratti pubblici⁴⁸².

Gli interventi del Legislatore nel processo amministrativo in materia di contratti pubblici degli ultimi anni, non sono riconducibili ad un consapevole e unitario disegno di riforma, ma dettati dalla logica del contingente e spinti da una continua ricerca del più efficace rimedio deflattivo⁴⁸³.

La deflazione del contenzioso è, d'altra parte un'esigenza presente nell'elaborazione del diritto dell'Unione Europea, tanto che la Corte di Giustizia UE ha affermato che non solo tra le finalità di *interesse generale* riconosciute dall'Unione (e che giustificano ai sensi dell'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, limitazioni ai diritti garantiti dalla stessa Carta) rientra la «*lotta all'esercizio pretestuoso dei mezzi di ricorso*», ma che quest'ultima costituisce «*una finalità legittima che concorre non soltanto alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle direttive 89/665 e 92/13, ma anche, più in generale, alla buona amministrazione della giustizia*»⁴⁸⁴.

La crescente introduzione di ostacoli alla tutela giurisdizionale in uno con l'accelerazione del rito hanno provocato l'emersione di una tensione massima del binomio celerità-effettività concependo il loro rapporto come una sorta di «*trade off tra garanzie vs. efficienza*»⁴⁸⁵.

124/2015), su cui si v. A. G. PIETROSANTI, *Sul potere sostitutivo previsto dal d.P.R. 12 settembre 2016, n. 194 a favore del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 29 ss.

⁴⁸² M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 12, dove si evidenziava significativamente che moltiplicare le ipotesi di rito accelerato, auspicabile solo in presenza di «*specialissime esigenze della materia*» significa «*mortificare il processo amministrativo ordinario ed eliminare lo stimolo alla riforma generale di esso anche nel senso di accelerarne i tempi di svolgimento*»; A. TRAVI, *op. e loc. ult. cit.*, La scelta di conferire una via preferenziale presuppone infatti una previa valutazione comparativa degli interessi protetti da parte Legislatore: è infatti indubbio che negli stessi «*altri settori*» non coperti da una tutela «*speciale*» (*rectius* accelerata) le situazioni giuridiche vedano limitata la loro tutela, sul punto si v. G. CORSO, *Il rito abbreviato, op. cit.*, 60.

⁴⁸³ La dottrina processualista in relazione alle preoccupazioni di ordine economico che inducono il Legislatore a «*manovre di contenimento della domanda di giustizia*» con riforme a costo «*zero*» parla significativamente di vero e proprio «*incubo*» del contingente, G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 3, 508-509, dove l'A. sottolinea criticamente che «*qualsiasi riforma che riguardi le norme processuali e che non sia preceduta da una radicale modificazione della nostra organizzazione (penso, in primo luogo, alla revisione delle circoscrizioni giudiziarie e al contenimento del numero degli avvocati, ma non solo) sortirà effetti assai scarsi*».

⁴⁸⁴ CGUE, sez. III, 15 settembre 2016, in C-439/14 e C-488/14, «*SC Star Storage SA*», in www.lamministrativista.it. La Corte ha così sancito che non osta con il diritto UE e, in particolare con le direttive ricorsi, il fatto che per accedere al ricorso un operatore debba versare un requisito finanziario quale «*garanzia di buona condotta*» (nella specie imposta dal diritto nazionale di uno degli Stati membri), essendo, «*una misura in grado di dissuadere la presentazione di ricorsi pretestuosi e di garantire ai singoli, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, la trattazione dei loro ricorsi nel più breve termine possibile, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta*».

⁴⁸⁵ G. Sorrenti, *op. cit.*,

Nella concezione del diritto euro-unitario la rapidità del ricorso non implica tuttavia l'abbandono delle garanzie a favore delle parti, ma al contrario, ne presuppone il rafforzamento.

Sembra infatti indubitabile, stante i dichiarati obiettivi delle direttive ricorsi, che il diritto euro-unitario, pur consentendo agli Stati membri di innalzare, nei limiti evidenziati dalla stessa Corte UE, barriere (di tipo economico) all'accesso alla giustizia, consideri l'esperimento di mezzi di ricorso rapidi e efficaci contro le violazioni commesse dalle stazioni appaltanti uno strumento imprescindibile per garantire la sua effettività (sicché si afferma che «*se le imprese non avviano la procedura di ricorso, ne deriva l'impossibilità di ovviare a determinate infrazioni a meno di istituire un meccanismo specifico*⁴⁸⁶»).

Nel perseguire gli obiettivi della libera circolazione e del mercato unico, le “direttive ricorsi” mirano, del resto, a fornire alle imprese strumenti di ricorso affinché non siano *scoraggiate* dal presentare offerte a causa della mancanza di adeguate misure di tutela⁴⁸⁷.

In tale prospettiva, le direttive ricorsi hanno imposto agli Stati membri di implementare le garanzie giurisdizionali o paragiurisdizionali interne per permettere l'accesso alle procedure di ricorso «*perlomeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione presunta*», fornendo, come più volte sottolineato dalla Corte UE⁴⁸⁸, uno *standard* minimo di tutela che gli Stati membri rimangono liberi di incrementare e, demandando alla Commissione il controllo periodico dello stato di attuazione delle normative nazionali rispetto ai suddetti obiettivi oltre che l'adeguatezza e l'opportunità di revisione delle stesse direttive⁴⁸⁹.

Assolvendo quest'ultimo compito, la Commissione ha recentemente pubblicato uno studio sull'impatto delle direttive ricorsi negli Stati membri⁴⁹⁰ in cui dopo aver escluso la necessità di

⁴⁸⁶ proseguendo che «*è pertanto necessario che la Commissione, qualora ritenga che sia stata commessa una violazione chiara ed evidente nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, intervenga presso le autorità competente dello Stato membro e delle autorità aggiudicatrici interessate perché siano presi gli opportuni provvedimenti per ottenere la rapida correzione di qualsiasi violazione denunciata*» tradotto poi nell'art. 3 della direttiva n. 665.

⁴⁸⁷ Conclusioni dell'Avv. generale Bobek nella causa “Marina del Mediterraneo”.

⁴⁸⁸ Sul punto cfr. CGUE, Sez. VI, 4 ottobre 2007, in c-492/06, “Consorzio Elisoccorso San Raffaele”, pt. 27, richiamata da M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*. relazione al ii° seminario franco-italiano di diritto amministrativo, Parigi, 12 e 13 ottobre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it. per precisare che «*l'ordinamento comunitario può costituire infatti un vincolo per un limite minimo di tutela, ma non può ovviamente ostare ad un ampliamento della sfera di azione da parte degli ordinamenti interni*».

⁴⁸⁹ Le direttive sulle procedure di ricorso prevedono infatti che la Commissione vigili sulla loro trasposizione da parte degli Stati membri e riferisca al Parlamento europeo e al Consiglio.

⁴⁹⁰ L'intenzione di non effettuare ulteriori incursioni nel campo delle procedure di ricorso degli Stati membri viene annunciata in una recente relazione della Commissione UE presentata lo scorso 28 gennaio al Parlamento europeo e al Consiglio, concernente il monitoraggio dell'efficacia delle predette direttive in ordine al raggiungimento degli

un nuovo intervento normativo nella materia procedurale a livello dell'Unione Europea, ha evidenziato che i persistenti «*problemi individuati hanno origine nella legislazione nazionale al di là delle direttive sulle procedure di ricorso o nelle prassi nazionali e non nelle direttive stesse*»⁴⁹¹, lasciando così intendere che sia compito degli Stati membri nell'esercizio della loro autonomia processuale adoperarsi per superare le criticità esistenti⁴⁹².

3. ACCELERAZIONE E CONCENTRAZIONE DELLA TUTELA E CERTEZZA SUI TITOLI DI GARA

L'obiettivo di speditezza della tutela giurisdizionale, fortemente rafforzato dal nuovo modello *super speciale* plasma anche il modello del rito speciale di cui all'art. 120, comma 6

obiettivi dalle stesse perseguiti. Cfr. la relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio “*concernente l'efficacia della direttiva 89/665/cee e della direttiva 92/13/cee, come modificate dalla direttiva 2007/66/ce, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*”, COM (2017) 28 Final, pubblicata il 28 gennaio 2017, in *eur-lex.europa.eu*. Le stesse direttive sulle procedure di ricorso prevedono infatti che la Commissione vigili sulla loro trasposizione da parte degli Stati membri e riferisca al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alla loro efficacia. La Commissione, dopo aver descritto i risultati di un sistema tendenzialmente armonizzato, dove gli Stati membri, seppur con le differenze imposte dalle rispettive tradizioni giuridiche processuali, hanno ormai completamente assorbito i pochi, ma essenziali contenuti delle direttive ricorsi, ha evidenziato l'inesistenza di «*necessità urgenti o rilevanti di modificare le direttive sulle procedure di ricorso*» sicché «*in questa fase si è deciso di mantenerle nella loro forma attuale senza apportare ulteriori modifiche*». Tra i pochi elementi di criticità rilevati emerge principalmente la questione dell'interazione tra le direttive sulle procedure di ricorso e il nuovo “pacchetto” di direttive sostanziali del 2014, in relazione alle quali la stessa Commissione si impegna a diffondere specifici orientamenti volti a chiarirne la portata. Se, dunque, per la Commissione non è attualmente necessario un ulteriore intervento legislativo a livello dell'Unione sul fronte procedurale ciò non significa che “le Istituzioni ignorino la perdurante presenza, negli ordinamenti degli Stati membri, di problemi nelle procedure di ricorso contro le decisioni assunte dalle Amministrazioni nazionali nella materia di contratti pubblici”.

⁴⁹¹ La difficoltà di scindere i “problemi processuali” derivanti dalle singole tradizioni giuridiche rispetto a quelli derivanti dall'applicazione delle direttive ricorsi veniva già evidenziato nel punto 6 del “Documento di lavoro” alla suddetta Relazione della Commissione, laddove si poneva in luce che: «*One of the major challenges in the context of the present evaluation is therefore to distinguish the outcomes directly associated with the Remedies Directives from those that stem from national implementing measures and national approaches to enforcement*», cfr. “Commission staff working document evaluation of the modifications introduced by directive 2007/66/EC to directives 89/665/EEC and 92/13/EEC concerning the european framework for remedies in the area of public procurement/ refit evaluation”, (SWD/2017/013 final), in *eur-lex.europa.eu*

⁴⁹² L'assenza della necessità di un nuovo intervento non consentirebbe ad un eventuale nuova direttiva di trovare (nuovamente) la propria base giuridica nel principio di sussidiarietà ai sensi dell'art. 5, par. 3 del TUE. Nella Proposta di direttiva n. 66 (cfr. «*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*», COM/2006/0195 def.) la Commissione individuava la base giuridica dell'intervento normativo nel principio di sussidiarietà in quanto gli «*obiettivi della proposta non possono essere realizzati in maniera soddisfacente con l'azione degli Stati membri*» evidenziando significativamente che «*nonostante gli sviluppi della giurisprudenza a partire dal 1999 e i successivi interventi di alcuni Stati membri, soprattutto a seguito delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione, gli Stati membri continuano a presentare notevoli differenze per quanto riguarda l'efficacia dei ricorsi nel settore degli appalti pubblici. L'assenza di garanzia di ricorsi efficaci non incoraggia inoltre le imprese comunitarie a presentare offerte al di fuori del paese d'origine. L'esperienza degli ultimi anni indica che gli interventi isolati e disparati di alcuni Stati membri non potranno eliminare tale incertezza del diritto*». La direttiva 66, sulla base del principio di sussidiarietà mira infatti a “rafforzare”, intervenendo a loro sostegno, gli strumenti di ricorso predisposti dagli Stati membri, ritenuti inefficaci rispetto agli obiettivi dell'armonizzazione e, a tal fine, modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali. Sul tema si v. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, op. cit., 119.

improntandolo non solo alla celerità, ma anche alla “concentrazione” della tutela e, in particolare, del vaglio giurisdizionale sulla legittimità dei “titoli di gara”⁴⁹³.

Segnatamente, si fonda sul principio di “concentrazione” l’orientamento giurisprudenziale che ha ammesso l’istituto del cd. “*soccorso istruttorio processuale*” per mezzo del quale il giudice amministrativo può verificare direttamente nel corso di giudizio, a seguito della richiesta della parte interessata, la sussistenza del requisito contestato come mancante, a condizione che sia supportata da idonee allegazioni e si tratti di un accertamento che non implichi valutazioni di tipo discrezionale⁴⁹⁴.

Alcune pronunce del giudice amministrativo hanno affermato, con riferimento a controversie soggette *ratione temporis* alla disciplina del Codice dei contratti del 2006, che sussiste in capo alle parti del giudizio (ricorrenti e controinteressati) un onere di immediata contestazione della sussistenza di cause esclusione e/o della mancanza dei requisiti speciali degli altri concorrenti della gara, parti dello stesso giudizio.

In mancanza di tale immediata contestazione la stessa giurisprudenza ha affermato che al giudice amministrativo è preclusa, in eventuali successivi giudizi, la cognizione dei suddetti motivi di esclusione.

Nel dettaglio, secondo un orientamento giurisprudenziale, la particolare concentrazione del rito speciale in materia di contratti pubblici onera la controinteressata di dedurre tempestivamente, tramite eccezione o ricorso incidentale, tutte le ragioni ostative all’aggiudicazione della gara in capo all’impresa ricorrente principale, sia sotto il profilo dei requisiti generali e speciali che sotto quello della regolarità dell’offerta, essendo condizioni che attengono alla legittimazione al ricorso e che, se non dedotte, vengono coperte dal giudicato⁴⁹⁵.

⁴⁹³ In base alla legge delega al Codice l’intero processo amministrativo è regolato dal principio di “concentrazione” della tutela associata dalla stessa legge al concetto di “snellezza” e al principio “effettività” finalizzati a garantire la ragionevole durata del processo.

⁴⁹⁴ Cons. St., sez. III, 2 marzo, nn. 975-976; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 4 maggio 2017, n. 1001; Id., Toscana, sez. II, 24 luglio 2017, n. 983, in www.lamministrativista.it.

⁴⁹⁵ Il principio affermato da TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 19 aprile 2017, n. 4692, in www.lamministrativista.it, deve essere inquadrato all’interno del complessivo contenzioso in cui la controversia si inseriva. In un precedente giudizio, incardinato dalla seconda classificata, l’impresa aggiudicataria si era limitata a difendere la propria posizione, senza eccepire l’esistenza di vizi relativi ai requisiti soggettivi e all’offerta della ricorrente principale. All’esito del giudizio, il TAR aveva annullato l’aggiudicazione provocando una regressione del procedimento ad una fase intermedia della gara (verifica dell’anomalia). Avverso tale pronuncia l’impresa – originariamente dichiarata aggiudicataria – aveva proposto appello, ma nelle more della decisione la stazione appaltante aveva aggiudicato l’appalto all’impresa risultata vittoriosa nel giudizio. La precedente aggiudicataria, collocatasi al secondo posto nella nuova procedura, impugnava la (nuova) aggiudicazione denunciando l’assenza dei requisiti soggettivi in capo alla nuova aggiudicataria oltre che l’irregolarità della sua offerta. Il TAR dichiara il ricorso inammissibile in quanto le suddette censure, colpendo la “legittimazione a ricorrere” dell’aggiudicataria, avrebbero dovuto essere tempestivamente e “diligentemente” fatte valere nel precedente giudizio, posto che già in quella sede, la ricorrente aveva allegato la documentazione relativa ai propri requisiti e alla propria offerta, con la conseguenza che la questione è ormai “assorbita dal giudicato”. La soluzione, afferma la sentenza, è imposta da “evidenti ragioni di effettività della tutela”, che impongono ad ogni concorrente che faccia valere in giudizio il

In difetto della suddetta immediata contestazione, aggiunge la stessa giurisprudenza, le censure proposte in un successivo e diverso giudizio, riguardante la stessa procedura di gara, dirette a far valere la mancanza dei requisiti di partecipazione dell'impresa (originariamente) aggiudicataria (seppur formalmente dirette contro un nuovo e diverso provvedimento di aggiudicazione) sono inammissibili.

Un altro indirizzo giurisprudenziale più risalente,⁴⁹⁶ ha affermato che a seguito della parziale rinnovazione della gara, il ricorso proposto dalla seconda classificata (che prima della suddetta rinnovazione era aggiudicataria) contro l'aggiudicazione (dell'originaria ricorrente principale) è tardivo in quanto i «*principi di concentrazione e di economia processuale*» imponevano al controinteressato, la cui partecipazione alla gara era stata censurata dalla seconda classificata con apposito ricorso principale, di denunciare immediatamente, senza attendere l'esito del giudizio avverso l'aggiudicazione disposta in suo favore, l'illegittima partecipazione della stessa ricorrente. A differenza dell'orientamento precedentemente richiamato quest'ultima soluzione non fonda la preclusione all'esame dei motivi escludenti, in ragione della formazione di un giudicato sulla questione della legittimazione a ricorrere, ma unicamente sulle esigenze di concentrazione e accelerazione del giudizio.

L'influenza spiegata dal modello "super-accelerato" si coglie laddove una recente pronuncia che ha applicato questo secondo orientamento ha affermato che nell'originario giudizio, il ricorrente avrebbe potuto censurare l'ammissione del ricorrente principale non solo tramite ricorso incidentale, ma anche «*mediante autonoma e tempestiva impugnazione*»⁴⁹⁷ dell'altrui ammissione, seppur evidentemente inammissibile nella vigenza del Codice del 2006.

proprio interesse all'aggiudicazione allegando il possesso dei necessari requisiti e presupposti, inclusa la validità dell'offerta, di dedurre, a propria volta, tramite eccezione o ricorso incidentale "*qualsiasi contestazione*" sulla sussistenza dei necessari requisiti e presupposti dichiarati dagli altri concorrenti "*anche se diversa dalle ragioni già espresse dall'atto impugnato, ma comunque avente titolo nel procedimento di gara*". Il Collegio aggiunge che le suddette considerazioni valgono, onde evitare "*una preclusione della pronuncia sull'aggiudicazione*" anche per l'eventuale interesse strumentale alla ripetizione della gara, militando in tal senso sia il più recente orientamento della CGUE sez. VIII, 21 dicembre, 2016, *BTGuCO*, che "*un principio di leale cooperazione tra le parti e l'Amministrazione, dal momento che laddove un'impresa esclusa dalla gara a seguito del giudizio, ne richieda la ripetizione sulla base di ragioni già presenti o comunque percepibili secondo buona fede al momento dell'instaurazione del suddetto giudizio ed in esso non dedotte, si integrerebbe - oltre che la violazione del giudicato nel senso prima esplicitato - anche un evidente abuso del processo*". La sentenza sottolinea infine che l'onere di immediata contestazione in giudizio di eventuali cause di esclusione trova conferma nelle modifiche apportate dal c.d. rito "super-accelerato" la cui *ratio* è proprio quella di orientare il processo amministrativo verso una cognizione "piena" del contenzioso sugli appalti, avendo di mira la compiuta definizione delle diverse questioni proponibili, così da scongiurare il verificarsi di impugnazioni "a cascata" o comunque dilatorie dell'affidamento.

⁴⁹⁶ Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1674, Id., 13 giugno 2012 n. 3467.

⁴⁹⁷ La soluzione del TAR Toscana, sez. I, 2 ottobre 2017, n. 1119, in www.lamministrativista.it, è tuttavia meno rigorosa laddove afferma che l'ammissione dell'originario secondo classificato poteva essere non solo contestata con ricorso incidentale, ma anche "autonomamente impugnata" sicché ha erroneamente affermato che «Neppure è sostenibile, sotto altro e concorrente profilo, che in seno al primo giudizio l'attuale ricorrente non avesse interesse

Si inserisce nella tendenza ad una spiccata valorizzazione dell'accelerazione processuale anche la giurisprudenza amministrativa che afferma l'onere per l'impresa originariamente collocata in posizione non utile nella graduatoria di impugnare immediatamente la posizione dei concorrenti che la precedono senza poter attendere che l'eventuale scorrimento gli conferisca una posizione utile a poter aspirare all'aggiudicazione⁴⁹⁸.

5. IL RICORSO IMMEDIATO CONTRO L'AMMISSIONE ALLA GARA DEGLI ALTRI PARTECIPANTI NELLE DIRETTIVE E NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA "MARINA DEL MEDITERRANEO"

Occorre ora esaminare il suddetto modello processuale alla luce delle indicazioni provenienti dal diritto euro-unitario anche al fine di valutare la compatibilità della sua disciplina con gli *standard* minimi di tutela imposti dalle direttive ricorsi.

Le direttive contratti (2014/ 23-24-25/UE) non costruiscono un modello procedimentale di gara unico né impongono una distinzione tra le diverse fasi della procedura, ma al contrario ammettono una inversione delle fasi, focalizzando la definizione della procedura al momento

a censurare, a sua volta, l'illegittimità dell'ammissione alla gara del concorrente secondo classificato in quanto tale interesse – al quale è strettamente legato il relativo onere di impugnazione – era sorto a seguito del ricorso principale proposto da quest'ultimo».

⁴⁹⁸ TAR Puglia, Bari, sez. III, 24 gennaio 2017, n. 35, in www.lamministrativista.it, dove si precisa che "La ricorrente, risultata inizialmente terza nella graduatoria di gara, avrebbe potuto reagire all'esito sfavorevole della procedura fin dalla determinazione dirigenziale 1° aprile 2014, n. 152 di aggiudicazione definitiva, successivamente annullata in sede giurisdizionale, censurando la posizione della prima e della seconda classifica e facendo valere il suo interesse all'aggiudicazione... (...) La ricorrente, infatti, era in condizione di censurare gli atti riguardanti l'ammissione della controinteressata alla gara fin dalla D. D. 1° aprile 2014, n. 152, con cui era stato originariamente aggiudicato l'appalto. Il tempestivo ricorso avverso tale atto avrebbe consentito alla Trevi s.p.a. di conseguire una utilità immediata, attesa la sussistenza dei vizi relativi alla mancata esclusione della prima classificata Ottoerre, come stabilito in sede giurisdizionale. L'eventuale accoglimento delle censure che, solo con l'odierno ricorso (e dunque tardivamente) sono state rivolte alla mancata esclusione della seconda classificata, divenuta oggi aggiudicataria, se tempestivamente proposte, unitamente a quelle riferiti ai vizi sussistenti in capo ad Ottoerre, avrebbero consentito alla ricorrente di conseguire il bene della vita ambito, che per questo è da ritenersi in rapporto di regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda, che poteva essere proposta avverso la prima aggiudicazione". In termini si v. anche TAR Lazio, sez. III, 28 settembre 2016, n. 9969, laddove si evidenzia che "se si addivenisse alla tesi sostenuta da parte ricorrente, secondo cui occorrerebbe valorizzare l'impossibilità (o il ravvisato difetto di interesse) per il soggetto leso di far valere tutti i vizi presenti nelle proposte, presentate dai concorrenti che lo precedono in graduatoria, si finirebbe per rimettere la decorrenza del termine stesso non ad una data certa, ma all'iniziativa di qualsiasi altro concorrente, da cui discenda una modifica della graduatoria, utile anche per altro soggetto non tempestivamente attivatosi; quanto sopra, in violazione non solo dei ricordati parametri di celerità e certezza, ai quali si ispira la disciplina nazionale e comunitaria in materia di procedure ad evidenza pubblica, ma anche di principi generali consolidati, in tema di inidoneità del sopravvenuto interesse a ricorrere a determinare la riapertura di termini decadenziali già decorsi. Tale conclusione è avvalorata dallo stesso giudice di appello (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 6 giugno 2014, n. 2872), secondo cui "in ogni caso la fase di verifica del possesso dei requisiti può formare oggetto di contestazione solo per vizi propri e non può dar luogo all'emersione di contestazioni che dovevano essere immediatamente fatte valere contro l'atto di aggiudicazione, perché per tali aspetti immediatamente lesivo, secondo quanto al riguardo statuito dall' A.P. n. 31 del 2012".

della “*decisione di aggiudicazione*”⁴⁹⁹.

Anche le direttive ricorsi non prevedono l'immediata impugnabilità della decisione di ammissione né impongono rimedi distinti per le diverse fasi della procedura.

Un'indicazione in tal senso era contenuta nell'art. 1, par. 1 dell'originario *schema* delle direttive ricorsi proposto dalla Commissione (laddove stabiliva che: «*Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari a garantire, a qualsiasi fase della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico (...) ricorsi amministrativi e/o giurisdizionali efficaci (...)*» formulazione espunta in ragione del parere contrario del Parlamento europeo.

La Corte di Giustizia dell'UE, dichiaratamente valorizzando l'esigenza di celerità delle procedure di ricorso sancite dalle direttive ricorsi, ha tuttavia più volte interpretato la definizione di “*decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici*” in senso “ampio”, includendovi tutti gli atti intermedi e “*preparatori*” alla decisione di aggiudicazione e precisando che gli Stati membri *possono* imporre la loro impugnazione nei termini di decadenza stabiliti dai singoli ordinamenti nazionali⁵⁰⁰.

In particolare, nella sentenza “*Stadt Halle*”, la Corte UE pur escludendo che le “direttive ricorsi” individuino un preciso momento della procedura di gara a partire dal quale gli Stati membri devono garantire la possibilità di proporre un ricorso contro le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, ha evidenziato il divieto per gli Stati membri di subordinare la proposizione di un ricorso al fatto che “*la procedura di affidamento abbia formalmente raggiunto un determinato stadio*”⁵⁰¹.

La suddetta questione è stata nuovamente esaminata dalla Corte UE nella sentenza “*Marina del Mediterraneo*”⁵⁰², in cui è stato affrontato nello specifico, il tema del regime di impugnabilità

⁴⁹⁹ Le direttive nn. 23/24/25 del 2014 permettono sia di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza dei motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione, sia di posticipare la valutazione di taluni elementi che sono di norma parte della procedura di selezione dei candidati, quali l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale, al momento dell'aggiudicazione.

⁵⁰⁰ *Ex multis* CGUE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, “*Stand Halle*”, Id., 18 giugno 2002, in C-92/00, HI; Id., 23 gennaio 2003, causa C-57/01, *Makedoniko Metro e Michaniki*, Id., 28 ottobre 1999, in C-81/98, *Alcatel*; Id., 28 gennaio 2010 in C 406/08, *Uniplex (UK) Ltd*, in particolare al pt. 26 quest'ultima sentenza precisa che “*per realizzare l'obiettivo di celerità perseguito da tale direttiva, gli Stati membri possono imporre dei termini per la proposizione di un ricorso al fine di obbligare gli operatori a impugnare in tempi brevi provvedimenti preparatori o decisioni intermedie adottate nell'ambito della procedura di aggiudicazione di un appalto*”.

⁵⁰¹ Cfr. in particolare CGUE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03 “*Standt Halle*”, “*Quanto al momento a partire dal quale è possibile proporre un ricorso, occorre rilevare che esso non sia formalmente previsto dalla direttiva 89/665. Tuttavia, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da tale direttiva di una tutela giurisdizionale efficace e rapida, da ottenersi segnatamente attraverso provvedimenti provvisori, bisogna concludere che l'art. 1, n. 1, della direttiva stessa non autorizza gli Stati membri a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata*”.

⁵⁰² CGUE, sez. IV, 5 aprile 2017, in C-391/15 “*Marina del Mediterraneo*”, in *lamministrativista.it*. Nel 2011, la “*Marina del Mediterraneo SL*” e altri presentavano un ricorso amministrativo avverso la decisione della commissione aggiudicatrice di ammettere alla gara un RTI (unico altro partecipante alla procedura) di cui era

immediata della “*decisione di ammissione*” alla gara adottata (asseritamente) in violazione delle direttive contratti o del diritto nazionale che le trasponga⁵⁰³.

Prima di analizzare la soluzione interpretativa raggiunta in tale pronuncia dalla Corte, occorre tuttavia soffermarsi su alcuni passaggi delle Conclusioni proposte dall’Avvocato Generale Bobek significativamente accolte solo in parte dalla suddetta sentenza.

L’Avvocato Generale aveva diviso le proprie conclusioni in tre parti, esaminando, nel dettaglio la compatibilità con le direttive ricorsi della (i) possibilità di differire la proposizione del ricorso avverso gli “atti preparatori” al momento dell’impugnazione dell’aggiudicazione; (ii) possibilità di impugnare autonomamente la decisione di ammissione, (iii) possibilità di riconoscere un *effetto diretto* all’art. 1 par. 2 della direttiva 66.

Con riferimento alla prima questione l’Avvocato Generale aveva proposto alla Corte una soluzione affermativa sottolineando che occorre compiere “*un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi in gioco nell’ambito delle procedure in materia di appalti pubblici, ossia il diritto di accesso al giudice e a un ricorso giurisdizionale al fine di contestare taluni aspetti della procedura, da un lato, e l’efficacia della procedura nel suo complesso e l’opportunità dell’azione giudiziaria, dall’altro.(...)*” sicché, in conclusione, aveva escluso che “*le disposizioni nazionali che differiscono il ricorso giurisdizionale avverso gli atti preparatori sino a una fase successiva debbano di per sé essere ritenute incompatibili con la direttiva sulle procedure di ricorso, a condizione che sia reso accessibile un ricorso efficace avverso i suddetti*

componente anche una P.A. (Comune di Marbella). La ricorrente censurava l’ammissione alla gara in quanto il diritto euro-unitario non consentirebbe, pena l’alterazione del confronto concorrenziale, la partecipazione alla gara di una P.A. Il 3 maggio 2011 l’organo amministrativo adito respingeva il predetto ricorso richiamando i precedenti giurisprudenziali in cui la Corte UE (“CoNISMa”, in C-305/08) ha riconosciuto la qualità di operatore economico anche agli enti e alle amministrazioni pubbliche (sul punto cfr. la casistica della Bussola “operatore economico”). L’appalto veniva così aggiudicato (6 giugno 2011) a favore del predetto RTI e anche l’aggiudicazione veniva “vanamente” impugnata dalla ricorrente con un nuovo ricorso respinto dallo stesso organo amministrativo (11 luglio 2011). Nelle more dell’adozione quest’ultima decisione (5 luglio 2011), i ricorrenti contestavano la prima decisione dell’organo amministrativo di ricorso (risalente al 3 maggio 2011), presentando un ricorso presso il Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Corte superiore di giustizia dell’Andalusia, Spagna) reiterando la richiesta di annullamento della predetta ammissione e chiedendo il “conseguente annullamento” dell’aggiudicazione dell’appalto al RTI. Il 19 febbraio 2015 la Corte rappresentava alle parti l’irricevibilità del ricorso proposto, in quanto, ai sensi della normativa nazionale, la decisione di una Commissione aggiudicatrice di non escludere un offerente, ammettendo la sua offerta e autorizzandolo a partecipare alla procedura di aggiudicazione non costituisce un atto decisorio impugnabile con ricorso. La suddetta normativa tuttavia – evidenziava la Corte spagnola – non impedisce alla persona interessata di denunciare le eventuali irregolarità a posteriori, impugnando l’aggiudicazione dell’appalto. I giudici sottoponevano alla CGUE la questione della compatibilità della predetta normativa nazionale, nella parte in cui non consente l’immediata contestazione dell’ammissione alla gara, con il diritto UE.

⁵⁰³ Nel 2015 il *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía* domandava, in via pregiudiziale alla Corte se gli artt. 1, paragrafo 1, e 2 e paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva 89/665 ostino a una normativa interna che non permetta agli operatori di esperire un ricorso *immediato e autonomo* avverso ogni decisione dell’amministrazione aggiudicatrice e in particolare contro l’ammissione di un candidato adottata dalla stazione appaltante (asseritamente) in violazione del diritto dell’Unione Europea o del diritto nazionale che lo traspona.

atti in un momento successivo, al più tardi, in sede di adozione della decisione di aggiudicazione, «la decisione più importante dell'autorità aggiudicatrice».

Coerentemente alla suddetta posizione interpretativa la soluzione proposta per risolvere la seconda questione (relativa all'impugnabilità immediata dell'ammissione alla gara) era pertanto negativa. L'Avvocato generale infatti aveva evidenziato la netta demarcazione *“fra gli atti che devono poter essere immediatamente oggetto di ricorso e quelli che non devono esserlo, intercorre tra gli atti che hanno effetti giuridici sfavorevoli per le imprese e quelli che non spiegano siffatti effetti”* sicché *“il ricorso immediato deve essere previsto per i primi, ma non necessariamente per i secondi”*.

Sul punto veniva richiamata la giurisprudenza della Corte UE che ha sancito l'immediata impugnabilità delle clausole del bando cd. “escludenti” e evidenziano l'impossibilità di applicare la stessa regola anche ai ricorsi contro l'ammissione. A differenza delle clausole escludenti infatti, l'ammissione *“non risulta incidere sfavorevolmente sulla posizione giuridica degli altri candidati”*, ma produce *“implicazioni meramente fattuali per un'impresa che prende parte a una gara”* specialmente se rapportata alla più ampia partecipazione dei concorrenti che, proprio in ragione di tale atto, *“potrebbero essere obbligati a reagire in qualche modo e, se del caso, ad adeguare la propria strategia”*.

La suddetta soluzione, aggiunge l'Avvocato Generale, può essere smentita nella misura in cui *“tutte le regole in materia di appalti pubblici siano interpretate come massime di legalità oggettiva e astratta, che potrebbero essere fatte valere da ogni potenziale concorrente a titolo di diritto soggettivo”*.

Infine, in una *Postilla* finale, l'Avvocato Generale ricorda che le direttive ricorsi pongono solo uno *standard* minimo di tutela sicché i modelli processuali compatibili con le riferite disposizioni sono molteplici⁵⁰⁴ e *“esiste quindi una certa flessibilità, a condizione che sia previsto, in un determinato momento, un ricorso giurisdizionale efficace e veloce rispetto a tutti i passaggi della procedura di aggiudicazione”*.

Come accennato, la Corte di Giustizia dell'UE non ha accolto le soluzioni proposte dall'Avvocato Generale⁵⁰⁵, ma in linea di continuità con i propri precedenti ha esteso il

⁵⁰⁴ Pertanto, viene evidenziato che *“uno Stato membro può scegliere di concentrare il ricorso, per quanto possibile, in un singolo momento, in un'unica decisione finale. Per contro, un altro Stato membro può decidere che possa essere oggetto di ricorso ogni singolo passaggio della procedura, escludendo poi le questioni già trattate in precedenza dall'eventuale ricorso avverso la decisione finale.*

⁵⁰⁵ Secondo cui *“l'espressione «impugnabile con un ricorso» non significa necessariamente, a mio avviso, «impugnabile con un ricorso immediato e autonomo». Non credo che la direttiva sulle procedure di ricorso imponga agli Stati membri di prevedere un ricorso immediato per ogni passaggio della procedura di aggiudicazione, come ad esempio l'ammissione di un candidato a presentare un'offerta. Ciò risulta dalla formulazione, dalla natura, dall'evoluzione e dall'obiettivo della direttiva sulle procedure di ricorso. 37. Occorre*

perimetro della nozione di “*decisione presa da un’amministrazione aggiudicatrice*” anche alla “*decisione di ammissione*” aggiungendo che viola le direttive ricorsi⁵⁰⁶ “*la normativa nazionale [...in cui si] richieda, in ogni caso, che l’offerente attenda la decisione di aggiudicazione dell’appalto di cui trattasi prima di poter proporre un ricorso contro l’ammissione di un altro offerente*”⁵⁰⁷.

in primo luogo ricordare che la definizione relativamente ampia di legittimazione di cui all’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva sulle procedure di ricorso è preceduta da un’importante puntualizzazione: «gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a (...8. La suddetta formulazione che contiene un esplicito riferimento alle leggi degli Stati membri, conferma la natura della direttiva sulle procedure di ricorso quale strumento di armonizzazione minima. L’obiettivo della direttiva sulle procedure di ricorso è, come suggerisce il suo titolo, quello di coordinare 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. Essa non definisce espressamente l’ambito di applicazione dei mezzi di ricorso che gli Stati membri devono a tal fine prevedere (14). Essa stabilisce soltanto le condizioni minime che devono essere soddisfatte dalle procedure di ricorso previste nei sistemi giuridici nazionali per rispettare i requisiti posti dal diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici (15). 39. Di conseguenza, gli Stati membri godono di un ampio potere discrezionale nella scelta delle garanzie procedurali menzionate nella direttiva sulle procedure di ricorso (16). In assenza di una disciplina dell’Unione in materia, spetta a ciascuno Stato membro, in forza dell’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva sulle procedure di ricorso e del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, stabilire le modalità della procedura amministrativa e quelle relative alla procedura giurisdizionale che garantiscono la tutela dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell’Unione. Gli Stati membri devono però esercitare la loro discrezionalità nel rispetto del principio di effettività. Essi non possono pertanto rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti al singolo dall’ordinamento giuridico dell’Unione (17). 40. In particolare, la Corte ha riconosciuto che la legge nazionale può subordinare la presentazione di un ricorso avverso gli atti emanati nell’ambito di un appalto pubblico a determinate condizioni, quali limiti di tempo, decorsi i quali non è più possibile impugnare le decisioni dell’amministrazione aggiudicatrice (18) o ad altre tipologie di limiti procedurali, compresa la concentrazione del procedimento (19). 41. Allo stesso modo, gli Stati membri, nell’esercizio della loro autonomia procedurale, possono anche prevedere regole che impediscano ai ricorrenti di impugnare in qualsiasi momento determinati atti emanati nell’ambito delle procedure in materia di appalti pubblici, posto che la direttiva sulle procedure di ricorso non impone una tempistica specifica per la presentazione del ricorso (20). Lungi dal richiedere un ricorso immediato avverso ogni tipologia di atto durante la procedura di aggiudicazione, la direttiva prevede soltanto, nel secondo considerando, che il rispetto delle disposizioni dell’Unione deve essere garantito «in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette». Tale affermazione è stata interpretata dalla Corte, in linea con altre versioni linguistiche, come «in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate» o «corrette».

⁵⁰⁶ La dove aver richiamato gli obiettivi della direttiva 66 («*intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano dell’Unione, per garantire l’effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette*») al pt. 31 precisa che «*sebbene la direttiva 89/665 non abbia formalmente previsto il momento a partire dal quale è garantita la possibilità di proporre un ricorso prevista al suo articolo 1, paragrafo 1, l’obiettivo di detta direttiva, indicato al punto precedente, non autorizza gli Stati membri a subordinare l’esercizio del diritto di ricorso al fatto che la procedura di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata (v., in tal senso, sentenza dell’11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 38)*». In assenza di indicazioni da parte del diritto UE, la Corte evidenzia che sebbene spetti al diritto nazionale disciplinare le «*modalità del procedimento giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza, di effettività e senza mettere in pericolo l’effetto utile della direttiva n. 89/665/CE (...)* Per quanto concerne specificamente la decisione di ammettere un offerente a una procedura di aggiudicazione, come quella in discussione nel procedimento principale, il fatto che la normativa nazionale di cui trattasi in tale procedimento richieda, in ogni caso, che l’offerente attenda la decisione di aggiudicazione dell’appalto di cui trattasi prima di poter proporre un ricorso contro l’ammissione di un altro offerente viola le disposizioni della direttiva 89/665».

⁵⁰⁷ In risposta alla seconda questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale spagnolo, la Corte UE ha ribadito, quanto già affermato nel caso “*Koppensteiner*”⁵⁰⁷ ossia che le disposizioni dell’art. 1, par. 1, e dell’art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE (come modificata dalla direttiva 66) sono «*incondizionate e sufficientemente*

La portata dei suddetti principi deve tuttavia essere necessariamente misurata con quanto precisato al pt. 36 della motivazione in cui, ai fini della loro concreta applicazione, la Corte ha demandato *«al giudice del rinvio [di] determinare se le altre condizioni riguardanti l'accessibilità delle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 siano soddisfatte (...) in particolare determinare, nell'ambito della controversia principale, se Marina del Mediterraneo e a. abbiano o abbiano avuto un interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi e siano stati lesi o rischiano di essere lesi dalla decisione dell'Agenzia che ha ammesso l'offerta del secondo raggruppamento temporaneo d'impresa»*.

Nel suddetto passaggio si precisa quindi che l'ampliamento dell'ambito oggettivo degli atti impugnabili (in cui devono essere inclusi anche gli atti di ammissione) è inscindibilmente legato alla sussistenza della legittimazione a ricorrere, di cui la direttiva 66 disciplina (solo) uno *standard* minimo che deve essere garantito dagli Stati membri nell'esercizio della loro autonomia processuale.

La suddetta autonomia nella regolazione del processo è riconosciuta dalla stessa sentenza, del resto, al par. 37 in cui si conclude affermando che l'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665 *“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 [quindi non necessariamente devono n.d.A.] essere oggetto di un ricorso giurisdizionale autonomo”* (enfasi aggiunta).

5.1. (SEGUE) L'AMPLIAMENTO DELLA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DELL'OFFERENTE NON DEFINITIVAMENTE ESCLUSO DALLA GARA ALLA LUCE DELLE SENTENZE

precise per fondare un diritto a favore di un singolo che quest'ultimo può eventualmente far valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice» (punto 39, Sulla dimensione delle situazioni giuridiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE cfr. A. TIZZANO, relazione svolta dall'a. al XXXVIII Convegno di studi amministrativi, tenutosi a Varenna il 18 settembre 1992 sul tema: *«Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea»*, Milano, 1994, 181, laddove sottolinea che, *“conformemente ad un suo costante indirizzo, la corte non ha mai preteso interferire nella qualificazione di nozioni ed istituti degli ordinamenti interni”* e che *“quando la corte afferma, come normalmente afferma, che una certa disposizione del diritto comunitario ha efficacia diretta ed «attribuisce al singolo diritti che il giudice nazionale è tenuto a salvaguardare», essa non intende dare al termine «diritti» una specifica e formale valenza, che non sia genericamente quella di «posizioni giuridiche soggettive»: e dunque non intende né limitarsi ai «diritti soggettivi», né trasformare tutte le posizioni giuridiche dei privati in «diritti soggettivi». Sotto questo profilo e a questi fini, la corte si limita semplicemente a rinviare alle qualificazioni attribuite a dette situazioni giuridiche dai singoli ordinamenti nazionali e ai modi e alle forme di tutela che tali ordinamenti riservano alle medesime”*.

“BIETERGEMEINSCHAFT TECHNISCHE GEBÄUDEBETREUUNG UND CAVERION ÖSTERREICH” E “ARCHUS”

Con due successive sentenze la Corte UE ha precisato i confini della legittimazione a ricorrere tramite un’interpretazione ampia delle definizioni di «*offerente interessato*» (all’aggiudicazione) e di «*interesse ad un determinato appalto*» contenute nella direttiva 66.

Nella sentenza “*Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*” la Corte ha escluso che possa rientrare nella definizione di “offerente interessato” all’aggiudicazione, ai sensi dell’art. 1, par. 3, della direttiva, il soggetto che sia stato definitivamente escluso dalla gara ai sensi dell’art. 2-*bis*, par. 2 della stessa direttiva (ai sensi del quale «*L’esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso*»)⁵⁰⁸.

La reale portata applicativa del suddetto principio, avvertita dai primi commentatori come contrastante con le pronunce della stessa Corte in materia di rapporto tra le censure reciprocamente escludenti, è stata poco dopo chiarita dalla successiva sentenza “*Archus*”⁵⁰⁹.

Nell’ambito di una gara per l’affidamento di alcuni servizi di digitalizzazione bandita da un’Amministrazione polacca, presentavano un’offerta solamente due imprese. Nel corso della procedura, l’offerta di una delle due concorrenti veniva tuttavia “respinta” in quanto ritenuta non conforme al capitolato di gara. La stazione appaltante, di conseguenza, aggiudicava la gara all’unica restante offerente, evidenziando, comunque, che l’offerta di quest’ultima fosse “più vantaggiosa”. La concorrente esclusa ricorreva dinanzi alla Camera dei ricorsi Polacca contestando, con il medesimo ricorso, sia il rigetto della propria offerta che l’aggiudicazione in quanto - asseriva la ricorrente - l’offerta risultata vincitrice non era conforme alle specifiche del capitolato.

Il suddetto giudice, nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE, premetteva che nell’ordinamento polacco, l’operatore economico, può far valere in giudizio il proprio interesse a contestare il rigetto della propria offerta (visto che in tal caso il contratto potrebbe essergli direttamente aggiudicato), ma non conserva, qualora la sua offerta venga definitivamente respinta a seguito del rigetto del predetto ricorso contro l’esclusione, un interesse a contestare l’aggiudicazione per conseguire, indirettamente, la riedizione della gara.

⁵⁰⁸ CGUE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, in C-355/15, “*Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*”, in *lamministrativista.it*, con commento di E. ZAMPETTI.

⁵⁰⁹ CGUE, sez. VIII, 10 maggio 2017, in C-131/16, *Archus sp. z o.o.*, in *www.lamministrativista.it*.

Descritto il contesto normativo di riferimento, il giudice del rinvio sospendeva il giudizio chiedendo, in via pregiudiziale, alla CGUE, se la definizione di “un determinato appalto”, posta dall’art. 1, par. 3, della direttiva n. 92/13/CEE (ai sensi del quale «*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 ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione*»), riguardi l’eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

La CGUE ha, in via preliminare, richiamato i propri, noti, precedenti, seppur riferiti all’interpretazione delle equivalenti disposizioni della Direttiva n. 89/665/CEE, in cui è stato più volte sancito che ogni offerente ha, indipendentemente dal numero di partecipanti alla gara e dal numero dei ricorrenti, un “*analogo interesse legittimo*” all’esclusione delle offerte degli altri concorrenti, finalizzato all’aggiudicazione del contratto⁵¹⁰.

Al punto 57 della sentenza, la CGUE chiarisce, inoltre, la conciliabilità dei suddetti principi con quanto sancito nella suddetta sentenza *BTGuCÖ* in cui è stato affermato che l’operatore “escluso” non può ricorrere avverso l’aggiudicazione. Il suddetto principio - vuole inequivocabilmente chiarire la Corte - è stato affermato in relazione a una decisione sull’esclusione che «*aveva acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell’appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico in questione*».

Nel caso sottoposto dalla Corte polacca invece, precisa la CGUE che, diversamente dalla fattispecie oggetto del rinvio pregiudiziale del giudice austriaco, le ricorrenti hanno contestato, contemporaneamente, sia la propria esclusione che l’altrui aggiudicazione, pertanto «*non possono (...) essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura*». In una situazione del genere, conclude la sentenza, la nozione di “*un determinato appalto*” che, ai sensi dell’art. 1, par. 3, della Direttiva n. 92/13/CEE, può essere invocato dal ricorrente/concorrente non definitivamente escluso dalla gara, «*può, se del caso, riguardare l’avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico*».

⁵¹⁰ CGUE, sez. X, 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12; Id., grande sez., 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13 in www.lamministrativista.it, con commento di M.B. CAVALLO., Id., 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, ivi.

5.2. (SEGUE) COMPATIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ DEL RITO SUPER ACCELERATO CON I PRINCIPI RICAVABILI DALL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Dai richiamati, recenti, arresti della Corte di Giustizia dell'UE è possibile ricavare che le direttive ricorsi non impongono al Legislatore interno di prevedere una separazione “in fasi” della procedura di gara né, dunque, obbligano a che vi sia una “decisione di ammissione” immediatamente impugnabile.

La Corte UE nella sentenza “Marina del Mediterraneo” ha stabilito tuttavia che qualora l'ordinamento nazionale contempra nell'*iter* della gara l'emanazione di una “decisione di ammissione” la stessa deve essere immediatamente impugnabile in quanto le direttive ricorsi ostano a regole processuali interne che impongano ai ricorrenti di attendere la fine della gara per impugnare gli atti di ammissione potenzialmente violativi del diritto UE.

Se da una parte la suddetta sentenza, includendo anche l'ammissione tra gli atti immediatamente contestabili, spinge gli ordinamenti nazionali a prevedere procedure di ricorso che consentano di correggere le violazioni in tempo utile (non solo per evitare che nel frattempo avvenga la stipula del contratto)⁵¹¹, ma per consentire il (corretto) proseguimento della gara, d'altra parte, la Corte UE, afferma che l'ammissibilità della suddetta impugnazione non può prescindere dall'esistenza dell'*interesse all'aggiudicazione* e di una *lesione* non derivante dalla (sola) violazione della normativa UE, ma *dall'ammissione* dell'altro partecipante alla gara⁵¹².

In base ai principi affermati dalla sentenza “Archus” qualsiasi impugnazione deve essere sorretta, ai sensi delle stesse direttive, dell'interesse non solo all'aggiudicazione del contratto oggetto della procedura, ma di quello eventualmente bandito a seguito dell'avvio di una nuova gara.

La Corte UE prendendo spazio nell'autonomia processuale interna,⁵¹³ allarga al massimo le

⁵¹¹ Cfr. CGUE, sez. V, 12 marzo 2015, in C-538/13, “eVigilo Ltd”, laddove si precisa che le disposizioni della direttiva 89/665, “*volte a tutelare gli offerenti dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, si propongono di rafforzare i meccanismi esistenti al fine di garantire l'effettiva applicazione delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, segnatamente in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (sentenza Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, punto 34 e giurisprudenza ivi citata). L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, impone di provvedere a ricorsi efficaci «secondo modalità che gli Stati membri possono determinare», e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della direttiva in parola*”.

⁵¹² Cfr. CGUE VI, 12 febbraio 2004, in C-230/02, “Grossmann Air Service” laddove si evidenzia 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, Racc. pag. I-6319, punto 18)*”.

⁵¹³ Si v. CGUE, IV, 26 aprile 2017, n. C-564/15, “Tibor Farkas” in cui è stato recentemente ribadito che “*conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, in mancanza di norme dell'Unione relative a una questione procedurale, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilirle, in forza del*

maglie delle direttive ricorsi nell'ottica di dover garantire l'effettività delle direttive contratti e detta solo uno *standard* minimo di tutela che gli Stati membri devono rispettare, tramite l'introduzione di regole processuali compatibili con il diritto euro-unitario⁵¹⁴.

La scelta di rendere immediatamente impugnabile la decisione di ammissione effettuata dal Legislatore con l'introduzione del rito super accelerato è dunque, astrattamente, compatibile con le direttive ricorsi.

Sotto diverso profilo, l'estensione della legittimazione a ricorrere recentemente definita dalla Corte UE nella sentenza "Archus", funzionale alla protezione dell'interesse strumentale, viene, di fatto, resa inoperante dal modello processuale del "mini-rito", in cui la definitività della legittimità dell'esclusione è in astratto e - *fisiologicamente* - destinata a formarsi in un momento antecedente rispetto alla conclusione della procedura di aggiudicazione, sicché appare inevitabile una restrizione della platea dei soggetti legittimati all'impugnazione del provvedimento finale della gara⁵¹⁵.

L'incompatibilità è evidente qualora si immagini l'ipotesi, non infrequente, di una gara con solo due partecipanti. Se all'esito della fase processuale celebrata nelle forme e nei tempi del "mini-rito" uno dei due partecipanti fosse definitivamente escluso (con sentenza confermata in appello e passata in giudicato), la stazione appaltante rimarrebbe libera di aggiudicare la procedura all'unico altro concorrente rimasto in gara.

In tale ipotesi qualora la sentenza che abbia dichiarato la legittimità di tale esclusione passasse in giudicato (anche ammettendo che l'escluso avesse "titolo" ad impugnare l'altrui ammissione nel precedente giudizio incardinato ai sensi del comma 2-*bis*) l'aggiudicazione sarebbe di fatto non contestabile (*rectius* iperprotetta) per tutto ciò che riguarda la fase di valutazione dell'offerta (compresa la tempestività della domanda di partecipazione, il potenziale conflitto

principio di autonomia procedurale, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto nazionale (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)" ricavandosi a contrario che tale autonomia viene meno laddove vi siano regole procedurali direttamente poste dal diritto euro-unitario (in cui devono necessariamente essere incluse anche le pronunce della stessa Corte).

⁵¹⁴ Sul punto si v. A. TRAVI, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *giustamm.it*, 2017, 11, 6.

⁵¹⁵ TAR Lazio, Roma, sez. I-*bis*, 15 maggio 2017, n. 5775 secondo cui i principi espressi nel caso "*Bietergemeinschaft*" relativamente al difetto di legittimazione dell'offerente definitivamente escluso trovano "*conforto proprio nella peculiarità del nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, "dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda"* (Cons. Stato, *cit.*), essendo la finalità sottesa quella di "*determinare in modo definitivo e non più contestabile l'ambito dei partecipanti ad una gara*" (Cons. Stato, *comm. spec.*, parere n. 782/2017) in una fase anteriore al contenzioso sull'aggiudicazione".

di interessi, gli elementi essenziali dell'offerta) oltre che, relativamente alla (effettiva) comprova sul possesso dei requisiti⁵¹⁶.

In tale ipotesi l'operatore non potrà contestare gli esiti della procedura per ottenerne eventualmente la riedizione, ponendo di fatto nel nulla la protezione dell'interesse strumentale.

6. IL RICORSO IMMEDIATO CONTRO LE AMMISSIONI E L'ASSENZA DELL'INTERESSE A RICORRERE: LE DIVERSE TESI PROSPETTATE DALLA DOTTRINA

Bisogna ora verificare se il modello processuale *super-accelerato* introdotto dal nuovo Codice sia compatibile con il principio di effettività della tutela inteso quale idoneità del processo a far conseguire al ricorrente il bene della vita cui aspira e di cui si ritiene illegittimamente privato. Prima dell'entrata in vigore del comma *2-bis* dell'art. 120 c.p.a., un ricorso autonomo contro l'ammissione alla gara di un altro partecipante sarebbe stato dichiarato inammissibile per carenza di interesse a ricorrere⁵¹⁷, salva l'ipotesi della sua impugnazione congiunta all'aggiudicazione o proposta di riflesso, (come "difesa attiva" contro la mancata esclusione), da parte del ricorrente incidentale.

Anche nel sistema delineato dal nuovo Codice l'ammissione alla gara continua a possedere natura di atto *endoprocedimentale*⁵¹⁸ al pari della "*proposta di aggiudicazione*" che, come precisa lo stesso art. 120, comma *2-bis*, c.p.a. non è autonomamente impugnabile in quanto priva di *lesività*.

⁵¹⁶ In ipotesi residuerebbe unicamente l'eventuale potere di impugnazione dell'ANAC ai sensi dell'art. 211, commi *1-bis* e *1-ter* del Codice.

⁵¹⁷ A.M. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1966, vol XIII, 1025-2016, anche in *Scritti giuridici*, vol. III, 1990, 375-376; ID., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 219 ss. sottolineava la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale contrario alla immediata impugnabilità degli atti che assolvano ad una funzione meramente preparatoria. Per l'A. l'inammissibilità dell'impugnazione deriva dalla carenza di interesse ad agire in quanto "*non può considerarsi realizzata quella lesione di un interesse sostanziale che il nostro ordinamento considera condizione essenziale di legittimazione per l'impugnativa di un atto amministrativo*"; Anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, La giustizia amministrativa, VIII ed., Milano, Guffrè, 1958, 195 evidenziava che gli atti facente parte di un «*procedimento complesso*» sono incapaci «*di recare, per se stessi qualunque lesione d'interessi*» e negava che agli stessi fosse applicabile la categoria dell'invalidità. L'A. evidenziava che la loro «*irregolarità*» avrebbe potuto rilevare solo al momento dell'impugnazione del provvedimento finale. Per M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 703. gli atti facenti parte della sequenza di formazione del contratto ad evidenza pubblica sono «*da intendere come privatistici*» distinguendosi dall'aggiudicazione, unico vero e proprio provvedimento amministrativo idoneo ad incidere sulle posizioni giuridiche qualificate di diritto soggettivo (aggiudicatario) e sugli interessi procedurali (dei concorrenti). Sottolineano il cambiamento apportato dal "mini-rito" R. CAPONIGRO, *Riflessioni sulla tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, 19; A.G., PIETROSANTI, *Piena conoscenza*, *op.cit.*, 3.

⁵¹⁸ Non sembra condurre a diverse conclusioni la formulazione dell'art. 29, comma 1, secondo alinea del Codice per due ordini di motivi: in primo luogo l'espressa estensione dell'obbligo di motivazione anche agli atti di ammissione, ultronea nel caso si trattasse atti aventi natura provvedimento in base alla generale disposizione di cui all'art. 3, l. n. 241/90; in secondo luogo, induce in tal senso la stessa formulazione letterale della disposizione laddove nel riferirsi al «*provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento*» e «*le ammissioni*» utilizza il verbo al plurale «*sono altresì pubblicati*».

Sebbene l'ammissione non sia idonea a produrre effetti all'esterno del procedimento (*rectius* nella sfera giuridica dei concorrenti), collocandosi in una sequenza procedimentale ancora non conclusa e dunque modificabile, il Codice onera i concorrenti, in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 29, comma 1, della sua immediata impugnazione⁵¹⁹.

L'opportunità di inserire nel Codice del processo amministrativo l'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione alla gara era, del resto, stato da tempo proposto dalla dottrina in veste di rimedio per risolvere la difficile e infinita *querelle* sull'ordine di esame delle censure reciprocamente escludenti⁵²⁰.

⁵¹⁹ Ancorché dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti l'ammissione alla gara sia un atto direttamente impugnabile, la sua adozione non gli conferisce, comunque, un sufficiente grado di stabilità giacché come visto nei precedenti paragrafi, in base dell'attuale quadro normativo, dopo la sua pubblicazione, la stazione appaltante rimane libera di compiere successive e diverse verifiche per confermarne o smentirne la validità, potendo nel corso della gara disporre in ogni momento l'esclusione del concorrente (senza evidentemente alcuna necessità di esercitare poteri di secondo grado). Sul punto si v. TAR Campania, Napoli sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843 secondo cui *“Una volta esclusa l'applicazione del nuovo rito superaccelerato di cui all'art. 120 comma 2 bis del c.p.a., non vi è che da richiamare l'orientamento giurisprudenziale precedente che nega valenza procedimentale autonoma all'atto di ammissione alla gara e che ne ammette l'impugnazione solo unitamente al provvedimento di aggiudicazione”*.

⁵²⁰ A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2014, 38, suggeriva aveva suggerito *“una revisione del procedimento, che operi un preliminare accertamento dell'esistenza dei requisiti soggettivi, e che veda una formale dichiarazione delle esclusioni e delle ammissioni, con l'introduzione dell'onere di immediata impugnazione della relativa deliberazione. In questo modo l'eventuale contenzioso sull'aggiudicazione potrebbe essere depurato da tutte le questioni sui requisiti soggettivi, e dal conseguente rincorrersi di ricorsi principali o incidentali. La doverosa, immediata impugnabilità delle esclusioni e delle ammissioni prima che venga conosciuto l'esito della gara, agirebbe come forte elemento disincentivante per la proposizione del ricorso, scoraggiando ricorsi opportunistici e limitando in modo significativo i rischi di duplicazione del contenzioso”*. Sul punto si era già espresso anche R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *dir. proc. amm.*, 2009, 2, 285 laddove aveva rappresentato l'esigenza di superare la tesi della non impugnabilità delle ammissioni alla gara, al (solo e) diverso fine di evidenziare la frontale contraddittorietà dell'orientamento giurisprudenziale che ne negava l'immediata impugnazione rispetto all'indirizzo accolto dalla (prima) Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che aveva esaminato la questione delle censure reciprocamente escludenti. L'A. commentando la soluzione accolta dall'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008 in merito al doveroso esame da parte del giudice amministrativo di entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti (i.e. diretti a contestare le reciproche ammissioni alla gara - *rectius* mancate esclusioni nel corso della procedura) ha sottolineato che a voler accogliere tale soluzione (in cui il ricorrente principale, benché privo dei requisiti, di gara sia considerato legittimato a contestare i risultati della gara) *«si dovrebbe rivedere ab imis il tema dell'impugnabilità degli atti endoprocedimentali: sembra allora infatti evidente l'interesse ad ottenere dal giudice la immediata esclusione di chi in tal modo verrà a perdere la legittimazione a contestare gli esiti finali della gara stessa e dunque l'interesse, fino ad oggi pacificamente negato dalla giurisprudenza, ad impugnare immediatamente la mera ammissione di offerte presentate da soggetti privi della necessaria qualificazione ovvero contrastanti con il bando o la lettera di invito»*. Veniva, in particolare, sottolineato che a fronte del riconoscimento della legittimazione a ricorrere contro l'aggiudicazione al ricorrente principale (benché quest'ultimo fosse dichiarato privo dei requisiti di partecipazione in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale “escludente”), non sembrava coerente limitare l'interesse dello stesso aggiudicatario (quando ancora era un semplice concorrente) a mettere immediatamente in discussione la legittimità delle ammissioni degli altri partecipanti al fine di far venir meno, subito, la loro legittimazione. In termini più generali altra dottrina, M. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo*, ESI, 2012, 71, al fine di garantire una maggiore tempestività nella definizione dei giudizi, aveva prospettato, un ampliamento dell'area della giustizialibilità prospettando l'opportunità di individuare “una soglia critica di lesività” degli atti endoprocedimentali.

Il tentativo di superare l'*impasse* che ormai da oltre un decennio impegna la giurisprudenza amministrativa e, in seconda battuta, la Corte di Giustizia dell'UE⁵²¹ è uno dei motivi che ha mosso il Legislatore ad adottare una soluzione radicale, volta a impedire che la questione processuale avente ad oggetto il possesso dei requisiti di gara del ricorrente o del resistente in giudizio, arrivi davanti al giudice amministrativo al momento del sindacato sulla legittimità dell'aggiudicazione.

Come già accennato, l'art. 204 del nuovo Codice tuttavia non si limita a facultizzare l'impugnazione immediata delle ammissioni, ma aggiunge che l'omissione dell'impugnazione nei termini prescritti dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., «*preclude la facoltà di far valere illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di affidamento anche con ricorso incidentale*» così inserendo una preclusione processuale *sui generis*, giacché destinata a “scattare” in un successivo e del tutto eventuale processo, avente ad oggetto la legittimità dell'aggiudicazione della gara.

Va comunque precisato che la suddetta preclusione (limitata alle questioni relative alla sussistenza delle cause di esclusione e dei requisiti di capacità economica e tecnico-professionali) non sembra impedire al ricorrente incidentale (aggiudicatario) di dedurre, nell'ambito del giudizio in cui si controverte della legittimità dell'aggiudicazione, delle questioni che possano altrimenti “paralizzare” la legittimazione del ricorrente principale (come ad esempio la tardività nella presentazione dell'offerta o la carenza di elementi essenziali richiesti dalla legge di gara⁵²²) sicché, sotto tale profilo, rimane attuale la questione interpretativa che, al momento in cui si scrive, è (nuovamente) al vaglio dell'Adunanza Plenaria⁵²³.

Nella nuova struttura processuale “bifasica” assunta (non solo dalla procedura di gara), ma anche dallo stesso rito speciale (impugnazioni delle ammissioni/esclusioni e impugnazione dell'aggiudicazione) il vaglio giurisdizionale sulla questione della legittima partecipazione alla gara (che nei giudizi ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione costituiva una questione pregiudiziale di rito) viene anticipato (*rectius* spostato), seppur limitatamente ai requisiti di ordine soggettivo, in una specifica e autonoma parentesi processuale, attribuendo alla pronuncia sulla stessa questione *effetti preclusivi* (la disposizione precisa che l'omessa impugnazione

⁵²¹ Sulla questione delle censure reciprocamente escludenti la dottrina è sterminata, si v., anche per la completa bibliografia, C. BENETTAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁵²² Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., 26.

⁵²³ Si v. l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Cons. St., sez. V, 6 novembre 2017, n. 5103, per la cui disamina sia consentito rinviare a S. TRANQUILLI, *L'ordine di esame delle censure escludenti ritorna di fronte all'Adunanza Plenaria*, in www.lamministrativista.it.

«preclude la facoltà») rispetto all'impugnazione della graduatoria finale per gli eventuali vizi derivanti dai precedenti atti di ammissione alla gara⁵²⁴.

Richiamando un concetto recentemente espresso dalla dottrina per criticare l'utilizzo disinvolto da parte della giurisprudenza civile della categoria dell'abuso del processo, sembra che il Legislatore, ricevuto un chiaro *input* giurisprudenziale a fronte dell'esasperazione del contenzioso sulle censure reciprocamente escludenti, abbia infine «manovrato il processo in funzione di un'esigenza di carattere generale, allontanandolo dal suo obiettivo che è la definizione della lite»⁵²⁵.

⁵²⁴ Nell'ipotesi in cui, nel corso della procedura le ammissioni o le esclusioni disposte in base all'art. 29 del Codice siano immediatamente impugnate, i suddetti effetti preclusivi discenderanno (unicamente) dal giudicato che si sia formato sul merito della legittimità o meno della decisione di ammissione/esclusione. Nella diversa ipotesi in cui i concorrenti non impugnino i predetti atti gli effetti preclusivi discenderanno, come precisa la disposizione, dalla stessa omissione. Se nella prima ipotesi (impugnazione degli atti di ammissione e delle esclusioni) gli effetti preclusivi non potranno che discendere da una sentenza che abbia raggiunto un determinato grado di certezza (giudicato), nella seconda ipotesi (mancata impugnazione), nell'ottica del Legislatore, è proprio l'esigenza di certezza (e rapidità dell'azione amministrativa) a rendere recessivo (e quindi sopportabile) il rischio che la gara possa essere aggiudicata a chi, in ipotesi, non avrebbe potuto neanche parteciparvi. Potrebbe sorgere il dubbio se analogo effetto preclusivo possa derivare da una pronuncia di rito nell'ipotesi in cui l'operatore abbia esercitato la tutela giurisdizionale "super-speciale" nei confronti delle ammissioni degli altri operatori, ma la controversia si sia chiusa con una pronuncia di irricevibilità o inammissibilità della domanda. La risposta, se non si vuole limitare l'esercizio dell'azione di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. ad un mero passaggio, obbligato e formale, dovrebbe essere negativa.

⁵²⁵ G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *riv. dir. proc.*, 2017, 1-2, 20. Il legame tra la proposizione della domanda di annullamento dell'altrui ammissione da parte del ricorrente principale e l'abuso del processo era stato evidenziato dall'Adunanza Plenaria n. 9/14 al pt. _ laddove afferma che «nella specie, la parte che introduce effettivamente il giudizio instaurando il rapporto processuale, ovvero l'attore in senso sostanziale, è il ricorrente principale il soggetto, cioè, non risultato vincitore nella gara che, pur essendo consapevole di aver commesso un errore che lo priva della legittimazione e quindi di non poter risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha partecipato (che costituisce il bene della vita immediato e diretto cui possa aspirare), in violazione del divieto di abuso del processo, propone ugualmente la domanda di annullamento». In disparte della compatibilità del richiamato passaggio che implicitamente nega a monte la protezione dell'interesse strumentale, la giurisprudenza amministrativa non ha tuttavia mai dato seguito all'input di sanzionare la prassi dei ricorsi (principali) contro le ammissioni (*rectius* mancata esclusione) dalla gara con misure di condanna alle spese, ma ha (impropriamente) attribuito tale funzione alle stesse condizioni dell'azione, qualificate espressamente come un "filtro in chiave deflattiva" del contenzioso. Sul punto la stessa Adunanza Plenaria aveva infatti richiamato la «la prevalente tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto (cfr. da ultimo, per il processo civile, Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553; per il processo amministrativo, Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537; sul divieto di condotte processuali opportunistiche violative del dovere di mitigazione del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c., cfr. Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3)». Il tema della valutazione della meritevolezza della tutela richiesta per mezzo del vaglio giurisdizionale dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. è oggetto dello studio di M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta – Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, 2004.

Sulla fisionomia assunta dall'interesse a ricorrere alla luce del comma 2-*bis* la dottrina ha sviluppato tesi tra loro molto distanti.

Secondo una parte della dottrina, l'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. fornisce ai concorrenti la possibilità di proporre un'azione contro le altrui ammissioni a prescindere dall'interesse a ricorrere, scivolando in tal modo verso un modello di giurisdizione di tipo oggettivo⁵²⁶.

La stessa dottrina precisa che sebbene la suddetta azione prescinda dall'interesse a ricorrere, tale ricostruzione non può comunque spingere l'interprete ad ammettere la contestazione immediata di un atto favorevole al ricorrente (come la propria ammissione o l'altrui esclusione⁵²⁷) giacché in tal caso la lesione provocata dalla decisione amministrativa non è futura e eventuale come per gli atti di cui all'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a., ma sicuramente assente⁵²⁸.

Di parere opposto, altra dottrina di matrice giurisprudenziale ha invece attribuito al “mini-rito” una carica trainante verso una nuova riflessione sulla definizione dei concetti di “interesse” e di “bene della vita” nel contenzioso sui contratti pubblici. Secondo tale tesi infatti la nuova disciplina processuale introduce nel processo amministrativo un interesse sostanziale di nuovo conio in cui il bene della vita sarebbe rappresentato dalla “riduzione della platea dei concorrenti”⁵²⁹.

⁵²⁶ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi*, op. cit., 718, e in particolare le note nn. 8, 9 e 10.

⁵²⁷ Secondo altri, nella stessa logica dovrebbe tuttavia ritenersi censurabile anche l'esclusione nella parte in cui non sia stata disposta per motivi diversi rispetto a quelli individuati dal provvedimento di esclusione.

⁵²⁸ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi*, cit., 719, nota 10.

⁵²⁹ G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, op. cit., 7, secondo cui l'interesse a ricorrere contro l'ammissione se misurato rispetto all'interesse all'aggiudicazione è una *fictio iuris* giacché «*per abilitare all'immediata impugnazione si attribuisce virtualmente concretezza e attualità a ciò che rappresenta una lesione ancora, nelle more del provvedimento conclusivo, solo indiziaria e potenziale, non già concreta ed effettiva*» creandosi così «*un'azione immediata che, da quell'angolazione, appare in prevenzione: per il mero timore di un damnum nondum factum, quod futurum veremur, come tradizionalmente è nell'azione di danno temuto (damnum infectum)*». Non condivide né l'impostazione dell'interesse a ricorrere quale presunzione (considerandolo solo un espediente verbale) né la tesi dell'emersione di un nuovo interesse sostanziale teso alla verifica della legittimità degli atti di gara (L. BERTONAZZI, *op e loc. ult. cit.*; In termini adesivi al primo A. si v. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, in www.lamministrativista.it, ha evidenziato che nonostante la novella appaia un diretto precipitato della significativa rilevanza che l'interesse “strumentale” ha man mano assunto nell'ambito del processo in materia di affidamento dei contratti pubblici (cfr. le sentenze della Corte di Giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, in C-100/12, “Fastweb”; Id., Grande Sez., 5 aprile 2016, C-689/13, “Puligienica”, Id., Sez. VIII, 10 maggio 2017, in C-131/16, “Archus”), pur ricostruendo la neo introdotta «*presunzione assoluta di lesività*» come una sorta di «*interesse alla legittima formazione della platea dei concorrenti ammessi alle successive fasi della procedura, sul modello processuale del contenzioso elettorale di cui all'art. 129 c.p.a.*», segnala che un sistema così congegnato «*potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza (cfr. Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio dispositivo in relazione all'ambito della domanda di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare)*».

In termini ancora opposti, altra dottrina ha espresso dubbi sulla legittimità costituzionale della preclusione introdotta dall'art. 120, comma 2-bis c.p.a. con riferimento agli artt. 24, 103 e 113 Cost., giacché «*postula un insussistente carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa, provocando un vulnus alla ratio sostanziale dell'evidenza pubblica*»⁵³⁰.

6.1. (SEGUE) I DIVERSI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI

Nell'esperienza giurisprudenziale applicativa del nuovo modello *super-accelerato* si contrappongono diverse tesi sulla fisionomia dell'interesse a ricorrere.

Una parte della giurisprudenza amministrativa si è espressa in maniera particolarmente critica sulla novella disapprovandone la *ratio* (individuata esclusivamente in “*ragioni di politica giudiziaria deflattiva del contenzioso*”) e sottolineandone in maniera netta la “*conflittualità con il quadro giurisprudenziale, storicamente consolidatosi, atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici - quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione - anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta*”⁵³¹. Altra giurisprudenza ha

⁵³⁰ R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, cit. 24. Lo stesso Autore, in un successivo contributo, *Riflessioni sulla tutela giurisdizionale nelle gare d'appalto con vincolo di aggiudicazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17, ha precisato che “*a legislazione vigente ed a prescindere dagli evidenziati dubbi di compatibilità costituzionale dell'art. 120 del codice del processo amministrativo come novellato dall'art. 204 del codice degli appalti pubblici, la legittimazione ad agire in giudizio avverso l'ammissione di altre imprese postula che il partecipante alla gara sia titolare non solo di un interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma anche di un interesse legittimo oppositivo a non consentire la partecipazione di imprese che si ritengano sprovviste dei requisiti di partecipazione e ciò al fine di aumentare le proprie probabilità di aggiudicazione, per cui il concorrente non solo aspira all'aggiudicazione, ma può opporsi all'altrui ammissione alla gara*”, accogliendo la suddetta impostazione evolutiva diretta ad delineare una nuova concezione di “*bene della vita ha evidenziato che “tale posizione di interesse legittimo – che si distingue dalla tradizionale posizione di interesse legittimo all'aggiudicazione della gara per il diverso “bene della vita” perseguito - una volta scolpita dal legislatore attraverso la previsione di una legittimazione ex lege all'impugnazione dell'altrui ammissione, impone di ritenere i concorrenti ammessi controinteressati in senso tecnico laddove un'impresa impugni in sede giurisdizionale la propria esclusione*”.

⁵³¹ TAR Puglia, Bari, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262 evidenzia che il Legislatore preoccupandosi solo della finalità deflattiva ha omesso di “*considerare o, sostanzialmente, evitando di interrogarsi sulla compatibilità di un sistema di tutele sicuramente innovativo, se non proprio in controtendenza rispetto ad acquisizioni giurisprudenziali, storicamente consolidate, in ordine ai principi in tema di concretezza e attualità della titolarità dell'interesse all'azione, che consentono possa dolersi dell'illegittimità degli atti amministrativi solo chi da essi riceva una lesione immediata e certa, non essendo il ricorso giurisdizionale rimedio dato nell'interesse astratto della giustizia o per ottenere la mera enunciazione dei parametri di legalità dell'azione amministrativa, disancorati da un effettivo e non ipotetico vantaggio derivante all'attore nel caso in contestazione*”. La tesi tradizione sulla concezione dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo è riassunta dai seguenti passaggi del TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 marzo 2016, n. 3454: “*In generale è consolidato e riconosciuto in giurisprudenza il principio secondo cui l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla causa petendi della domanda e non secundum eventum litis, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: “il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o*

evidenziato che il comma 2-bis dell'art. 120 d.lgs. n. 104/2010 individua per mera *factio juris* una lesività dei provvedimenti non solo di ammissione, ma anche di esclusione⁵³².

Altra giurisprudenza ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso contro le ammissioni alla gara in ragione della mancata dimostrazione, da parte del ricorrente, di una concreta lesione della propria sfera giuridica⁵³³.

interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); la legitimatio ad causam (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo)" (Cons. Stato, sez. V. sent. n. 1572 del 2014 cit.). In questo quadro trova ingresso nel sistema della giustizia amministrativa anche la tutela del c.d. interesse ad agire "strumentale", ma solo in casi eccezionali, se ed in quanto esso si mostri collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la quale potrà trovare soddisfacimento, in termini necessariamente probabilistici e di "chance" futura, unicamente attraverso il doveroso rinnovo futuro dell'attività amministrativa, a condizione che la realizzazione dell'utilità attesa non assuma una connotazione "meramente ipotetica o eventuale che richiede per la sua compiuta realizzazione il passaggio attraverso una pluralità di fasi e atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'Amministrazione; pertanto <<la facoltà di agire in giudizio non è attribuita, indistintamente, a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall'accoglimento della domanda>> (vedi Cons. Stato n. 1572/2014 cit.; nonché id., sez. V, 22 ottobre 2010, n. 4871). L'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., (da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a.) si estrinseca tradizionalmente negli essenziali caratteri della concretezza e della attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela. Ora, deve sempre rammentarsi che l'interesse legittimo che viene in considerazione nelle controversie in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici, anche se è interesse quanto di tipo strumentale (in quanto mirante alla riedizione della gara "ex novo"), è pur sempre un interesse di tipo "pretensivo", giacché non è la rimozione degli atti di gara a determinare la realizzazione soddisfattiva di detto interesse che, al contrario, continuerebbe a rimanere frustrato ove alla caducazione della gara non segua la rinnovazione della procedura comparativa nella quale l'impresa interessata vede risorgere le proprie possibilità di aggiudicazione. Da ciò consegue che, come autorevolmente ritenuto, l'interesse al ricorso "resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche; sicché in tale frangente la pretesa ostesa in giudizio si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire" (Cons. Stato n. 1572 cit.). 3.4. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 3 febbraio 2014, n. 8 ha con chiarezza fissato il principio secondo cui "L'utilità o bene della vita cui aspira il ricorrente – in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa – deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto. L'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta; esso deve cioè aderire in modo rigoroso e con carattere di immediatezza e di attualità all'oggetto del giudizio (Cons. St., IV, n. 3365 del 07 giugno 2012; n. 6151 del 22 nov. 2011; V, 2947 del 2 maggio 2012)".

⁵³² TAR Sicilia, Catania, 20 novembre 2017, n. 2705, in www.lamministrativista.it.

⁵³³ Sembra essere questa la posizione assunta anche dalla giurisprudenza amministrativa nel caso esaminato dal TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 8 agosto 2017, n. 9270. La controversia riguardava una procedura aperta, suddivisa in nove lotti, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento, dei rifiuti derivanti da attività sanitarie delle Aziende Sanitarie della Regione Lazio. I nove concorrenti che presentavano domanda di partecipazione venivano tutti ammessi dalla Regione che si limitava a pubblicare sul proprio profilo informatico, ai sensi dell'art. 29 del Codice (la versione *ratione temporis* applicabile era quella *ante* decreto "correttivo"), il mero "elenco" degli operatori partecipanti alla procedura. Una delle concorrenti chiedeva l'accesso agli atti e, come è possibile ricavare dalla sentenza, formulava in modo (inevitabilmente) generico la richiesta di: «tutta la documentazione amministrativa presentata da tutti i partecipanti alla procedura di gara di che trattasi per tutti i lotti di riferimento, nonché dei verbali della commissione di gara relativi alla valutazione della documentazione di partecipazione, di tutta la documentazione integrativa presentata dagli operatori economici interessati, nonché di ogni atto rilevante ai fini della tutela dei propri diritti». La stazione appaltante negava l'accesso ritenendo di poterlo differire al termine della procedura (diniego avverso il quale l'interessata proponeva autonomo ricorso, che nel momento in cui si scrive è in attesa di

Sebbene compatibile con la riferita giurisprudenza della Corte UE, contrasta con la lettera dell'art. 29, comma 1 del Codice dei contratti, quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa che, pur in assenza della pubblicazione prevista dallo stesso articolo ha qualificato gli atti di ammissione «*come immediatamente lesivi e come tali suscettibili di immediata contestazione*» precisando che in tale ipotesi l'onere previsto dalla suddetta disposizione diviene una facoltà⁵³⁴.

Altra giurisprudenza, in termini sostanzialmente adesivi alla tesi prospettata dalla sopra richiamata dottrina di matrice giurisprudenziale⁵³⁵, ha di recente solcato la strada verso un ripensamento del “diritto vivente” sull’interesse all’impugnazione immediata delle clausole del bando di gara asseritamente contrastanti con il nuovo Codice dei contratti.

Con una prima sentenza, la Terza sezione del Consiglio di Stato ha stigmatizzato l’evoluzione del concetto di “interesse” derivante da una lettura complessiva delle innovazioni apportate dal nuovo Codice (tra cui la disciplina del “mini-rito”) evidenziando l’emersione di una nuova nozione di “bene della vita” meritevole di protezione *«più ampia di quella tradizionalmente*

trattazione) e, sollecitata dalla stessa impresa ricorrente alla verifica dei requisiti e all’integrazione del suddetto elenco con la motivazione delle ammissioni, replicava che tale controllo sarebbe stato effettuato solo al termine della procedura, e unicamente nei confronti dell’aggiudicatario e del secondo classificato. L’impresa impugnava il suddetto “elenco” lamentando, con un unico motivo di ricorso, la violazione dell’art. 3 della l. n. 241 del 1990, dell’art. 29, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell’art. 120, comma 2-*bis* c.p.a. e dell’art. 24 Cost. giacché l’assenza di una motivazione delle ammissioni dei concorrenti e la posticipazione delle verifiche sul possesso dei requisiti di gara le avrebbe impedito, in base alla complessiva disciplina del “mini-rito”, di poter attivare la tutela giurisdizionale contro la l’ammissione alla gara degli altri concorrenti. Il TAR dichiara inammissibile il ricorso affermando che, anche alla luce della nuova disciplina processuale “super-speciale”, l’ammesso alla gara, proprio in ragione della sua ammissione, non matura l’interesse a ricorrere contro l’ammissione alla gara degli altri concorrenti. A sostegno della suddetta conclusione il Collegio richiama l’orientamento giurisprudenziale consolidatosi anteriormente all’entrata in vigore del nuovo Codice, in base al quale l’interesse a ricorrere avverso gli atti di gara nasce unicamente al momento dell’esclusione definitiva dalla gara, giacché solo quest’ultimo provvedimento provoca una lesione attuale, diretta e concreta alla posizione giuridica dell’impresa estromessa. Il Collegio inoltre afferma che la suddetta conclusione non è scalfita dalla disciplina del “mini-rito” né dalle recenti modifiche ad opera del decreto “correttivo” che non eliminano il necessario e preliminare vaglio giurisdizionale sull’esistenza delle condizioni dell’azione *«tra cui rientra fuor di dubbio la presenza della lesione concreta ed attuale della posizione soggettiva di cui il concorrente sia titolare e cioè la legittimazione a ricorrere»*. Per il TAR non è dunque sufficiente ad integrare la suddetta lesione quanto lamentato dal ricorrente nel caso in esame limitandosi a censurare una del tutto *«ipotetica discrasia nelle valutazioni dei requisiti di ammissione»* di tutti (*“si badi bene “tuti” i concorrenti avversari, come emerge dalla richiesta di accesso ai documenti”*). Il Collegio aggiunge inoltre che la suddetta lesione non è integrata neanche dall’assenza di una motivazione sulle suddette ammissioni giacché è onere del ricorrente dimostrare la lesione concreta e attuale del bene della vita di cui è titolare, pena il rovesciamento del *«principio della domanda e dei suoi corollari»*. La sentenza dopo aver escluso che sussista un onere di verifica dei requisiti di gara nel corso della procedura afferma, cadendo in eccessivo rigore formale, che l’ammesso non ha interesse all’impugnazione “in blocco” di tutte le ammissioni (tra cui evidentemente, nel caso di specie, non era stata fatta salva la propria nella formulazione della domanda), ma rimane comunque onerato della dimostrazione della lesione diretta, attuale e concreta subita dalle stesse. Prova tuttavia che appare estremamente difficile, se non impossibile, in assenza della documentazione e della motivazione relativa alle ammissioni, cosicché sembra altrettanto difficile, e incompatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e al fondamentale diritto di difesa, poter far discendere dalla suddetta pronuncia gli effetti preclusivi di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.

⁵³⁴ TAR Molise, Sez. I, 4 ottobre 2017, n. 332, in www.lamministrativista.it.

⁵³⁵ Su cui v. *supra*, paragrafo 4.

riferita all'aggiudicazione», non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa⁵³⁶.

Il suddetto indirizzo è stato accolto da una successiva ordinanza con cui la Terza sezione del Consiglio di Stato (sulla base di un articolato, seppur in parte forzato *iter* argomentativo⁵³⁷) ha sollecitato l'Adunanza Plenaria ad un completo *revirement* dell'indirizzo giurisprudenziale sancito dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003 fino ad oggi non oggetto di ripensamento⁵³⁸.

⁵³⁶ Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, con nota di G.A. GIUFFRÈ, *Revirement del Consiglio di Stato sull'immediata impugnabilità della scelta del criterio per la selezione delle offerte*, in www.federalismi.it. La sentenza, considerando ormai superato, alla luce dell'evoluzione normativa portata dal nuovo Codice dei contratti, l'indirizzo interpretativo dell'Adunanza Plenaria n. 1/2003 in materia di immediata impugnazione del criterio di aggiudicazione stabilito nel bando di gara. La situazione soggettiva, precisa il Consiglio di Stato, alla luce del nuovo Codice si allarga fino al punto di divenire “*nondimeno comprensiva del “diritto” dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello “sconto”*”. La stessa sentenza evidenzia che la riferita conclusione è supportata anche dalla circostanza secondo cui anche posticipando l'impugnazione del criterio al momento dell'aggiudicazione non è “*necessaria la dimostrazione che, in assenza del vizio, l'aggiudicazione sarebbe stata senz'altro riconosciuta al ricorrente, costituendo, la violazione delle norme di legge, un sintomo della cattiva organizzazione e gestione della gara e conseguentemente dell'erroneità dei suoi esiti*”.

⁵³⁷ Cons. St., sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138/o., in www.lamministrativista.it. Nel dettaglio, la suddetta ordinanza (resa nell'ambito di una controversia relativa ad una gara indetta in base al Codice del 2006): (i) ammette (e propone, in tesi, all'Adunanza Plenaria) la rivelabilità d'ufficio, in appello, l'inammissibilità del ricorso con cui si censuri, solo al momento dell'aggiudicazione, la scelta del criterio di aggiudicazione, ponendo in dubbio visto che la questione non era mai stata dedotta dalle parti o rilevata dal TAR, la formazione del giudicato implicito; (ii) accoglie la tesi espressa nella richiamata sentenza n. 2014/2017 sull'ammissibilità dell'impugnazione immediata del criterio di aggiudicazione sulla base dell'assunto che tale sia (l'unica) interpretazione in linea con il nuovo assetto normativo; (iii) sulla base dello stesso presupposto sub (ii), e in particolare sulla gerarchia tra gli interessi protetti, sollecita una completa revisione dell'orientamento del 2003, proponendo la totale impugnabilità immediata delle clausole del bando (ad eccezione di quelle definite “incerte”). A “copertura” del deferimento all'Adunanza Plenaria, l'ordinanza invoca, seppur “in via subordinata” nell'ipotesi in cui la stessa Adunanza Plenaria “*dovesse optare per la tesi della non rilevanza d'ufficio in appello della inammissibilità del ricorso, per effetto del giudicato implicito*”, il quinto comma dell'art. 99 c.p.a. (ai sensi del quale “*Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato*”). Quest'ultima disposizione disciplina tuttavia un'ipotesi (ossia la possibilità di affermare il principio di diritto nonostante il rigetto in rito del ricorso) diametralmente opposta rispetto a quella paventata, seppur “in via subordinata”, dall'ordinanza (in cui si richiede l'affermazione del principio di diritto anche in caso in cui venga negata la rilevanza d'ufficio dell'inammissibilità per il formarsi del giudicato implicito, evidentemente confermando la ritualità del ricorso). Ne deriva pertanto che la sezione chiede all'Adunanza Plenaria di enunciare il principio nell'interesse della legge non nell'ipotesi in cui la stessa Adunanza dovesse dichiarare l'inammissibilità del ricorso (giacché questa è la tesi prospettata dalla sezione e che sostiene l'intera remissione, facendo salvo evidentemente il riconoscimento dell'errore scusabile e delineando gli effetti temporali della pronuncia, come precisato dalla stessa ordinanza), ma nell'ipotesi in cui il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa dovesse dichiarare l'*irrilevanza*, ai fini della soluzione caso di specie, della questione deferita. A giustificazione del deferimento inoltre l'ordinanza non invoca l'esistenza ai sensi del comma 1 dell'art. 99 di un contrasto giurisprudenziale (esistente seppur “in nuce”), ma evidenzia l'esistenza di un orientamento maggioritario nella giurisprudenza di primo grado (evidentemente) saldato alla tesi “tradizionale” affermata dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003.

⁵³⁸ Nonostante la questione relativa all'onere di partecipazione alla gara per poter contestare le clausole del bando che rendono altamente improbabile la possibilità di conseguire l'affidamento sia stata recentemente oggetto del rinvio pregiudiziale alla CGUE, da parte del TAR Liguria, sez. II, 29 marzo 2017, n. 263, in [lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), la questione è stata comunque (seppur più genericamente) sottoposta anche al vaglio dell'Adunanza Plenaria.

La suddetta ordinanza, sviluppando il ragionamento effettuato nella richiamata sentenza, ha dichiaratamente rifiutato la tesi secondo la quale il nuovo Codice avrebbe spostato il processo amministrativo in materia di contratti pubblici verso una giurisdizione di tipo “oggettivo” e ha evidenziato che l’introduzione dell’onere di impugnazione delle ammissioni *“rafforza l’opinione secondo cui emergono autonomi interessi sostanziali già nella serie procedimentale che precede il provvedimento conclusivo di aggiudicazione”*.

La questione sottoposta all’Adunanza Plenaria riguarda infatti non solo l’onere di immediata impugnazione del criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante, ma è estesa anche all’eventuale immediata impugnazione *“di altri provvedimenti conclusivi di autonome fasi dell’iter, autonomamente lesivi, diversi dall’aggiudicazione”*.

L’ordinanza attribuisce al comma 2-bis una carica trainante verso la progressiva differenziazione degli interessi emergenti nel corso della procedura di gara, cui corrisponde una (ulteriore) differenziazione della tutela e del rito speciale.

Il Collegio evidenzia significativamente che *“l’ammissione degli altri concorrenti è dal punto di vista logico - e soprattutto dal punto di vista della “differenziazione” della posizione giuridica del partecipante rispetto al bene della vita riguardante il corretto svolgimento della gara, in sintonia con i valori della concorrenza - un minus rispetto all’interesse dell’operatore economico ad ottenere una lex di gara che gli consenta di competere secundum legem. Se, infatti, non v’è dubbio che l’aver previsto una legittimazione “anticipata” del concorrente, svincolata dall’altrui chances di aggiudicazione, oltre che dalle proprie, ha significato riconoscere un bene della vita diverso, autonomo anche se strumentale rispetto a quello squisitamente personale dell’aggiudicazione (ossia l’interesse a competere esclusivamente con chi ne ha titolo), è parimenti pacifico che questo bene della vita si colloca, su di un piano gerarchico, in posizione gradata rispetto all’interesse del concorrente ad una disciplina della gara che sia conforme ai criteri di legge in base ai quali l’operatore si è attrezzato per competere (su tutti il criterio di aggiudicazione)”*.

In base alla soluzione interpretativa fornita dall’ordinanza sopra richiamata, (secondo la logica che nel più sta il meno), il riconoscimento da parte del Legislatore di un’azione immediata al soggetto “ammesso”, presuppone il riconoscimento dell’interesse a concorrere in una gara in cui le regole siano conformi alla normativa.

6.2. (SEGUE) RIFLESSIONI SULL’INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DEL COMMA 2-BIS

Dalla mancanza di un’autonoma lesività dell’atto di ammissione degli altri partecipanti (stante, come già evidenziato la sua precarietà nell’iter procedimentale e inidoneità a produrre effetti

esterni al procedimento⁵³⁹) deriva che l'azione si basa su una *fictio iuris* creata dalla legge (comma 2-bis).

Mancando la lesione ad un interesse è evidente che non vi è alcuna utilità dall'esercizio dell'azione giurisdizionale.

Invero l'unica l'utilità ritraibile dalla sua impugnazione coincide, unicamente, con la mancata produzione degli effetti preclusivi previsti dallo stesso comma 2-bis.

L'interesse a ricorrere nel "mini-rito" assume dunque una speciale fisionomia non riconducibile al tradizionale e inscindibile binomio dell'attualità e dell'utilità, rimanendo nella sfera dell'eventualità⁵⁴⁰.

Tale, del tutto peculiare, processo (che sembra in realtà solo un'autonoma, "fase processuale") prescinde da un "bene della vita" sostanziale⁵⁴¹: il ricorrente è infatti onerato (e per un verso sollecitato) ad innescare un artificioso processo da cui non potrà ottenere nient'altro che di non incorrere nella preclusione processuale al momento dell'impugnazione dei "*successivi atti della procedura*" (i.e. l'aggiudicazione ad altri).

A tale ricostruzione si contrappone l'interpretazione della richiamata ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria e della giurisprudenza amministrativa che ha applicato l'orientamento accolto dalla più volte richiamata sentenza n. 2014/2017, secondo cui il ricorrente con l'impugnazione immediata delle ammissioni o delle clausole del bando non "escludenti" persegue un "bene della vita" diverso dall'aggiudicazione, coincidente rispettivamente con l'interesse a concorrere in una procedura di gara "regolare" in cui i partecipanti siano *legittimi* partecipanti o la cui disciplina sia *conforme* alla normativa codicistica.

⁵³⁹ Il rapporto tra l'idoneità dell'atto amministrativo non definitivo, giacché collocato all'interno dell'*iter* procedimentale in corso, a produrre effetti lesivi "propri" e la sua immediata impugnabilità veniva evidenziato da M. NIGRO, *op. cit.*, 276 richiamando la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria, 16 giugno 1978, n. 17, laddove spostava il sindacato giurisdizionale ampliandolo all'«intero processo di trasformazione del potere». L'Adunanza Plenaria superava infatti la qualificazione della delibera comunale di approvazione del PRG quale "mero fatto" procedimentale, come tale non direttamente impugnabile, evidenziando che lo stesso, incidendo immediatamente nella sfera giuridica di coloro che prima dell'adozione (definitiva) del piano avrebbero potuto «ottenere la licenza per realizzare un progetto ora non più eseguibile per contrasto con il piano in itinere» doveva considerarsi immediatamente lesivo e dunque impugnabile.

⁵⁴⁰ Cfr. M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *dir. proc. amm.* 2017, 3, 947, che intravedendo nel "mini-rito" un indice normativo che contamina la giurisdizione in senso "oggettivo", lo descrive come una "*tessera extravagante un'azione apparentemente priva di interesse processuale, promossa, in sostanza, nell'interesse della legge*". 27 Sui caratteri dell'interesse a ricorrere si v. L. MAZZAROLLI, *Il giudizio amministrativo*, in *Diritto amministrativo – Parte speciale, Giustizia amministrativa*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, Monduzzi Editore, 2005, 528.

⁵⁴¹ A. LIEBMANN, 121, secondo cui l'interesse ad agire si distingue da quello sostanziale per la cui protezione si intenta l'azione e ha per oggetto il provvedimento che si domanda al giudice "*come mezzo per ottenere il soddisfacimento dell'interesse primario, rimasto lesa dal comportamento della controparte o più genericamente dalla situazione di fatto oggettivamente esistente (...)* L'interesse ad agire sorge dalla necessità di ottenere dal processo la protezione dell'interesse sostanziale; presuppone perciò la lesione di questo interesse e l'idoneità del provvedimento domandato a proteggerlo e soddisfarlo".

In altri termini, secondo tale indirizzo, viste le significative innovazioni apportate dal nuovo Codice dei contratti e in particolare il comma 2-bis sulle regole processuali la giurisprudenza ha avvertito la “*necessità di riconoscere, nei suddetti strumenti normativi, in particolare nel rito c.d. “superaccelerato” del comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a. un vero e proprio interesse sostanziale alla correttezza e legittimità del confronto concorrenziale nelle pubbliche gare da valorizzarsi adeguatamente nell’esigenza di risolvere subito e pregiudizialmente le questioni inerenti lo svolgimento della gara*”⁵⁴²”.

Ne discende che il *dies a quo* per ricorrere è anticipato per tutti i provvedimenti diversi dall’aggiudicazione al momento della loro pubblicazione (bando/ammissioni/esclusioni/altri atti intermedi) senza dover più attendere la conclusione dalla gara, sostituendo, nella sostanza al requisito della “*lesività*” quello della mera “*definitività*”.

Senza addentrarsi nel complesso tema della sovrapposibilità tra interesse sostanziale e processuale, ci si limita in questa sede a sviluppare alcune obiezioni all’iter argomentativo utilizzato dalla richiamata giurisprudenza.

La tesi prospettata astraie dalla norma processuale un interesse sostanziale sulla base dell’argomento *a fortiori* secondo cui il Codice (e in particolare il comma 2-bis) in realtà “*minus dixit quam voluit*”⁵⁴³ (si afferma infatti che nel mini rito il “*bene della vita si colloca, su di un piano gerarchico, in posizione gradata rispetto all’interesse del concorrente ad una disciplina della gara che sia conforme ai criteri di legge in base ai quali l’operatore si è attrezzato per competere (su tutti il criterio di aggiudicazione)*”) così estendendo l’onere di immediata impugnazione anche alle previsioni del bando di gara non direttamente lesive.

L’interpretazione non tiene conto della formulazione letterale dello stesso comma 2-bis laddove inserendo una preclusione processuale riferita ai “*successivi atti*” (ma riferendosi evidentemente all’aggiudicazione della gara) conferma che la spettanza o meno del contratto posto a gara è l’unico bene della vita rilevante.

L’iter argomentativo seguito dalla giurisprudenza tralascia, in altri termini, che il comma 2-bis, il Legislatore non ha fatto altro che artificiosamente segmentare in distinte parentesi processuali (l’una dedicata alle controversie sulle ammissioni/esclusioni e un’altra sull’aggiudicazione) un unico processo incardinato dal ricorrente al fine di ottenere l’aggiudicazione della gara.

Costituisce ulteriore dimostrazione della dimensione unitaria del processo la mancata previsione di un termine di *stand-still* tra l’impugnazione dell’ammissione e l’aggiudicazione. Il modello processuale introdotto con l’art. 204 del Codice dei contratti non scardina infatti la

⁵⁴² TAR Lazio, Roma, Sez II-ter, 30 novembre 2017, n. 11875.

⁵⁴³ Nel significativo spiegato da G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980 351 e 355 ss.

tradizionale teorica secondo cui il vaglio preliminare sull'esistenza dell'interesse a ricorrere (*ex art. 100 c.p.c.*) è un accertamento di tipo negativo, che si svolge al momento della decisione,⁵⁴⁴ in cui il giudice non ricerca l'esistenza di una (qualsiasi) *utilitas* ritraibile dalla sentenza⁵⁴⁵, ma “registra i casi nei quali è certo che nessun vantaggio può essere tratto”⁵⁴⁶ dalla stessa.

Successivamente all'impugnazione delle ammissioni nessuna speciale disposizione osta all'applicazione dell'art. 100 c.p.c. sicché il giudice amministrativo (di primo grado o di appello) al momento della decisione sull'impugnazione delle ammissioni (o della sentenza che abbia definito il giudizio di primo grado), dovrà tener conto della graduatoria della gara, e dichiarare, conseguentemente, il venir meno dell'interesse a ricorrere dei soggetti collocati in una posizione non utile per contestarne l'esito.

In altri termini nel “mini-rito” l'interesse non si spoglia della sua veste di filtro “selettore” funzionale a impedire che si scenda all'esame del *merito*, quando l'accoglimento della domanda non produrrebbe alcuna utilità del ricorrente⁵⁴⁷.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha dovuto del resto attenuare il proprio orientamento che aveva inizialmente qualificato il “mini-rito” come un circuito totalmente “impermeabile” alle vicende della gara successive alla pubblicazione di cui all'art. 29 comma 1 del Codice e ammettere che l'interesse al ricorso “non può, anche durante il processo, essere valutato in modo avulso dalla realtà storica costituita dalla graduatoria formulata, e dunque nell'indifferenza della posizione ivi conseguita dalle singole imprese partecipanti alla gara; Ritenuto infatti che la distinzione e la separatezza del giudizio *ex art. 120*, commi 2-bis e 6-bis, rispetto a quello ordinario (seppure costituente anch'esso rito speciale) del medesimo art. 120 non contempla per il giudice del primo un divieto di prendere in considerazione i fatti storici medio tempore venuti in essere e risultanti dai suoi atti processuali, come, appunto, l'avvenuta aggiudicazione della gara e gli effetti di eventuali impugnazioni di quest'ultima”⁵⁴⁸.

L'operazione interpretativa che allarga le maglie degli interessi protetti si presta inoltre ad una seconda obiezione giacché tralascia che il comma 2-bis dovrebbe considerarsi in ragione degli

⁵⁴⁴ A. TRAVI, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 200;

⁵⁴⁵ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, II ed., 1976, 123, che riprendendo la definizione da A.M. SANDULLI sottolineava come l'interesse ad agire «altro non è se non proprio l'utilità che al ricorrente è possibile conseguire attraverso il processo amministrativo». L'impostazione è accolta anche da R. VILLATA, *Interesse ad agire (diritto processuale amministrativo)*, in *enc. giur. treccani*, Roma 1989, xvii e oggi in *scritti di giustizia amministrativa*, Milano 2015, 585 ss.. Sul tema si v. S. DE PAOLIS, *le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2013, 323 ss..

⁵⁴⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *dir. proc. amm.*, 2017, 3, 771.

⁵⁴⁷ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Giuffrè 2015, 223.

⁵⁴⁸ Cons. St., sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257.

(eccezionali) termini decadenziali in esso previsti una “*norme a fattispecie esclusiva*”, perciò di per sé insuscettibile di applicazione estensiva o analogica⁵⁴⁹.

Né utili argomenti a sostegno del *revirement* sembrano parimenti rintracciabili nelle altre due disposizioni richiamate dalla giurisprudenza (*i.e.* la nullità prevista dal comma 1 bis dell'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 e all'art. 83 comma 8 del d. lgs. n. 50/2016; l'introduzione nell'ordinamento dell'istituto delle “raccomandazioni vincolanti” dell'Autorità Nazionale Anticorruzione previsto dall'art. 211, comma 2 del d. lgs. 50/2016 e, dopo la sua abrogazione, della legittimazione dell'ANAC ai sensi dei commi 1-bis, 1-ter, 1-quater dell'art. 211).

Tali fattispecie proprio in quanto innegabili indici di una generale e autonoma vocazione dell'interesse alla “regolarità” della procedura di gara non soffrono dei limitatissimi termini di decadenza che sono imposti agli operatori (e sarebbero imposti nel caso della previsione di un immediato onere di impugnazione del bando).

Agli argomenti che spingono verso un *revirement* evidenziati dall'ordinanza di rimessione n. 5138/2017, altra giurisprudenza ha aggiunto che l'onere di immediata impugnazione risponde “*anche ad un canone di buona fede sostanziale*” ai sensi dell'art. 1337 c.c., dal momento che gli operati sono tenuti “*all'osservanza, secondo la migliore diligenza, dei doveri di correttezza e lealtà propri di questa fase, tra i quali quello, pienamente esigibile e riconducibile al dovere di informazione, di far valere tempestivamente le ragioni di illegittimità o di irregolarità della gara che possono condizionarne lo svolgimento al punto da decretarne la ripetizione integrale*”.

Sembrerebbe quindi che *a contrario*, la mancata tempestiva impugnazione di un provvedimento non direttamente lesivo per il concorrente (quale il bando nella parte in cui disciplina il criterio di aggiudicazione scelto) “strategicamente” rimandata al momento in cui tale lesione si dovesse in ipotesi verificare (mancata aggiudicazione) integri un comportamento “sleale” in virtù di un “dovere di informazione” rimesso ai concorrenti.

Se sul piano logico la strategia sarebbe di fatto poco efficace, visto che nessun concorrente può giovarsi dell'attesa di un esito incerto quale è l'aggiudicazione della gara (giacché ogni concorrente una volta divenuto aggiudicatario rimarrebbe esposto al pericolo dell'impugnazione dell'intera gara tramite la censura del criterio scelto), non sembra potersi

⁵⁴⁹ Sono norme la cui fattispecie «non si può porre in rapporto di specie a genere rispetto a fattispecie di altre norme che valgano come principi immediatamente superiori» Vale a dire appunto norme «a fattispecie esclusiva» ossia norme non riconducibili a un principio, che in quanto tali «fanno capo solo a se stesse». M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, cit., II, 67.

confondere un (non previsto) *dovere* di “informazione” con il *potere* di segnalazione all’ANAC disciplinato dallo stesso Codice all’art. 211 e dal *considerando* 122 della direttiva 24.

TERZA PARTE - PRASSI

7. PROBLEMI APPLICATIVI SULL’INSTAURAZIONE DEL CONTRADDITTORIO

Se, precedentemente all’entrata in vigore del nuovo Codice sembrava pacifico che il concorrente che volesse contestare la propria esclusione dalla gara dovesse notificare il ricorso solamente alla stazione appaltante che ne avesse disposto l’estromissione⁵⁵⁰ la disciplina del “mini-rito” non agevola l’interprete nell’individuazione di una chiara regola che consenta la corretta instaurazione del contraddittorio processuale.

Si pensi all’ipotesi in cui, a seguito dell’esito vittorioso del giudizio incardinato dal soggetto escluso avverso la propria estromissione, la stazione appaltante riammetta lo stesso concorrente e gli aggiudichi la gara.

È evidente che sebbene l’illegittimità dell’esclusione sia stata accertata dal giudice amministrativo, la riammissione dell’aggiudicatario potrebbe essere affetta da vizi diversi rispetto a quelli precedentemente rilevati dalla stazione appaltante nell’esclusione (e sottoposti al vaglio giurisdizionale) sicché il secondo classificato, deve poterne contestare la legittimità per non incorrere nella preclusione processuale di cui al comma 2-*bis*.

La questione interpretativa che si pone è se la contestazione dei requisiti generali e speciali del partecipante escluso debba avvenire nello stesso giudizio sull’esclusione (sicché tale soluzione imporrebbe l’estensione del contraddittorio agli ammessi) o nel successivo momento della riammissione o dell’aggiudicazione allo stesso concorrente precedentemente estromesso.

Sebbene sia innegabile, come evidenziato dalla dottrina, che l’ammesso non abbia un interesse concreto, diretto e attuale ad impugnare autonomamente l’altrui esclusione⁵⁵¹, il principio di concentrazione della tutela e la formulazione letterale dell’art. 120 comma 2-*bis* (“*Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni*”) spingono verso l’accoglimento della prima soluzione interpretativa, imponendo all’escluso di chiamare in giudizio gli ammessi alla procedura affinché possano dedurre (per mezzo di ricorso incidentale, in quello stesso giudizio, l’esistenza di vizi diversi rispetto a quelli rilevati dalla stazione appaltante nel provvedimento impugnato (o in assenza di vizi ulteriori proporre un intervento *ad opponendum*).

⁵⁵⁰ Si v. *ex multis*, TAR Lazio, sez. II, 5 marzo 2014 n. 2550.

⁵⁵¹ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi*, *op. cit.*, 718

Qualora il ricorrente/escluso (o il giudice *ex art.* 28 c.p.a.) non abbia esteso il contraddittorio agli ammessi e la stazione appaltante non abbia effettuato una seconda pubblicazione, *ex art.* 29, comma 1, del Codice, del provvedimento di riammissione (che in tal caso dovrebbe essere impugnato ai sensi dell'art. 120 comma 2-*bis*⁵⁵², non può evidentemente operare in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, la preclusione alla deduzione di vizi relativi alla partecipazione alla gara del soggetto precedentemente escluso⁵⁵³.

In entrambe le ipotesi, come evidenziato dalla dottrina, i vizi che avevano comportato l'esclusione vagliata dal giudice, dovrebbero essere contestabili dagli altri ammessi non evocati in giudizio tramite opposizione di terzo *ex art.* 108 c.p.a.⁵⁵⁴.

8. L'INAMMISSIBILITÀ DELL'IMPUGNAZIONE "CONGIUNTA" DELL'AMMISSIONE E DELL'AGGIUDICAZIONE E DEI MOTIVI AGGIUNTI CONTRO L'AGGIUDICAZIONE

Il Legislatore delegato, nonostante le specifiche sollecitazioni del Parere del Consiglio di Stato⁵⁵⁵ noncurante dell'orientamento particolarmente restrittivo assunto da una parte della

⁵⁵² TAR Sicilia, sez. I, 10 ottobre 2017, n. 2372.

⁵⁵³ Al contrario la suddetta preclusione opera per il ri-amMESSO (aggiudicatario) giacché, stante la formulazione del comma 2-bis, lo stesso avrebbe dovuto impugnare l'ammissione degli altri concorrenti già dal momento della (e dunque unitamente alla) sua esclusione.

⁵⁵⁴ R. CAPONIGRO, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Id., *Riflessioni sulla tutela*, op. cit., 18, secondo cui dalla posizione di interesse legittimo delineata dalla nuova disciplina "che si distingue dalla tradizionale posizione di interesse legittimo all'aggiudicazione della gara per il diverso "bene della vita" perseguito - una volta scolpita dal legislatore attraverso la previsione di una legittimazione *ex lege* all'impugnazione dell'altrui ammissione, impone di ritenere i concorrenti ammessi controinteressati in senso tecnico laddove un'impresa impugni in sede giurisdizionale la propria esclusione. Di qui, l'onere per l'impresa che impugni la propria esclusione di notificare il ricorso, oltre che alla stazione appaltante, agli altri candidati ammessi a partecipare alla gara. (...) In ragione di tale sviluppo argomentativo, nell'ipotesi in cui, come nelle vicende contenziose richiamate nel testo, il giudizio si sia svolto in assenza delle altre imprese concorrenti, la sentenza di accoglimento, oltre alle valutazioni di merito precedentemente svolte sul *vulnus alla ratio* del vincolo di aggiudicazione, dovrebbe ritenersi già sotto tale profilo ingiusta per essere stata emessa in carenza di contraddittorio ed il rimedio avverso la stessa potrebbe essere individuato nell'opposizione di terzo proponibile dalla parte necessaria pretermessa ai sensi dell'art. 108 c.p.a., secondo cui un terzo può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi".

⁵⁵⁵ Il più volte citato Parere sullo schema di correttivo al Codice dei contratti ha evidenziato che la maggiore criticità riscontrata nell'applicazione pratica del nuovo rito attiene alla circostanza che può verificarsi che nel corso del giudizio sulle ammissioni e/o le esclusioni sopraggiunga l'aggiudicazione, creandosi il problema di concorso o conversione di riti diversi (possibilità esclusa da una parte della giurisprudenza amministrativa). La Commissione ha evidenziato che una possibile soluzione potrebbe essere la previsione di una norma di *standstill* preprocessuale e processuale che accompagni l'impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni, in modo da evitare che la procedura di gara arrivi all'aggiudicazione prima che si sia concluso il giudizio sulla corretta composizione della platea dei concorrenti. Al fine di evitare che lo *standstill* paralizzi gare urgenti, la Commissione suggeriva di prevedere che la stazione appaltante potesse, costituendosi in giudizio, chiedere al giudice la sospensione dello *standstill*. Il Parere ha suggerito di aggiungere all'art. 32 del Codice due commi, 3-*bis* e 3-*ter*, contenenti delle disposizioni sostanzialmente analoghe a quelle già contenute nei commi 9 e 11, riferite ovviamente alla fase di ammissione/esclusione dei concorrenti precisando che «il computo totale di una simile sospensione potrebbe ragionevolmente essere fissato in 35 giorni, per un totale complessivo di 70 giorni». Ai fini della soluzione al problema per il ricorso "congiunto" la Commissione suggeriva anche la cd. "opzione zero"

giurisprudenza amministrativa⁵⁵⁶, ha scelto di non disciplinare l'ipotesi del "concorso" tra rito speciale e "super-speciale" qualora la tempistica della gara permetta l'impugnazione "congiunta" delle ammissioni/esclusioni e dell'aggiudicazione della gara.

I primi commentatori, per risolvere la questione, hanno proposto, pur premettendone la difficile applicabilità concreta, di far leva sul rinvio esterno (ex art. 39 c.p.a.) e applicare l'art. 40 del c.p.c. (che stabilisce «*Qualora le cause connesse siano assoggettate a differenti riti speciali debbono essere trattate e decise col rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza o, in subordine, col rito previsto per la causa di maggior valore*») evidenziando comunque che, in caso di "cumulabilità" l'intero giudizio non dovrebbe seguire più il rito "acceleratissimo" previsto dal comma 6-bis, ma quello "speciale", ferma restando la diversa decorrenza dei termini di impugnazione⁵⁵⁷.

Quanto alla proponibilità dei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione, l'impianto dell'art. 204, del d.lgs. n. 50 del 2016 tende senz'altro ad evitare la commistione dei giudizi sugli atti di cui al comma 2-bis con quelli avverso i successivi atti della procedura e, proprio a tal fine, il comma 7, dell'art. 120 c.p.a. (che, in caso di ricorsi ex art. 120 c.p.a., impone di impugnare gli atti della medesima procedura con motivi aggiunti al primo ricorso), pone un'apposita eccezione per le controversie di cui al comma 2-bis.

proponendo di «*non intervenire in alcun modo sulla previsione processuale, in modo da consentire un congruo periodo di sperimentazione della stessa (stimandosi congruo un periodo almeno biennale di "standstill legislativo"), e la sedimentazione della elaborazione giurisprudenziale, prima di un intervento normativo correttivo*». Come si vedrà nel successivo paragrafo, il legislatore delegato ha accolto quest'ultima soluzione decidendo di non inserire un nuovo termine di *standstill*.

⁵⁵⁶ Il Consiglio di Stato (sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059/o, con la già citata nota di L. BERTONAZZI, in *dir. proc. amm.*, 2017, 710), ha escluso l'ammissibilità di domande sia cautelari che di merito proposte contemporaneamente avverso l'ammissione e l'aggiudicazione della gara, «*«dovendo, invece, anche agli strumentali fini cautelari trattarsi il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva secondo l'usuale rito, pur "speciale", disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120»*. L'ordinanza evidenzia infatti l'incompatibilità del suddetto ricorso "congiunto" con il "mini-rito" in quanto, quest'ultimo disegna per le gare pubbliche un «*nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda*». In terzo luogo, l'ordinanza ha escluso che in caso di ricorso "congiunto", contro l'ammissione e l'aggiudicazione possa trovare applicazione l'art. 32, co. 1, c.p.a. e dunque il rito possa essere convertito da "super-speciale" a "speciale" in quanto dalla lettera della disposizione si ricava che «*tale disposizione non può trovare applicazione nel caso di riti entrambi previsti dal Titolo V del Libro IV c.p.a.*». Il Collegio avverte che la cumulabilità delle azioni e la suddetta conversione del rito finirebbe per introdurre «*surrettiziamente*» nell'ordinamento «*un terzo rito, misto tra i due*» che «*ostacolerebbe il conseguimento sistematico delle finalità che con il rito dell'art. 120, comma 2-bis la nuova norma intende realizzare*» e contrasterebbe con le «*distinte condizioni dell'azione e struttura del rito anticipato, che – a differenza di quanto avviene per altre azioni del processo amministrativo – non possono né essere confuse con le usuali, né esservi assorbite o assorbirle*»; Per l'indirizzo interpretativo contrario rispetto a quello dell'ordinanza sopra richiamata cfr. TAR Lazio, sez. II-ter, 30 marzo 2017, n. 4054; Id., 16 febbraio 2017, n. 2522 Id., Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367, con commento di M. MARTINELLI, R. DE ROSE, in www.lamministrativista.it.

⁵⁵⁷ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., 36.

Nonostante la chiarezza del dato letterale evidentemente ostativo, alla proponibilità dei motivi aggiunti nel “mini-rito” la giurisprudenza amministrativa è tuttavia oscillante.

Una parte della giurisprudenza, facendo leva su ragioni di economia processuale e sull’esigenza di evitare il rischio di giudicati contrastanti, afferma l’ammissibilità dei motivi aggiunti avverso l’aggiudicazione⁵⁵⁸.

Un indirizzo totalmente opposto afferma “l’irritualità” dei motivi aggiunti che amplino il *petitum* puntualmente circoscritto dall’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. alle sole ammissioni e esclusioni⁵⁵⁹. Anche l’indirizzo più restrittivo comunque precisa che una lettura coordinata dell’art. 120, comma 7, c.p.a., con il precedente comma 6-*bis*, (laddove consente il rinvio della camera di consiglio ovvero dell’udienza pubblica a seguito della proposizione anche di “motivi aggiunti”) sembra legittimare la proposizione dei motivi aggiunti introduttivi di «*nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte*» (cd. motivi aggiunti “propri”).

L’insostenibilità di un sistema a doppia sequenza processuale, che non permetta l’impugnazione “congiunta” persino qualora tale possibilità sia di fatto consentita dalla tempistica della gara e non consenta la proposizione di motivi aggiunti sembra tuttavia provocare uno scontro frontale con gli obiettivi di *razionalizzazione e speditezza e efficacia* del processo.

Ne costituisce significativo esempio la questione che ha recentemente impegnato la Sezione I-*bis* del TAR romano e la Quinta sezione del Consiglio di Stato, nell’esame dei numerosi ricorsi contro le reciproche ammissioni presentati dai candidati alla procedura bandita dal Ministero della difesa per l’affidamento del servizio di ristorazione e *catering* annuale⁵⁶⁰.

Nelle more della celebrazione dei giudizi di appello delle sentenze di primo grado sulle ammissioni e esclusioni e nonostante la sospensione di alcune delle suddette sentenze con decreti monocratici del Presidente della Quinta sezione del Consiglio di Stato⁵⁶¹, la stessa Sezione del TAR ha esaminato (con le sentenze depositate tra il 9 maggio⁵⁶², il 15 maggio⁵⁶³, 18 maggio⁵⁶⁴ 25 maggio⁵⁶⁵ e il 5 giugno 2017⁵⁶⁶), nel merito i (separati) ricorsi proposti dalle stesse imprese contro le aggiudicazioni della gara, pur mancando ancora la «*crystallizzazione*

⁵⁵⁸ TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434; Id., Puglia, Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367.

⁵⁵⁹ TAR Lazio, Roma, sez. I-*bis*, ord. 20 gennaio 2017, n. 1026.

⁵⁶⁰ si v. le sentenze del TAR Lazio, Roma, I-*bis*, 6 febbraio nn. 1963-1966, 7 febbraio nn. 2079- 2085, 8 febbraio nn. 2091-2094; 2113-2129; 2154-2157, 9 febbraio 2017 nn. 2174-2177.

⁵⁶¹ Decreti nn. 637, 744, 745, 746, 747 del 2017.

⁵⁶² nn. 5547/5549-5561.

⁵⁶³ n. 5776.

⁵⁶⁴ nn. 5928, 5931.

⁵⁶⁵ n. 6260.

⁵⁶⁶ nn. 6612, 6613, 6614, 6615.

della platea dei concorrenti» e non essendosi formata la «incontestabile certezza sui protagonisti della gara» auspicata dalla disciplina del mini-rito.

A dimostrazione dell'eterogenesi dei fini del modello processuale ideato dal nuovo Codice, nella fase di merito del giudizio di appello sulle sentenze relative alla legittimità delle ammissioni/esclusioni dalla stessa gara, il Consiglio di Stato ha dichiarato l'improcedibilità dei ricorsi proposti contro le ammissioni incardinati dai partecipanti collocati in una posizione non utile nella graduatoria finale e che, nel giudizio sulle ammissioni, abbiano visto respinte le proprie doglianze contro i concorrenti che li precedono nella graduatoria finale⁵⁶⁷.

9. L'AMMISSIBILITÀ E IL PERIMETRO APPLICATIVO DEL RICORSO INCIDENTALE "ESCLUDENTE"

Come espressamente previsto dall'art. 120, comma 2-bis c.p.a., l'intempestiva presentazione del ricorso contro le ammissioni preclude ai concorrenti di dedurre in sede di impugnazione dell'aggiudicazione censure afferenti ai requisiti generali e speciali e di "paralizzare", mediante lo strumento del ricorso incidentale "escludente", il ricorso principale.

Il successivo comma 6-bis tuttavia ammette la proposizione del ricorso incidentale laddove stabilisce che *"la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale"*, lasciando apparentemente aperta la possibilità di articolare, con tal ricorso, vizi afferenti l'ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine fissato dal comma 2-bis.

Una parte della giurisprudenza amministrativa ha escluso che nel "mini-rito" possa trovare applicazione l'art. 42 c.p.a., evidenziando che la disciplina del rito "super-speciale" impone la presentazione delle censure avverso gli atti di ammissione e esclusione necessariamente entro i termini previsti dal suddetto comma 2-bis⁵⁶⁸. Un'altra parte della giurisprudenza, confermando la predetta interpretazione, ha precisato che non è possibile trarre diversi argomenti dal richiamato comma 6-bis dell'art. 120 c.p.a., che si riferisce alle impugnazioni, proposte in via incidentale, ad oggetto, non vizi di legittimità delle ammissioni, ma un oggetto diverso quale ad esempio la *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale. La stessa giurisprudenza ha precisato che, diversamente opinando, *«si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2 bis di consentire l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa (...)*

⁵⁶⁷ Cons. St., sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257, in www.lamministrativista.it.

⁵⁶⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 8 febbraio 2017, n. 2118.

Dunque si violerebbe il comma 2 bis citato e, soprattutto, la ratio sottesa al nuovo rito superspeciale⁵⁶⁹».

Un'altra parte della giurisprudenza ha ritenuto che non vi è alcuna reale valenza ostativa all'applicazione, nell'ambito del rito di cui all'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., dell'art. 42 comma 1, c.p.a.. E ciò perché dal punto di vista della *ratio legis* la decorrenza del termine di introduzione dell'impugnativa incidentale dalla notifica del ricorso principale, non pare compromettere il conseguimento dell'obiettivo essenziale avuto di mira dal legislatore, *“restando comunque ferma la preclusione all'attivazione del rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione”*.

Del resto, in termini di rapidità di celebrazione del contenzioso, la posposizione del ricorso incidentale alla notifica del ricorso principale importa un incremento dei tempi processuali non significativo (30 giorni) e, comunque, del tutto equivalente all'analogo differimento tollerato in caso di proposizione dei motivi aggiunti (120, comma 6-*bis*, c.p.a.)⁵⁷⁰.

L'espunzione *“della modalità procedurale prevista dall'art. 42 c.p.a.”* comporterebbe una considerevole compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente, la quale, vista contestata la sua ammissione in gara, non potrebbe *“paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria. Sicché il concorrente ammesso alla procedura che volesse tutelarsi da eventuali iniziative avversarie miranti a provocarne l'esclusione dalla gara, non avrebbe altra via che quella di agire in via preventiva, impugnando le altrui ammissioni prima ancora di avere notizia di analoghe iniziative proposte nei suoi confronti e senza poter saggiare l'utilità difensiva della sua iniziativa processuale”*.

La soluzione adottata dal Collegio preserva l'esigenza di concentrare in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al comma 6-*bis* dell'art. 120, tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, nella piena esplicazione dei principi della *“parità delle armi”* e della *“effettività del contraddittorio”* e al contempo salvaguarda la natura dell'impugnazione incidentale quale mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

L'interpretazione fornita (ancorché finalizzata ad ampliare la tutela processuale) forza il dato letterale (giacché il comma 2-bis indica un termine di decadenza di 30 giorni che dovrebbe

⁵⁶⁹ TAR Campania, Napoli, sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226, in *lamministrativista.it*.

⁵⁷⁰ La sentenza afferma che *“il fatto stesso che l'art. 120, comma 6 bis, c.p.a., nel contesto di una norma espressamente riferita al rito sulle ammissioni ed esclusioni, faccia menzione del ricorso incidentale, porta a ritenere che la portata di tale rimedio processuale sia da intendersi estesa (quantomeno anche) agli atti che costituiscono l'oggetto proprio di questa tipologia di rito”*.

valere per tutti gli ammessi), consentendo al controinteressato/ricorrente incidentale (ammesso alla gara) di “beneficiare” di un ulteriore termine di 30 giorni grazie all’impugnazione della sua ammissione da parte del ricorrente principale.

La sentenza, paventando la necessità di dover garantire al ricorrente incidentale la possibilità di “paralizzare” l’impugnazione del ricorrente principale, lascia intendere, (senza tuttavia darvi nel caso di specie seguito per via dell’infondatezza della censura incidentale), che sarebbe possibile applicare nella sede processuale del "mini-rito" la questione delle censure reciprocamente escludenti.

Soluzione interpretativa che finirebbe per attribuire maggiore protezione alla posizione di un concorrente rispetto ad un altro sulla base di una mera casualità temporale.

10. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il modello processuale del “mini-rito” di cui all’art 120 commi 2-bis e 6-bis c.p.a. disegna perlomeno nella sua formulazione astratta, una tutela di tipo *oggettivo*, in cui l’azione non è caratterizzata da un interesse attuale del ricorrente e da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva.

L’operatore economico è infatti obbligato ad impugnare le ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, senza sapere ancora chi sarà l’aggiudicatario e, parimenti, senza sapere se lui stesso si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l’aggiudicazione dell’appalto.

Si impone quindi al concorrente di promuovere l’azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità, facendo carico anche all’operatore che abbia presentato un’offerta risultata poi non competitiva in esito alla selezione, di assumere gli oneri connessi all’esperimento immediato del giudizio, ossia di promuovere un ricorso inutile e non efficace.

Sebbene le direttive ricorsi consentano agli Stati di anticipare la tutela in una fase in cui le violazioni possono essere corrette e non ammettano una posticipazione della tutela al solo momento dell’aggiudicazione, qualificano, in ogni caso, il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto.

Sotto tale profilo il modello processuale appare quindi contrastare con le direttive rendendo recessivo il principio dell’immediatezza della lesione derivante dal provvedimento impugnato rispetto alla (necessaria) attualità della reazione giurisdizionale, anticipandola obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei

singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa.

Peraltro, il ricorrente non solo affronta esborsi economici ingentissimi collegati alla proposizione di plurimi ricorsi avverso l'ammissione di tutti i concorrenti alla gara (in un numero potenzialmente molto elevato), ma subisce anche per una potenziale compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara della S.A., destinataria dei plurimi ricorsi, che è chiamata, nelle more del giudizio a valutare l'offerta tecnica del ricorrente oltre che per le conseguenze in merito al *rating* d'impresa disciplinato dall'art. 83 del Codice dei contratti, che individua come parametro di giudizio (negativo) l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto.

In tale quadro, che si prospetta potenzialmente idoneo a dissuadere i concorrenti da iniziative processuali anticipate rispetto al verificarsi della lesione concreta, anche la giurisprudenza amministrativa ha condiviso le critiche sollevate da parte della dottrina che ha attribuito alla novella legislativa l'intendimento di ridurre le facoltà di difesa e, al contempo, le occasioni di sindacato del giudice amministrativo sull'esito delle gare pubbliche.

La riferita disciplina processuale sembra porti in frontale conflitto con il principio di proporzionalità e i canoni del "giusto processo" che, come evidenziato, esigono che la normativa processuale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti dalla stessa.

Il mini-rito se da un lato essa genera il rischio di una proliferazione dei ricorsi nella fase di "qualificazione", cioè di ammissione delle imprese, e di una conseguente paralisi dei procedimenti di gara, soprattutto di quelli relativi ad appalti di rilevante importo, rispetto ai quali il gravoso onere economico dell'iniziativa giudiziaria non rappresenta una remora, con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso che si immaginano garantite dalla riforma, d'altra parte frena, specialmente per le gare di non elevatissimo importo, la scelta di proporre il ricorso giurisdizionale.

In una fase anticipata in cui gli operatori non possono confidare nelle utilità derivanti dall'aggiudicazione, l'entità degli esborsi necessari per la difesa processuale può infatti costituire un motivo di forte dissuasione al ricorso agli strumenti processuali che potrebbero essere fatti valere in giudizio, compromettendo anche il diritto di difesa. La stessa normativa, imponendo a tutti i concorrenti di far valere le cause di esclusione mediante l'immediata contestazione degli atti di ammissione alla gara, sanzionando la decadenza dalla possibilità di contestare l'ammissione dei concorrenti stessi al momento della formazione della graduatoria

e dell'aggiudicazione dell'appalto, priva l'aggiudicatario del rimedio del ricorso incidentale da opporre a chi contesti l'aggiudicazione senza possedere i requisiti di ammissione alla gara.

Il rischio più grave è che l'operare della preclusione processuale finisca per rendere "inattaccabili" aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Sotto tale profilo sembrano quindi del tutto condivisibili i dubbi sulla compatibilità con le direttive ricorsi manifestati da una recente ordinanza del TAR Piemonte⁵⁷¹ in cui è stata sottolineata l'estrema difficoltà dell'accesso alla giustizia amministrativa provocata dal "mini-rito" laddove impone di:

- 1) impugnare il provvedimento di ammissione di tutte le altre ditte partecipanti;
- 2) proporre il relativo ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è resa problematica dal mancato coordinamento con il diritto di accesso agli atti;
- 3) formulare censure avverso ogni atto di ammissione, per evitare di incorrere nell'inammissibilità di un ricorso cumulativo (ogni ammissione potrebbe risultare affetta da vizi propri e distinti rispetto all'altra, con diversità oggettiva e soggettiva per ogni ricorso), con la necessaria proposizione di tanti ricorsi quante sono le ditte ammesse e quindi con la conseguenza di dover versare il contributo unificato per ogni ricorso.

L'ordinanza nel rinviare la questione in via pregiudiziale alla Corte UE ravvisa un contrasto "netto" con il principio di *effettività sostanziale* della tutela assicurato dalle direttive, sottolineando significativamente che "*per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura*".

⁵⁷¹ TAR Piemonte, 17 gennaio 2018, n. 88/o, in www.lamministrativista.it.

CAPITOLO VII

LA LEGITTIMAZIONE DELL'OPERATORE ECONOMICO AD IMPUGNARE GLI ATTI DI GARA E GLI AFFIDAMENTI DIRETTI CHE VIOLINO LA NORMATIVA SUI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Premessa: la correlazione tra legittimazione processuale e partecipazione alla gara

2. L'interesse tutelato nell'impostazione accolta dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 29 gennaio 2003 - 2.1. L'onere di impugnazione immediata delle clausole "soggettivamente escludenti" - 2.2. Quale interesse leso? - 2.3. Ulteriore ipotesi limite in caso di "oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati" - 3. L'evoluzione giurisprudenziale dopo la sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria - 3.1. L'ampliamento delle ipotesi limite "escludenti" - 3.2. Gli ulteriori interventi dell'Adunanza plenaria - 4. Il revirement del Consiglio di Stato: la sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017 e il riemergere della prospettiva concorrenziale - 5. La rimessione all'Adunanza Plenaria per un completo revirement dell'indirizzo giurisprudenziale affermato nel 2001 - 6. L'evoluzione (solo) giurisprudenziale dell'onere di impugnazione immediata del bando - 7. Critiche all'ordinanza di rimessione - 8. Considerazioni conclusive.

1. PREMESSA: LA CORRELAZIONE TRA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE E PARTECIPAZIONE ALLA GARA

La legittimazione processuale dell'operatore economico di settore opera diversamente nel caso in cui l'impresa contesti in radice l'indizione della gara, alcune tipologie di clausole del bando di gara o la mancata indizione di una procedura di evidenza pubblica, qualora sostituita (in ipotesi illegittimamente) dall'affidamento diretto del contratto.

La giurisprudenza amministrativa (precedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici) solo in sporadici casi mette deroghe all'indirizzo giurisprudenziale generale e consolidato secondo cui è privo di legittimazione a ricorrere chi non abbia partecipato alla gara, considerando tale situazione equipollente a quella di chi sia stato legittimamente (e definitivamente) escluso.

Secondo l'indirizzo progressivamente confermato negli anni dall'Adunanza Plenaria, l'operatore economico di settore per poter contestare gli atti della procedura deve essere titolare di una "*situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione*"; pertanto "*chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a*

*chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita*⁵⁷².

A tale regola, la stessa giurisprudenza amministrativa ammette le seguenti eccezioni, qualora:

- a) si contesti in radice l'indizione della gara;
- b) si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;
- c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti, precisando che solo nelle suddette - tassative - ipotesi, *“la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell'impugnazione, o perché è la stessa gara a mancare, o perché la sua contestazione in radice ovvero l'impossibilità di parteciparvi fanno emergere ex se una situazione giuridica differenziata in capo, rispettivamente, all'impresa titolare di un rapporto giuridico incompatibile con l'indizione della nuova procedura e all'impresa di settore cui è impedita la partecipazione e una sua lesione attuale e concreta”*⁵⁷³.

In senso conforme alla giurisprudenza sopra richiamata, la Corte Costituzionale ha recentemente affermato che l'impresa non partecipante alla gara non è legittimata a contestare la relativa procedura né l'aggiudicazione in favore di imprese terze, in quanto vanta una posizione giuridica sostanziale non sufficientemente differenziata, riconducibile ad un mero interesse di fatto⁵⁷⁴.

La Corte ha dichiarato le questioni inammissibili qualificando come *“implausibile”* la motivazione dal giudice *a quo*, secondo cui l'eccezione di difetto di *“interesse ad agire”* delle ricorrenti *“per difetto di presentazione della domanda di partecipazione e per difetto di lesività delle clausole impugnate”* sarebbe infondata, perché, da un lato, le ricorrenti medesime contesterebbero *“in radice la stessa gara così come strutturata nelle sue dimensioni per effetto delle norme legislative censurate”*, sicché non sarebbe necessaria, ai fini della legittimazione ad agire, la domanda di partecipazione alla gara medesima; e, dall'altro, la previsione di un lotto unico sarebbe immediatamente lesiva delle loro posizioni giuridiche.

⁵⁷² cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, che ha riaffermato i principi già elaborati dall'Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4 e dall'Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1.

⁵⁷³ cfr. TAR Liguria, sezione II, ordinanza del 29 marzo 2017, n.263, che richiama Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Id., V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Id., V, 12 novembre 2015, n. 5181.

⁵⁷⁴ Corte Cost., 22 novembre 2016, n. 245, resa nel giudizio 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), a seguito della questione sollevata dallo stesso TAR Liguria, con ordinanza del 21 gennaio 2016, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto pubblico della Regione Liguria.

Contrariamente a quanto prospettato dal giudice *a quo*, secondo cui le clausole impugnate avrebbero invece inciso sulle *chances* di aggiudicazione delle ricorrenti che si sarebbero ridotte “*fin quasi ad azzerarsi*” la Corte ha escluso che il caso *de quo* potesse rientrare tra le “ipotesi eccezionali” sopra esposte. La sentenza precisa infatti che “*da tale motivazione non si ricava alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettazione di una lesione solo eventuale, denunziabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione*”.

Tale pronuncia è stata poi ripresa dalla giurisprudenza amministrativa laddove ha ribadito che “*non si vede quale interesse giuridicamente qualificato può avere la ricorrente all'individuazione del soggetto che concretamente ha svolto la gara, una volta appurato che la procedura selettiva si è svolta regolarmente e che ad essa, soprattutto, la ricorrente non ha partecipato (né vi poteva); sul punto è sufficiente rinviare ai principi elaborati dall'Adunanza plenaria e dalla Corte costituzionale in ordine alla impossibilità di configurare, in linea generale, un interesse strumentale puro nel processo amministrativo (cfr. Corte cost., n. 245 del 2016; Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 2014)*”⁵⁷⁵.

I principi affermati dalla Corte sono stati messi in discussione dallo stesso giudice *a quo* il quale, con ordinanza del 29 marzo 2017, n. 263, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'UE la questione pregiudiziale concernente la legittimazione di un operatore economico a contestare, in radice, i termini di una procedura di gara, alla quale il medesimo non abbia presentato domanda di partecipazione, nel caso in cui la disciplina di gara renda certa o altamente probabile la sua impossibilità a conseguire l'aggiudicazione della gara stessa⁵⁷⁶.

Sul punto, ad avviso del Collegio, appaiono evidenti le conseguenze (negative) che tale orientamento produce sull'effettività della tutela del diritto alla concorrenza, in quanto “*la possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale sarebbe condizionata alla partecipazione alla gara, partecipazione che comporta di per sé rilevanti oneri, e ciò anche nel caso in cui l'impresa intendesse contestarne la legittimità per essere la gara stessa eccessivamente restrittiva della concorrenza, partecipazione che si renderebbe del tutto inutile dal momento*

⁵⁷⁵ Cfr. Cons. St., IV, 6 febbraio 2017, n. 48; Id., III, 3 febbraio 2017 n. 474.

⁵⁷⁶ Nello specifico, si chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea se gli artt. 1, par. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva ricorsi 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.

*che le chances di aggiudicazione sarebbero, fin dall'inizio, inesistenti o estremamente limitate*⁵⁷⁷.

In termini più generali si può osservare che la questione dell'interesse tutelato in giudizio qualora si contesti la disciplina di gara ha costituito oggetto di una lunga *querelle* interpretativa nella giurisprudenza amministrativa, che ha trovato un primo momento di sintesi e di messa a punto con la rimessione della relativa questione da parte della V sezione del Consiglio di Stato nel 2002 all'Adunanza plenaria⁵⁷⁸.

2. L'INTERESSE TUTELATO NELL'IMPOSTAZIONE ACCOLTA DALL'ADUNANZA PLENARIA N. 1 DEL 29 GENNAIO 2003

L'Adunanza plenaria⁵⁷⁹ ha preso posizione in maniera chiara e decisa rispetto a tutti i diversi orientamenti giurisprudenziali sopra illustrati, individuando sia il tipo di interesse legittimo sotteso, la cui lesione giustifica l'impugnazione immediata, sia i caratteri che tale lesione deve presentare perché possa essere direttamente ed immediatamente fatta valere in giudizio.

La questione sottoposta all'Adunanza plenaria era volta, essenzialmente, all'individuazione del tipo di clausole che devono, a pena di decadenza, essere impugnate immediatamente e, cioè,

⁵⁷⁷ TAR Liguria, Sez. II, il quale, ordinanza 29 marzo 2017, n. 263, in *www.lamministrativista.it*. Nel caso di specie, il Tar prospetta due diverse conclusioni del giudizio: a) cessazione della materia del contendere (alla luce dell'emanazione della L.R. n. 19/2016, che ha abrogato le disposizioni della L.R. Liguria n. 33/2013 su cui verteva la questione di legittimità costituzionale), qualora si ritenesse che l'impugnazione dell'intera procedura di gara rientri tra le ipotesi eccezionali in cui si considera legittimato a ricorrere finanche l'operatore economico che non abbia preso parte alla gara (casi in cui la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell'impugnazione). In tale ipotesi, secondo il principio della soccombenza virtuale, le spese processuali ed il contributo unificato, verrebbero poste a carico della parte resistente, con conseguente rifusione delle stesse in favore della ricorrente; b) dichiarazione di inammissibilità della domanda per difetto di interesse ad agire, qualora si seguisse invece la statuizione resa dalla sentenza n. 245/2016 della Corte Costituzionale (considerare le società ricorrenti non legittimate ad impugnare gli atti di gara). In tale ipotesi, si avrebbe la ripartizione delle spese a carico delle ricorrenti. Tale seconda soluzione, ad avviso del Collegio, scoraggerebbe la proposizione di simili azioni, rendendo estremamente difficile l'esercizio della tutela giurisdizionale in materia di concorrenza, *“dal momento che, anche nelle ipotesi in cui la domanda giudiziale fosse fondata a tal punto da indurre il legislatore a mutare, successivamente alla proposizione del ricorso, la disciplina legislativa contestata, il soggetto che l'avesse proposta dovrebbe soggiacere al pagamento di ingenti spese processuali”*. Pertanto, prospettando un eventuale contrasto con il principio comunitario di effettività della tutela, si chiede alla Corte di Giustizia europea di pronunciarsi nuovamente sulla legittimazione di un operatore economico a contestare in radice i termini di una procedura di gara.

⁵⁷⁸ A questo proposito, è opportuno ricordare come l'intervento della plenaria fosse da tempo auspicato, al fine di ricomporre i contrasti che erano sorti in giurisprudenza. Ci si riferisce, in particolare, a due sentenze della V sezione del Consiglio di Stato che si erano allontanate dall'interpretazione sino a quel momento accolta dalla giurisprudenza, ampliando significativamente la portata dell'onere di immediata impugnazione (v. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 1999, n. 1757, in *Foro amm.*, 1999, 1, 76 e Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Foro amm.*, 1999, 3-4, 703).

La prima aveva esteso il suddetto onere alle clausole relative ai criteri di valutazione delle offerte che fossero palesemente irragionevoli ed illogiche. La seconda, in maniera ancor più radicale, aveva individuato l'onere di impugnazione con riferimento alle prescrizioni del bando che, illegittimamente, fissassero i criteri di selezione del contraente ovvero le modalità di funzionamento della commissione giudicatrice.

⁵⁷⁹ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 344 e ss.

entro il termine decorrente dalla conoscenza legale del bando, senza attendere gli atti applicativi, in particolare il provvedimento di aggiudicazione.

Il quesito investe la più generale problematica di determinazione del momento di tempestiva impugnazione degli atti amministrativi generali, quali sono i bandi di gara, e delle relative clausole in essi contenute. I bandi di gara, infatti, non hanno di norma una portata immediatamente lesiva in quanto sono rivolti ad una generalità non determinata di soggetti, non ancora destinatari di provvedimenti specifici nei loro confronti. Conseguentemente, solo i successivi atti applicativi da un lato individuano compiutamente i soggetti lesi e, dall'altro, producono la lesione nei loro confronti.

Sotto questo profilo, ribadendo il principio generale in tema di interesse all'azione *ex art.* 100 c.p.c., l'Adunanza ha chiarito la necessità che la lesione dell'interesse sia dotata dei caratteri di immediatezza, concretezza e attualità⁵⁸⁰.

Applicando questo canone alla materia degli appalti pubblici, l'Adunanza ha confermato l'impostazione tradizionale secondo la quale i bandi di gara e le lettere di invito vadano normalmente impugnati insieme agli atti applicativi, poiché sono solo questi ultimi ad indentificare 'personalmente' i soggetti lesi e, quindi, a determinare concretamente la lesione nei loro confronti. Infatti, *«l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso, non opererà nel senso di rinnovare (con l'atto applicativo) una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta ed attuale (ed in questo senso, la provocherà per la prima volta) una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine (per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento) a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva»*⁵⁸¹.

2.1. L'ONERE DI IMPUGNAZIONE IMMEDIATA DELLE CLAUSOLE "SOGGETTIVAMENTE ESCLUDENTI"

L'Adunanza plenaria ha altresì confermato l'impostazione tradizionale secondo cui i bandi di gara debbano essere immediatamente impugnati laddove contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione⁵⁸². E questo in quanto tali clausole sono idonee

⁵⁸⁰ In particolare, bisogna che *«sia l'interesse sostanziale (a tutela del quale si agisce) che l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità. Tali interessi devono, cioè, essere propri del soggetto ricorrente e devono avere riferimento ad una fattispecie già perfezionatasi; diversamente, infatti, si sarebbe di fronte ad interessi meramente potenziali»*. Così Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353.

⁵⁸¹ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353.

⁵⁸² Cons. St., Ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 1, in *Foro it.*, 1999, III, 267 e ss.

a produrre immediatamente e concretamente effetti lesivi e, quindi, a far sorgere l'interesse a ricorrere, condizione indispensabile ai fini dell'ammissibilità della domanda giudiziale⁵⁸³.

Secondo l'Adunanza, tali clausole sono caratterizzate dal fatto di prendere in considerazione situazioni e qualità soggettive dei partecipanti che sono anteriori ed autonome rispetto alla successiva procedura di gara⁵⁸⁴. Pertanto, l'effetto lesivo non si determina durante lo svolgimento della procedura o con l'aggiudicazione, ma discende direttamente dal bando, poiché esso prende in considerazione una circostanza soggettiva preesistente e già definita⁵⁸⁵.

Ne consegue che *«l'eventuale atto dell'Amministrazione procedente, volto ad escludere l'interessato privo dei requisiti previsti dal bando dalla procedura concorsuale avrà, pertanto, valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodottasi nei confronti di chi, avendo comunque chiesto di partecipare alla procedura, attraverso la presentazione della domanda, appare già identificato come destinatario direttamente inciso dal bando di gara o di concorso»*⁵⁸⁶.

Questa impostazione determina due importanti conseguenze sul piano processuale.

Da un lato, se il concorrente impugna l'atto di esclusione e la presupposta clausola del bando quando è ormai trascorso il termine decadenziale di impugnazione della clausola (e, cioè, i trenta giorni dalla pubblicazione del bando), il ricorso è irricevibile, in quanto tardivo⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Sul punto è stato infatti chiarito che *«le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono, di norma, quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione»*. Così Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n.1, cit., 354. V. anche Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1747, in *Foro amm., C.d.S.*, 2002, 662 e ss; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3264 in *Riv. pers. ent. loc.*, 2001, 895 e ss.

⁵⁸⁴ In particolare, l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 1 del 2003, cit., 354, ha chiarito che *«esse riguardano direttamente ed immediatamente i soggetti stessi (e non le loro offerte ed ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara), e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi»*.

⁵⁸⁵ Per un'analisi vedi C. E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assestamento*, nota a Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Urb. e app.*, 2003, 428 e ss.; S. BACCARINI, *Clausole non escludenti dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in www.giust.it; G. CREPALDI, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 10, 2833 e ss; S. DE PAOLIS, *Le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 360 e ss.

⁵⁸⁶ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 355.

⁵⁸⁷ Cons. St., sez. V, 11 marzo 2010, n.1423 in *Foro amm., C.d.S.*, 2010, 3, 608 e ss. Peraltro, il Consiglio di Stato ha ammesso la rimessione in termini per errore scusabile (cfr. attuale formulazione dell'articolo 37 c.p.a.), laddove l'errore sia il frutto di una oggettiva difficoltà di interpretazione di una norma o per la particolare complessità della fattispecie concreta o per contrasti giurisprudenziali esistenti ovvero ancora per il comportamento non lineare dell'Amministrazione, idoneo a ingenerare convincimenti non esatti o comunque un errore non imputabile al ricorrente (Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2011, n. 2892 in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, 5, 1537 e ss). Sul punto si segnala anche l'importante sentenza del 27 febbraio 2003 della Corte di Giustizia Europea (causa *Santex* C-327/00, in *Foro it.*, 2003, IV, 474), in cui la Corte ha riconosciuto la possibilità che l'autorità giudiziaria ammetta l'impugnazione di clausole escludenti contrarie al diritto comunitario anche una volta trascorso il termine

Dall'altro lato, se il concorrente impugna il solo atto successivo di esclusione dalla procedura, il ricorso è inammissibile, in quanto manca l'interesse ad ottenere l'annullamento di un provvedimento applicativo che verrebbe poi riadottato con identico contenuto, in costanza della presupposta e non contestata clausola del bando⁵⁸⁸.

2.2. QUALE INTERESSE LESO?

Nell'affermare che l'elemento discriminante è costituito dalla portata immediatamente lesiva della clausola, l'Adunanza ha altresì preso una netta posizione relativamente al tipo di interesse legittimo protetto che fa sorgere il diritto (e l'onere) di immediata impugnazione delle clausole lesive.

La plenaria ha chiarito che è necessario operare una distinzione tra le clausole illegittime e le clausole direttamente lesive e che solo queste ultime fanno sorgere l'interesse immediato ed attuale all'impugnazione⁵⁸⁹.

Sul punto, l'Adunanza ha affermato che *«l'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato»*⁵⁹⁰.

Con questa affermazione, la plenaria ha disatteso quegli orientamenti giurisprudenziali, menzionati nell'ordinanza di rinvio, che postulavano l'esistenza di un autonomo interesse delle imprese a *«partecipare ad una gara le cui regole siano legittime»*. E questo in quanto il riconoscimento di un'autonoma ed anticipata tutela ad interessi (meramente) procedurali, collegati al corretto svolgimento della procedura di selezione, si risolverebbe *«in una impropria frammentazione e polverizzazione, in una serie di interessi diversi, dell'unico interesse sostanziale protetto»*⁵⁹¹.

In questo modo, l'Adunanza ha voluto definitivamente affermare che l'unico bene della vita – e, quindi, l'unico interesse sostanziale la cui lesione fa sorgere l'interesse all'azione – è

(soltanto) qualora sia stata l'autorità aggiudicatrice con il proprio comportamento a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di impugnativa entro i termini previsti.

⁵⁸⁸ Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 456, in *Foro amm.*, C.d.S., 2011, 1, 249.

⁵⁸⁹ L'Adunanza plenaria ha affermato che *«a fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare»*. Così Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353.

⁵⁹⁰ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 357.

⁵⁹¹ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 356.

l'aggiudicazione della gara. Gli eventuali interessi procedimentali, tra cui anche quello alla legittimità della procedura selettiva, non costituiscono autonomi interessi ma rappresentano solo un 'riflesso strumentale' dell'interesse legittimo all'aggiudicazione⁵⁹².

Secondo questa impostazione, non sono direttamente impugnabili tutte le clausole del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica, in particolare le clausole riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia dal momento che, in questi casi, la lesione si concretizza soltanto con l'esito negativo della gara. In particolare, con riferimento alle clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, la plenaria ha ribadito che, «anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica e tecnica»⁵⁹³, essi possono essere impugnati solo unitamente agli atti applicativi⁵⁹⁴.

2.3. ULTERIORE IPOTESI LIMITE IN CASO DI “ONERI ASSOLUTAMENTE INCOMPRESIBILI O MANIFESTAMENTE SPROPORZIONATI”

L'Adunanza plenaria ha, infine, ritenuto opportuno precisare che «non possa essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino, manifestatamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale»⁵⁹⁵.

La *ratio* di questa sorta di 'clausola di chiusura' è da rinvenirsi nella considerazione che l'imposizione da parte della *lex specialis* di oneri assolutamente incomprensibili o

⁵⁹² Sul punto, l'Adunanza plenaria ha chiarito che tali orientamenti che ampliano la tutela autonoma ad interessi strumentali non possono essere condivisi in quanto operano una «confusione tra l'oggetto dell'interesse ed il tipo di protezione ad esso accordato», in quanto «l'oggetto dell'interesse protetto riguarda, infatti, l'aggiudicazione, mentre tale interesse è protetto dall'ordinamento - come esattamente si osserva nell'ordinanza di rimessione - nei limiti della legittimità del procedimento di gara» (Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 357). In termini simili, è stato rilevato come «l'oggetto dell'interesse protetto risiede nell'aggiudicazione del contratto: gli interessi procedimentali rilevano soltanto se la loro lesione è il veicolo della compromissione, concreta ed attuale, dell'oggetto dell'interesse protetto, la cui tutela è assicurata dall'ordinamento, una volta sopravvenuto il diniego d'aggiudicazione, nei limiti della legittimità del provvedimento di gara» (L. BERTONAZZI, *Bando di gara e procedura di scelta*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 686).

⁵⁹³ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 357.

⁵⁹⁴ Analogamente, l'Adunanza plenaria ha ritenuto non direttamente impugnabili anche le clausole relative alla composizione ed al funzionamento della commissione aggiudicatrice, agli oneri formali di formulazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta ed ai criteri per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte e per la susseguente verifica dell'anomalia.

⁵⁹⁵ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353. A titolo esemplificativo, la sentenza fa riferimento all'ipotesi in cui il bando, «discostandosi macroscopicamente dall'onere di clare loqui, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulta indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione» (Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 358).

manifestamente sproporzionati produce, in concreto, un effetto analogo a quello delle clausole escludenti e, cioè, in altri termini «*comport[a] sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale*»⁵⁹⁶.

Peraltro, la sentenza ha chiarito che l'esistenza in concreto di tali clausole deve essere sottoposta ad un accertamento di fatto rimesso interamente all'apprezzamento del giudice della controversia.

3. L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE DOPO LA SENTENZA N. 1 DEL 2003 DELL'ADUNANZA PLENARIA

I principî stabiliti dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 1 del 2003 sono stati recepiti dalla giurisprudenza successiva, che, tuttavia, non si è limitata a consolidarne l'insegnamento ma ne ha progressivamente ampliato la portata ed i confini.

Si registrano, in particolare, due linee evolutive: da un lato quella che ha via via ampliato il catalogo delle ipotesi di clausole *de facto* escludenti, ulteriori rispetto a quelle relative ai requisiti soggettivi di partecipazione, dall'altro quella che ha tentato, a fronte anche di un'evoluzione del contesto normativo di riferimento, di rimettere in discussione la natura ed i confini dell'interesse legittimo tutelabile con lo strumento dell'immediata impugnazione.

3.1. L'AMPLIAMENTO DELLE IPOTESI LIMITE "ESCLUDENTI"

L'elaborazione giurisprudenziale successiva alla sentenza n. 1 del 2003 ha comportato un ampliamento della nozione di clausole immediatamente escludenti.

Queste ultime, in sostanza, non sono soltanto quelle attinenti ai requisiti soggettivi, dal momento che l'effetto immediatamente impeditivo della partecipazione può verificarsi anche

⁵⁹⁶ Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 358. Nondimeno, è stato osservato come queste due ipotesi ulteriori, relative agli oneri incomprensibili o sproporzionati, creino problemi interpretativi e potenzialmente si discostino dalla *ratio* generale espressa dalla plenaria. A tal proposito si è osservato, con riferimento alla prima ipotesi, che «*non si vede perché un bando particolarmente mal redatto debba imporre oneri di impugnativa più stringenti, e dunque conseguire più facilmente la salvezza dalle impugnative, per decorso del termine decadenziale, rispetto ad un bando più correttamente e logicamente redatto*» e che «*in secondo luogo, l'illegittimità del bando in questo caso non appare idonea a danneggiare specificamente alcuni concorrenti a differenza di altri*». Con riferimento, poi, agli oneri sproporzionati, l'Autore rileva quanto segue: «*Il riferimento che la decisione dell'adunanza plenaria opera alla circostanza che, perché sussista l'onere di immediata impugnazione, occorre che queste clausole comportino una sostanziale impossibilità per il ricorrente di partecipare, pare ricondurre questa ipotesi a quella generale relativa alle clausole impeditive della partecipazione. In questa lettura, per così dire, restrittiva ma aderente al testo della decisione, questa ipotesi rappresenterebbe nient'altro che una specificazione dell'unico caso di obbligo di impugnazione anticipata del bando*». (R. MONTANARO, *Impugnazione immediata dei bandi di gara: spunti dall'adunanza plenaria*, cit., 350).

con riferimento a profili oggettivi della formulazione dell'offerta, considerata sia sul piano tecnico sia sul piano economico⁵⁹⁷.

Anche alla luce di tale orientamento ampliativo, il quale sembra essersi ormai consolidato, la giurisprudenza ha in più occasioni cercato di raccogliere le principali ipotesi di clausole immediatamente escludenti. Oltre a quelle tradizionali già richiamate⁵⁹⁸, si posso ricordare:

- 1) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta⁵⁹⁹;
- 2) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente⁶⁰⁰;
- 3) l'imposizione di obblighi *contra ius* (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto)⁶⁰¹;
- 4) le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come quelli relativi al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario⁶⁰²) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);
- 5) gli atti di gara privi della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"⁶⁰³.

Quanto detto sembra confermare la premessa del presente paragrafo. Pur considerando l'ampliamento della nozione di clausola immediatamente escludente, infatti, è riscontrabile una sostanziale continuità tra l'orientamento espresso nella sentenza n. 1 del 2003 e quanto affermato dalla giurisprudenza successiva.

⁵⁹⁷ Cons. St., sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491, ined.; Id., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180, in *Foro amm.*, 2016, 10, 2338-2339; Id., sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809, ined.

⁵⁹⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle clausole che impongono «oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale», già espressamente prese in considerazione nella sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria, sopra ricordata.

⁵⁹⁹ Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2003, 2, 609-610; Id., 30 agosto 2005, n. 4414, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2005, 7-8, 2271; Id., 03 giugno 2010, n. 3489, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2010, 6, 1269.

⁶⁰⁰ Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2011, 10, 3439-3440; C.G.A., 20 dicembre 2016, n. 474, ined.

⁶⁰¹ Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2003, 1155-1156.

⁶⁰² Tribunale Amministrativo per la Lombardia, sede di Milano, sez. IV, 19 giugno 2017, n. 1362, ined. In questo caso, è stato affermato l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* nella parte in cui impediva di conoscere con certezza la durata del contratto da affidare al termine della procedura di gara. Le previsioni del bando, infatti, avendo reso particolarmente difficile la formulazione di un'offerta, sono state considerate immediatamente lesive.

⁶⁰³ Cons. St., sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2009, 11, 2539 e ss.; Id., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2011, 10, 3100; Id., sez. IV, 14 novembre 2012, n. 5761, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2012, 11, 2847.

3.2. GLI ULTERIORI INTERVENTI DELL'ADUNANZA PLENARIA

Il paragrafo precedente ha messo in evidenza come l'insegnamento dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003 sia stato fatto proprio, con le dovute precisazioni, dalla giurisprudenza successiva.

A questo proposito, sembra opportuno dare atto delle tre ordinanze con cui la VI Sezione del Consiglio di Stato ha richiesto l'intervento dell'Adunanza plenaria, al fine di superare l'orientamento sancito dalla più volte citata sentenza n. 1 del 2003.

Si tratta, infatti, dei primi tentativi di rimettere apertamente in discussione l'indirizzo interpretativo tradizionale.

In primo luogo va ricordata l'ordinanza n. 351 del 2011, la quale ha sottoposto a serrata critica i principî sanciti dall'Adunanza plenaria nel 2003, muovendo a quest'ultima due ordini di censure⁶⁰⁴:

1) la finalità deflattiva sottesa alla sentenza n. 1 del 2003 si sarebbe dimostrata *«nei fatti del tutto fallace, a fronte di incontestabili costi aggiuntivi per la p.a. costretta a impegnativi e lunghi rinnovi procedurali»*⁶⁰⁵.

2) facendo riferimento ai principî del processo amministrativo, si afferma che *«se le clausole, escludenti o meno che siano, sono ritenute illegittime, non vi è giustificazione per superare i limiti temporali dell'azione di impugnazione, attesa comunque la loro lesività»*⁶⁰⁶.

Al fine di giustificare quest'ultima affermazione, l'ordinanza ricorre al principio di buona fede oggettiva, contenuto negli articoli 1337 e 1338 c.c.

In particolare si fa leva sulla seconda delle due disposizioni, la quale sancisce la responsabilità della *«parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte»*⁶⁰⁷.

Tramite quest'ultimo riferimento, in sostanza, si vuole valorizzare il principio di buona fede inteso come dovere di non frustrare l'altrui affidamento.

Nell'ordinanza, infatti, si sostiene che *«quell'affidamento, così spesso invocato a danno della p.a., debba valere anche a favore di quest'ultima, nel momento in cui un soggetto chiede e sia ammesso a partecipare ad un procedimento sulla cui onerosità e complessità non è necessario ricordare»*⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Per una critica alle argomentazioni dell'ordinanza n. 351 del 2011 si veda L. BERTONAZZI, *Bando di gara e procedura di scelta*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici*, cit., 687- 688.

⁶⁰⁵ Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 6, 1928.

⁶⁰⁶ Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, cit., 1928.

⁶⁰⁷ Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, cit., 1928.

⁶⁰⁸ Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, cit., 1928.

Al fine di rispettare il dovere generale di buona fede, pertanto, sarebbe necessario affermare l'esistenza di un generalizzato onere di immediata impugnazione delle clausole del bando, superando, in questo modo, i principi sanciti nella sentenza n. 1 del 2003.

Tale questione, tuttavia, non ha ricevuto risposta da parte della Adunanza plenaria che, mediante la sentenza n. 4 del 2011⁶⁰⁹, ha affermato la sua irrilevanza rispetto alla controversia esaminata.

Un secondo tentativo di superamento della sentenza n. 1 del 2003 è stato effettuato, sempre dalla VI Sezione, mediante l'ordinanza di rimessione n. 2633 del 2012⁶¹⁰. Tale ordinanza si rifà espressamente alla n. 351 del 2011 e, pertanto, ripropone la questione negli stessi termini.

Anche in questa occasione l'Adunanza plenaria non si è pronunciata sulla questione, ritenendola non rilevante ai fini della decisione della *res controversa*⁶¹¹.

Infine, è possibile ricordare un terzo tentativo della VI sezione di indurre la plenaria a rimeditare le conclusioni formulate nella sentenza n. 1 del 2003.

Ci si riferisce all'ordinanza di rimessione n. 634 del 2013⁶¹², la quale, pur aderendo all'orientamento espresso nelle ordinanze n. 351 del 2011 e n. 2633 del 2012, sembra adottare una posizione più netta e ricorrere a delle argomentazioni parzialmente innovative.

Il collegio, infatti, ritiene che *«le imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica dovrebbero ritenersi tenute ad impugnare qualsiasi clausola del bando illegittima, entro gli ordinari termini decadenziali»*⁶¹³.

Al fine di giustificare questa radicale posizione, si afferma che *«con la domanda di partecipazione alla gara, infatti, le imprese concorrenti divengono titolari di un interesse legittimo, quale situazione soggettiva protetta corrispondente all'esercizio di un potere, soggetto al principio di legalità ed esplicito, in primo luogo, con l'emanazione del bando»* e che *«a qualsiasi vizio di quest'ultimo si contrappone, pertanto, l'interesse protetto al corretto svolgimento della procedura, nei termini disciplinati dalla normativa vigente in materia e dalla lex specialis»*⁶¹⁴.

Di conseguenza, prosegue l'ordinanza, sarebbe preferibile affermare un onere di immediata impugnazione di tutte le clausole del bando, *«essendo pacifico che la complessa ed onerosa partecipazione ad una gara, indetta dall'Amministrazione per l'affidamento di lavori, servizi o*

⁶⁰⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 07 aprile 2011, n. 4, in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, 6, 1132 e ss.

⁶¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 08 maggio 2012, n. 2633, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, 919.

⁶¹¹ Cons. Stato, Ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31, in *Foro amm., C.d.S.*, 2012, 7-8, 1816 e ss.

⁶¹² Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, ined.

⁶¹³ Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, ined.

⁶¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, ined.

forniture - benché conclusivamente finalizzata all'aggiudicazione – implichi per le imprese concorrenti anche un immediato interesse al corretto espletamento della procedura, sulla base di regole certe e non ulteriormente contestabili»⁶¹⁵.

In questo modo, conclude l'ordinanza, le esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa sarebbero meglio tutelate, eliminando i margini di incertezza connessi ad eventuali impugnative proposte al termine della procedura concorsuale e volte a censurare prescrizioni contenute nella *lex specialis*.

Anche in questa occasione l'Adunanza plenaria non ha approfondito la questione⁶¹⁶.

Infatti, avendo ritenuto legittima la clausola controversa, la quale concerneva l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta non pubblica, il Collegio ha deciso che non fosse necessario pronunciarsi su tale complessa tematica.

4. IL REVIREMENT DEL CONSIGLIO DI STATO: LA SENTENZA N. 2014 DEL 2 MAGGIO 2017 E IL RIEMERGERE DELLA PROSPETTIVA CONCORRENZIALE

La recente pronuncia del Consiglio di Stato del 2 maggio 2017⁶¹⁷ sembra aver messo nuovamente in dubbio i limiti dell'onere di immediata impugnazione, con specifico riferimento alle clausole relative ai criteri di aggiudicazione, evidenziando la necessità di adeguare la teoria della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e della sua tutela al mutato contesto normativo⁶¹⁸.

Preliminarmente, è opportuno dare atto in questa sede di un filone, prevalentemente dottrinale, sviluppatosi già all'indomani della pronuncia n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria, volto a riconoscere un interesse a ricorrere (immediato ed autonomo) in caso di lesione del principio di concorrenzialità della gara⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, inedito.

⁶¹⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8, in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 4, 895 e ss.

⁶¹⁷ Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, la cui massima è pubblicata in *Foro amm.*, 2017, 5, 1024. Il testo integrale della sentenza risulta inedito e si può reperire su www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹⁸ Si può rinvenire un'anticipazione di questa impostazione nella sentenza n. 12439 del 13 dicembre 2016 del TAR Lazio, Roma. In questa pronuncia si afferma l'onere di immediata impugnazione del bando che, illegittimamente, adotti il criterio del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si sostiene, al riguardo, che il criterio del minor prezzo, impedendo apprezzamenti di tipo qualitativo, «influirebbe sulla formazione dell'offerta, incidendo irrimediabilmente sulle determinazioni dell'impresa, per un verso costretta a strutturare la propria offerta non in rapporto alla qualità del servizio e, per altro verso, impossibilitata, in ipotesi di aggiudicazione (non avendone interesse), a rimuovere la situazione (antigiuridica) che l'ha portata a dover praticare un prezzo enormemente più basso rispetto alla qualità del servizio che intende rendere» (TAR il Lazio, Roma, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 12439, in *Nuovo not. giur.*, 2017, I, 253). Tale ricostruzione viene giustificata, sul piano giuridico, facendo leva sulle modifiche normative introdotte dal d. lgs. n. 50 del 2016. In particolare, la sentenza individua un indice della immediata sindacabilità della scelta del criterio di aggiudicazione nello specifico obbligo motivazionale previsto dall'art. 95, comma 5, del suddetto decreto.

⁶¹⁹ Si vedano in particolare i contributi di S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza* (nota a Cons. Stato, sez.

Secondo questa prospettiva, l'impresa partecipante all'appalto si pone l'obiettivo primario – nel senso di preordinato – di formulare un'offerta vincente; tale obiettivo sarebbe da un lato strettamente collegato all'interesse all'aggiudicazione, ed in questo senso strumentale; dall'altro, espressione del generale ed autonomo principio di concorrenza, riconosciuto sia a livello nazionale che europeo.

Tale interesse è evidentemente condizionato dalle clausole del bando che impongono determinati criteri di valutazione o specifiche tecniche. Ne consegue che eventuali prescrizioni illegittime costringono l'impresa a formulare un'offerta economica di contenuto diverso rispetto a quello che avrebbe scelto se non fosse stata 'alterata' dalle regole illegittime⁶²⁰.

In quest'ottica – ed è questo l'aspetto che qui rileva – le clausole che alterano illegittimamente la formulazione dell'offerta esauriscono il loro effetto lesivo al momento di presentazione dell'offerta e non già a quello di eventuale aggiudicazione della gara⁶²¹.

La recente sentenza del Consiglio di Stato appare consapevole di tale orientamento. In particolare, la ricostruzione evolutiva del nuovo contesto normativo svolta nella sentenza, specialmente con riferimento ai criteri di aggiudicazione delle offerte, parrebbe dare nuova forza ad una simile prospettiva concorrenziale.

Il caso sottoposto all'attenzione del Consiglio aveva per oggetto la contestazione di una procedura aperta che prevedeva il criterio di aggiudicazione del "prezzo più basso" per l'assegnazione di un servizio di somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario. La stazione appaltante aveva giustificato la scelta di tale criterio sulla base delle

V, 7 novembre 2012, n. 5671), in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 12, 3533 e ss; M. BERRA, *Impugnazione del bando di gara tra immediata lesività ed acquiescenza*, in *Urb e app.*, 2004, 4, 381; G. CREPALDI, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 2883. A livello giurisprudenziale, si segnala che il Consiglio ha riconosciuto «la necessità di procedere all'impugnativa immediata degli atti di indizione della gara quando le clausole impediscano - indistintamente a tutti i concorrenti - una corretta, e consapevole, elaborazione della propria proposta economica. In tali casi si pregiudica il corretto esercizio della gara, in violazione dei cardini procedurali della concorrenza e della par condicio tra tutti i partecipanti alla gara» (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2012, n. 5671, in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 12, 3533).

⁶²⁰ A questo proposito, è stato rilevato che tali previsioni illegittime violerebbero «i cardini procedurali della concorrenza e della par condicio tra tutti i partecipanti alla gara, così da pregiudicare, non solo il soggetto maggiormente efficiente che, in una cornice di regole corrette sarebbe posto in grado di pervenire all'offerta migliore, ma anche la stazione appaltante che, appunto, potrebbe finire per privarsi delle condizioni più competitive ottenibili per effetto di una libera e leale concorrenza» (così S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando*, op. cit., 3545).

⁶²¹ È stato acutamente osservato che «tali regole, ledendo direttamente la concorrenzialità dell'impresa – che si esprime attraverso l'offerta – diventano rilevanti nel momento in cui l'impresa formula l'offerta, e, quindi, in una fase che precede ed è indipendente da quella dell'aggiudicazione» (M. BERRA, *Impugnazione del bando di gara*, cit., 381). È importante sottolineare che tale orientamento non invoca l'applicazione di un principio di giurisdizione di legittimità obiettiva, volto alla tutela del corretto svolgimento in sé della gara, ma anzi si concentra sulla prospettiva soggettiva dell'impresa a formulare un'offerta vi.

“caratteristiche standardizzate del servizio”, condizione che, ai sensi della nuova normativa, ammetterebbe la facoltà per la stazione appaltante di ricorrere al criterio del minor costo⁶²².

Tale clausola era stata immediatamente impugnata da una delle imprese concorrenti in quanto direttamente ed immediatamente lesiva del «*diritto degli operatori economici a formulare l'offerta secondo un criterio legittimo in relazione all'oggetto della gara*»⁶²³.

Nel caso specifico, i ricorrenti sostenevano che fosse invece obbligatoria l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché l'articolo 95 al comma 3, lettera a, del nuovo codice dei contratti pubblici stabilisce che i contratti aventi ad oggetto servizi “ad alta intensità di manodopera” – quale quello oggetto di gara – debbano essere assegnati esclusivamente secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶²⁴.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Salerno⁶²⁵, facendo piena e ‘tradizionale’ applicazione dei principî espressi nella sentenza n. 1 del 2003, ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse a ricorrere, dal momento che la scelta del criterio di prezzo incide sulle *chances* del concorrente e non già sulla sua possibilità in assoluto di presentare un'offerta. Pertanto, la clausola doveva essere impugnata solo unitamente all'eventuale provvedimento di aggiudicazione.

Di diverso avviso è apparso, invece, il giudice d'appello.

Il Consiglio di Stato ha infatti operato una valutazione più complessiva e sistematica della nuova normativa appalti⁶²⁶.

⁶²² L'art. 95, comma 4, lettera b, del d. lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che «*può essere utilizzato il criterio del minor prezzo [...] per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*»; al riguardo le Linee Guida dell'ANAC hanno chiarito che «*per servizi e forniture “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali*» (delibera ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016, *Linee Guida n. 2, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”*).

⁶²³ Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

⁶²⁴ Art. 95, comma 3, lettera a, del d. lgs. n. 50 del 2016. Le Linee Guide ANAC hanno ribadito che per servizi ad alta intensità di manodopera si intende quelli «*nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*» (delibera ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016, *Linee Guida n. 2, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”*); per un'analisi recente si veda E. SOPRANO, *Le novità in materia di fasi delle procedure di affidamento e criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 92 e ss.

⁶²⁵ TAR Campania, Salerno, Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 332.

⁶²⁶ In particolare, il Consiglio ha preso in esame quattro nuove previsioni normative: (1) l'articolo 83, comma 8, del nuovo codice dei contratti pubblici, che prevede la nullità di ipotesi ‘escludenti’ ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice e dalla legge; (2) l'articolo 211, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici, riguardante le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC, norma peraltro successivamente abrogata dal correttivo d. lgs. n. 56 del 2017 in vigore dal 20 maggio 2017; (3) il nuovo articolo 120, comma 2-bis, c.p.a. sul procedimento superaccelerato delle ammissioni o esclusioni di gara; (4) l'articolo 95 del nuovo codice dei contratti pubblici sui criteri di aggiudicazione.

In particolare, da un lato ha messo in risalto le caratteristiche del nuovo procedimento ‘anticipato’ di impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni degli altri concorrenti ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a., chiarendo che la finalità acceleratoria sottesa a questa nuova procedura ben può essere estesa ad altre ipotesi di illegittimità del bando di gara⁶²⁷.

Dall’altro, il Consiglio ha ritenuto che il nuovo codice dei contratti pubblici, in applicazione delle Direttive europee e, in particolare, della Direttiva 2014/24/UE⁶²⁸, sancisce «una vera e propria gerarchia tra i due modelli di aggiudicazione»⁶²⁹, imponendo l’offerta economicamente più vantaggiosa come criterio principale ed il maggior ribasso come criterio residuale, utilizzabile solo in casi tassativamente determinati dal legislatore⁶³⁰ e a fronte di specifica motivazione della stazione appaltante.

⁶²⁷ Tale giudizio anticipato è stato infatti qualificato come «autonomo, preventivo, ma anche decadenziale e preclusivo, per un verso perché separato e anticipato rispetto al diverso e successivo giudizio avente ad oggetto il provvedimento finale di aggiudicazione, per l’altro perché finalizzato all’immediata costituzione di certezze giuridiche sul perimetro dei partecipanti alla gara, non più contestabile successivamente» da A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali (Art. 204)* in M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I Nuovi Appalti Pubblici*, Milano, 2017, 736; si veda in merito anche G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in C. CONTESSA e D. CROCCO (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni*, Roma, 2016, 111.

⁶²⁸ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE, OJ L 94, 28.3.2014, 65–242.

⁶²⁹ Tuttavia è bene sottolineare che tale ricostruzione non è unanimemente condivisa; alcuna dottrina ha sottolineato come la nuova formulazione dell’art. 95 d. lgs n. 50 del 2016 abbia sì riconosciuto una chiara preferenza al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, intesa come miglior rapporto qualità/prezzo, ma senza far venire completamente meno il margine di discrezionalità della stazione appaltante. In particolare, si è ritenuto che «la stazione appaltante ha la discrezionalità di determinare il criterio di aggiudicazione che porterà concretamente a scegliere l’offerta migliore, con l’obbligo di non scivolare nell’irragionevolezza o nell’arbitrio» (L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. e app.*, 2017, 1, 32). In questo senso, non si potrebbe parlare di un obbligo generalizzato di adozione del criterio dell’OEPV per la stazione appaltante, né, quindi, di una vera gerarchia tra i criteri, se non nelle ipotesi stabilite dall’art. 95, comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 (sul punto si veda tuttavia la nota seguente). In termini simili, e cioè del permanere di un margine di discrezionalità, si è espressa anche G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del correttivo e l’immediata contestazione del bando di gara*, in *Urb. e app.*, 2017, 4, 452. A sostegno di tale impostazione dottrinale, può essere osservato come l’obbligo di motivazione, necessario nel caso dell’adozione del criterio del minor prezzo, se da un lato testimonia la preferenza per il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, dall’altro, confermi la possibilità per la stazione appaltante, nelle ipotesi previste dal comma 4, di scegliere discrezionalmente il criterio che ritiene più adatto, purché ne dia adeguata motivazione.

⁶³⁰ Anche su questo punto, tuttavia, sussistono incertezze interpretative circa l’esatta determinazione dei rapporti tra i due criteri di aggiudicazione. In particolare, è stato evidenziato il dubbio se «fermo il rapporto regola-eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4, il comma 3 abbia introdotto una previsione ulteriormente derogatoria (e dunque autonoma, nel senso che per i casi ivi indicati non sarebbe mai possibile utilizzare il criterio del minor prezzo [...]), o se, al contrario, esso costituisca una mera specificazione del co. 2 (in punto di metodiche di aggiudicazione), risultando di conseguenza derogabile nelle ipotesi del co. 4» (Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, sez. III-ter, 13 dicembre 2016, n. 12439) In termini analoghi, si veda anche Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, sez. II-ter, 15 novembre 2016, n. 11323, ined. Tuttavia, non sono mancate pronunce in senso contrario, a favore cioè della tesi della complementarità e derogabilità del comma 3. Si veda, ad esempio, la sentenza del Tribunale Amministrativo per l’Abruzzo, sede dell’Aquila, 13 gennaio 2017, n. 30, ined., in cui è stato affermato che, laddove l’appalto presenti «entrambe le caratteristiche, nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell’ambito di applicazione del terzo comma [dell’art. 95], tanto nell’ambito di applicazione del quarto comma, la previsione di esclusività del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l’appalto al massimo ribasso»; in termini identici Tribunale Amministrativo per la Calabria, sede di Reggio Calabria, sez. I, 25 febbraio 2017, n. 166, in *Foro amm.*, 2017, 2, 412. Per un’analisi della problematica si vedano i contributi di G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di*

A fronte di questa ricostruzione, il Consiglio ha profilato una nozione più ampia di “bene della vita” meritevole di protezione che, sebbene non coincida l’interesse alla mera legittimità del procedimento di gara ed in generale dell’azione amministrativa, deve tuttavia comprendere «*il “diritto” dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un’offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello “sconto”*»⁶³¹.

Più esplicitamente, ha riconosciuto l’esistenza – e quindi la necessità di tutela – di «*un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo; un bene, cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all’interesse finale all’aggiudicazione*».

Alla luce di questo ragionamento, infatti, il Consiglio ha ritenuto immediatamente impugnabile la clausola relativa al criterio di aggiudicazione, dal momento che «*l’illegittimità del bando, sub specie del criterio di aggiudicazione, è un prius logico giuridico rispetto alle ammissioni, condizionandole e rendendole illegittime in via derivata*».

Più in generale, il Consiglio ha sottolineato come il rimandare la contestazione sul criterio di valutazione all’esito della gara finirebbe per svilire la chiara ‘scelta gerarchica’ operata dal legislatore comunitario e nazionale, lasciando, in concreto, l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa priva di garanzie di effettività⁶³².

Non sembrano esserci dubbi sul fatto che, a fronte di una simile ricostruzione dell’interesse legittimo, la lesione si concretizzi già al momento della pubblicazione del bando ed anzi culmini proprio nel momento in cui il concorrente non può formulare l’offerta «*secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo*», indipendentemente dall’esito finale dell’aggiudicazione⁶³³.

aggiudicazione, cit., 452 e di S. VIANELLO *La natura convenientemente derogatoria del quarto comma dell’art. 95 del d. lgs. n. 50/2016*, in *Contr. St. ed Enti pubbl.*, 2017, 2, 71-80.

⁶³¹ Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

⁶³² Secondo il Consiglio, infatti, «*il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa [...] sarebbe destinato a rimanere privo di garanzie di effettività, posto che la sua correzione si avrebbe solo all’esito della procedura concorsuale e della sua appendice giurisdizionale*» (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).

⁶³³ Per questi motivi, il Collegio ha concluso che «*non v’è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura si concluda con l’aggiudicazione a terzi*» in quanto «*tale soluzione non risponderebbe a finalità deflattive ed anzi inficerebbe quelle legate al pur contemplato onere di impugnazione delle ammissioni; non risponde del resto a finalità di coerenza giuridica o dogmatica, poiché il postergare l’impugnazione della lex gara [sic] finanche quando la violazione è già conclamata, può avere un senso solo in relazione a clausole che non violino immediatamente l’interesse del singolo imprenditore, e così certamente non è per quelle che gli impediscono di concorrere sulla qualità*» (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014). Sul punto, tuttavia, la dottrina ha ritenuto azzardato parlare di un vero e proprio diritto alla qualità a fronte del permanere di un certo margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante circa il criterio di selezione. Si è osservato, in particolare, che «*nello sforzo di annullare una clausola che viene considerata illegittima ictu oculi, si dà per scontato che la scelta dell’offerta economicamente più vantaggiosa sia sempre doverosa, predeterminata e anche vantaggiosa per lo stesso operatore economico, laddove il legislatore ha comunque riservato un margine di apprezzamento in capo*

Tuttavia, una simile interpretazione rappresenta un *revirement* rispetto al tradizionale orientamento della sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria⁶³⁴. Pertanto, non si può che condividere la scelta – operata dalla recentissima ordinanza n. 5138 del 2017 della III sezione – di rimettere nuovamente questa delicata e complessa questione all'Adunanza plenaria.

5. LA RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA PER UN COMPLETO *REVIREMENT* DELL'INDIRIZZO GIURISPRUDENZIALE AFFERMATO NEL 2001

Nel descritto quadro evolutivo del consolidato indirizzo giurisprudenziale si colloca anche la recentente ordinanza con cui la III sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la soluzione di quattro quesiti interpretativi sollecitando un completo *revirement* dell'indirizzo dell'Adunanza Plenaria n. 1/2003, fino ad oggi mai oggetto di ripensamento nonostante le ripetute rimesse della Sesta sezione del Consiglio di Stato⁶³⁵. Nel caso di specie il TAR Puglia (sez. di Lecce, n. 80/2017) accoglieva il ricorso proposto contro l'aggiudicazione di un appalto per l'affidamento di servizi di archiviazione, digitalizzazione e gestione di documentazione sanitaria (indetto secondo la disciplina del Codice del 2006 applicabile *ratione temporis*) dichiarando fondata la censura contro la scelta del criterio del prezzo più basso (trattandosi di un appalto “complesso” e non “standardizzato”). Il TAR, in assenza di eccezioni delle parti, non esaminava la questione dell'onere di immediata impugnazione del criterio di aggiudicazione, fondando evidentemente la propria decisione sull'orientamento espresso dalla suddetta Adunanza Plenaria n. 1/2003 secondo cui tra i casi impugnazione immediata del bando non rientrano le contestazioni relative al criterio di aggiudicazione scelto.

Pur in assenza di tempestive deduzioni difensive sull'ammissibilità del ricorso, il Consiglio di Stato pone in dubbio la possibilità di rilevare d'ufficio nel giudizio di appello per la prima volta la sua inammissibilità giacché in assenza di una pronuncia esplicita sul punto, e sul presupposto

alla pubblica amministrazione al fine di valutare gli effettivi benefici che possono derivare dall'opzione»: così G. AVANZINI, I rapporti tra i criteri di aggiudicazione, cit., 454-455.

⁶³⁴ È interessante sottolineare come analoga ‘portata dirompente’ sia stata altresì riconosciuta al nuovo procedimento anticipato di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. A questo proposito è stato infatti sostenuto che «attraverso la codificazione dell'obbligo di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, un interesse finora non protetto dall'ordinamento e ritenuto non meritevole di tutela dal formante giurisprudenziale è stato invece elevato, sulla base di una presunzione legale assoluta, a un (nuovo) interesse legittimo attivabile in sede giurisdizionale, dandosi così luogo, dal lato del ricorrente, a un (nuovo) interesse legittimo “virtuale” a tutela obbligatoriamente anticipata» (A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali* (Art. 204), cit., 739); in termini simili si è ritenuto che il nuovo codice avrebbe di fatto coniato un nuovo «interesse legittimo che è alla giusta formazione della platea dei concorrenti di gara». (G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, cit., 118).

⁶³⁵ Cons. St., Sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138/o.

che, nel corso del giudizio di primo grado nessuna delle parti avesse prospettato la questione esclude “con certezza la sussistenza di una valutazione implicita in ordine alla ritualità del ricorso”.

Il Collegio, pertanto, rimette all’Adunanza Plenaria l’opportunità di vagliare (evidentemente in via pregiudiziale) la portata della suddetta soluzione interpretativa proposta con riguardo alla rilevanza d’ufficio, per la prima volta in grado di appello, dell’inammissibilità del ricorso di primo grado e rimette all’esame dell’Adunanza Plenaria quattro questioni interpretative relative all’impugnazione del bando di gara.

L’ordinanza sollecita l’Adunanza Plenaria a ridefinire la portata dei principi espressi dalla decisione dell’Adunanza Plenaria n. 1/2003, alla luce del “nuovo Codice dei contratti pubblici e dell’evoluzione della giurisprudenza della CGUE”.

La questione - avverte il Collegio - riveste la massima importanza, sicché anche nell’ipotesi in cui l’Adunanza Plenaria dovesse optare per la tesi della non rilevanza d’ufficio in appello dell’inammissibilità del ricorso per effetto del giudicato implicito “resterebbe ferma la possibilità di enunciare il principio di diritto ai sensi dell’art. 99, comma 5, c.p.a.”.

Dopo aver ripercorso l’evoluzione giurisprudenziale sulla questione il Collegio richiama i principi espressi dall’Adunanza Plenaria n. 1/2003 evidenziando che in tale pronuncia è stato escluso l’onere di immediata impugnazione:

- a) delle clausole del bando riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara;
- b) delle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell’offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara, il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell’anomalia;
- c) delle clausole del bando che definiscono gli oneri formali di partecipazione, in quanto “l’interesse protetto, o comunque la situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, è costituito non dall’astratta legittimità del comportamento dell’Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l’aggiudicazione”.

Il Collegio evidenzia che dal riferito orientamento si è di recente discostata la sentenza della sez. III del Consiglio di Stato, 2 maggio 2017, n. 2014, a cui lo stesso dichiara di aderire.

La richiamata sentenza ha effettuato un’interpretazione evolutiva del “diritto vivente” rispetto alle trasformazioni apportate dal nuovo Codice dei contratti, prospettando una nuova nozione di “bene della vita” meritevole di protezione, “più ampia di quella tradizionalmente riferita all’aggiudicazione, che sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell’azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del “diritto” dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore (...)”.

L'ordinanza evidenzia che l'esigenza di chiarezza sul punto emerge anche dalla circostanza che nella giurisprudenza di primo grado è maggioritario l'indirizzo che applica la tesi "tradizionale", aderente ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003 (si v., TAR Bari, sez. III, 30 ottobre 2017, n. 1109)

Il primo quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria è pertanto il seguente: *“Se, avuto anche riguardo al mutato quadro ordinamentale, i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003 possano essere ulteriormente precisati nel senso che l'onere di impugnazione immediata del bando sussiste anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, il luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo”*.

Pur non essendo specificamente rilevante ai fini della soluzione del caso di specie, l'ordinanza sollecita l'Adunanza Plenaria a cogliere l'occasione per fornire *“in chiave più generale, un quadro armonico e coerente sulla perimetrazione dell'onere di immediata impugnazione, stilando un vero e proprio decalogo, similmente a quanto fatto nel 2003”*.

Il Collegio evidenzia che *“l'approdo più coerente con l'evoluzione della posizione giuridica di interesse legittimo tracciata, potrebbe essere quello di affermare che tutte le clausole attinenti le regole “formali” e “sostanziali” della gara debbano essere immediatamente impugnate, con eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi” (... il che) garantirebbe un accesso immediato al giudice, foriero di un rapido emendamento del bando sì da uniformarlo alle regole concorrenziali”⁶³⁶*.

L'ordinanza evidenzia inoltre l'opportunità che l'Adunanza Plenaria, *“nello sciogliere il nodo problematico in senso auspicabilmente favorevole ad un revirement in ordine all'ambito dell'onere di immediata impugnazione della lex specialis di gara, si facesse carico di dissipare ogni dubbio sull'ambito temporale di applicazione del nuovo principio”*.

Il terzo quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria è pertanto il seguente: *“Se, nel caso in cui l'Adunanza Plenaria affermi innovativamente il principio della immediata impugnazione delle clausole del bando di gara riguardanti la definizione del criterio di aggiudicazione, e, individui, eventualmente, ulteriori ipotesi in cui sussiste l'onere di immediata impugnazione di atti della procedura precedenti l'aggiudicazione, la nuova regola interpretativa si applichi, alternativamente:*

⁶³⁶ Il secondo quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria è pertanto il seguente: *“Se l'onere di immediata impugnazione del bando possa affermarsi più in generale per tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché con riferimento agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi.*

a) con immediatezza, anche ai giudizi in corso, indipendentemente dall'epoca di indizione della gara;

b) alle sole gare soggette alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016;

c) ai soli giudizi proposti dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria, in conformità alle regole generali dell'errore scusabile e della irretroattività dei mutamenti di giurisprudenza incidenti sul diritto vivente (secondo i principi dell'overruling)".

L'ultima questione, non rilevante per la definizione del caso di specie, ma che il Collegio prospetta come di "massima importanza per la definizione di un quadro armonico e chiaro del diritto vivente" riguarda la necessità o meno di presentare la domanda di partecipazione alla gara tutte le volte che si impugnano clausole del bando, al fine di comprovare la "differenziazione" del proprio interesse.

Sul punto, l'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 (che, in tale parte, è stata confermata dall'Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9) ha affermato che in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione tranne nell'ipotesi in cui:

(I) si contesti in radice l'indizione della gara;

(II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;

(III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Il Collegio pone in particolare, in dubbio l'ipotesi di cui al punto *sub (III)* sollecitando l'Adunanza Plenaria a chiarire se l'eccezione al principio di necessaria partecipazione alla procedura, possa ammettersi, oltre che nei casi in cui si si impugnino "clausole del bando immediatamente escludenti, anche nei casi in cui la partecipazione, pur possibile, sarebbe inutile o comunque frustrante a causa dell'adozione del criterio del prezzo più basso, in violazione della scelta fatta a monte dal legislatore".

Sul punto mentre già citata sentenza della Corte costituzionale ha applicato l'indirizzo più tradizionale secondo cui la domanda di partecipazione alla gara costituisce requisito di

legittimazione indispensabile per contestare le clausole del bando soggette all'onere di immediata impugnazione, il TAR Liguria ha rinviato la questione pregiudiziale alla CGUE⁶³⁷

6. L'EVOLUZIONE (SOLO) GIURISPRUDENZIALE DELL'ONERE DI IMPUGNAZIONE IMMEDIATA DEL BANDO

L'ordinanza della Terza sezione accoglie l'orientamento affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014/2017 che aveva riformato la pronuncia di primo grado in cui il TAR Campania (Salerno, 27 febbraio 2017, n. 332) aveva dichiarato l'inammissibilità della censura contro la clausola del bando di gara determinante il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso, in quanto *«non produttiva di alcun pregiudizio, avente i necessari requisiti di concretezza ed attualità, a carico della parte ricorrente, sia nella prospettiva della sua aspirazione all'aggiudicazione del servizio, sia in quella del suo mero interesse partecipativo»*.

La richiamata sentenza discostandosi apertamente dal "diritto vivente" elaborato da Cons. St., Ad. Plen., 27 gennaio 2003, n. 1, (in *Foro amm, CdS*, 2003, 1, 66, con nota di P. Pizza) e consolidatosi nella vigenza del Codice del 2006 e di cui aveva fatto corretta applicazione il TAR evidenzia la necessità di *«un'interpretazione evolutiva»* giacché l'impostazione "tradizionale" risulta *«evidentemente influenzata dalla qualificazione dell'interesse sostanziale di base della cui tutela trattasi, quale interesse all'aggiudicazione»* inteso come *«unico interesse sostanziale»* invocabile dai concorrenti e di fronte al quale *«l'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione»*.

A sostegno della suddetta tesi, la richiamata sentenza si soffermava, su alcuni indici assunti come "sintomatici", in ragione della loro particolare innovatività, delle *«profonde trasformazioni che hanno investito il diritto degli appalti mutandone impostazione e prospettive»* tra cui:

(i) l'*«espressa comminazione di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante»* (art. 46, co. 1-bis c.c.p. del 2006 e art. 83 co. 8 del nuovo c.c.p.) il cui accertamento, stante l'utilizzo dello "schema" della nullità, si basa su un interesse che *«trascende la dimensione meramente individuale sino a giustificare il rilievo d'ufficio da parte del giudice e l'opposizione senza limiti di tempo della parte del resistente»*;

⁶³⁷ Il quarto quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria, (nelle more della decisione della CGUE), è pertanto il seguente *«Se, nel caso di contestazione del criterio di aggiudicazione o, in generale, della impugnazione di atti della procedura immediatamente lesivi, sia necessario, ai fini della legittimazione a ricorrere, che l'operatore economico abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, ovvero sia sufficiente la dimostrazione della qualità di operatore economico del settore, in possesso dei requisiti generali necessari per partecipare alla selezione»*.

(ii) la significativa e innovativa previsione della “raccomandazione vincolante” (art. 211 co. 2 del nuovo c.c.p.) [ante decreto “correttivo” n.d.R.] che *«prescinde dall’interesse del singolo partecipante all’aggiudicazione e mira invece al corretto svolgimento delle procedure di appalto nell’interesse di tutti i partecipanti e finanche di quello collettivo dei cittadini, interesse quest’ultimo che va via via emancipandosi dallo schema del mero interesse di fatto (sul punto cfr. considerando 122 della direttiva 24/2014)»*.

(iii) l’onere dell’impugnazione immediata dell’altrui ammissione alla procedura di gara (art. 120 co. 2-bis c.p.a.) che dà *«evidentemente sostanza e tutela ad un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all’aggiudicazione»*;

(iv) la creazione di una gerarchia verticale fra i due criteri di aggiudicazione, accordando preferenza a quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

I suddetti indici vengono richiamati dall’ordinanza di rimessione che tuttavia si sofferma sulle modifiche apportate all’istituto di cui al punto sub (ii), abrogato dal decreto “correttivo” al Codice e sostituito dalla legittimazione processuale dell’ANAC.

La richiamata sentenza e l’ordinanza di rimessione sottolineano che l’insieme delle suddette modifiche normative profila una nuova nozione di “bene della vita” meritevole di protezione, *«più ampia di quella tradizionalmente riferita all’aggiudicazione»*, seppur non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell’azione amministrativa e che in tale quadro, gli elementi *«fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura»* assumono *«rilievo sia nell’ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara, sia in quella dell’interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi»* così assicurando *«nella logica propria dell’interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo»*, un bene, *«cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all’interesse finale all’aggiudicazione»*.

Il Collegio evidenzia che una diversa soluzione interpretativa preclusiva all’immediata impugnazione del criterio indicato dal bando di gara (nella specie, il “massimo ribasso”), finirebbe per *«svilire e depotenziare»* le due architravi del nuovo impianto normativo ossia: a) da un lato il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (...); b) dall’altro (...) la logica bifasica (ammissioni/esclusioni prima fase; aggiudicazione seconda fase) che ha caratterizzato il nuovo approccio processuale in tema di tutela, poiché è evidente che

l'illegittimità del bando, sub specie del criterio di aggiudicazione, è un prius logico giuridico rispetto alle ammissioni, condizionandole e rendendole illegittime in via derivata».

La sentenza, infine, «a riprova dell'irrazionalità della tesi dell'impugnazione postergata del criterio di aggiudicazione» conclude evidenziando che «non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura di concluda con l'aggiudicazione a terzi» in quanto il ricorrente non ha comunque l'onere di dimostrare «un rapporto di causalità tra effetto lesivo del bene aggiudicazione e legge di gara».

L'ordinanza giustifica la rimessione all'Adunanza Plenaria tramite un *iter* logico complesso su cui si forniscono di seguito solo alcune riflessioni a primissima lettura.

Nel dettaglio, la Terza sezione:

(i) ammette (e propone in tesi alla Plenaria) la rivelabilità d'ufficio dell'inammissibilità del ricorso (nonostante la controversia fosse relativa ad una gara indetta in base al Codice del 2006) in quanto (rectius “nonostante”) la questione non fosse mai stata dedotta dalle parti o rilevata dal TAR, ponendo in dubbio la formazione del giudicato implicito;

(ii) accoglie la tesi espressa nella sentenza n. 2014/2017 sull'ammissibilità dell'impugnazione immediata del criterio di aggiudicazione sulla base dell'assioma che tale sia (l'unica) interpretazione in linea con il nuovo assetto normativo;

(iii) sulla base dello stesso presupposto sub (ii), e in particolare sulla gerarchia tra gli interessi protetti, sollecita una completa revisione dell'orientamento del 2003, proponendo la totale impugnabilità immediata delle clausole del bando (ad eccezione di quelle incerte);

A “copertura” del deferimento l'ordinanza invoca, seppur “in via subordinata” nell'ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria “*dovesse optare per la tesi della non rilevabilità d'ufficio in appello della inammissibilità del ricorso, per effetto del giudicato implicito*”, il quinto comma dell'art. 99 (ai sensi del quale “*Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato*”).

Quest'ultima disposizione disciplina tuttavia un'ipotesi (ossia la possibilità di affermare il principio di diritto nonostante il rigetto in rito del ricorso) diametralmente opposta rispetto a quella paventata dall'ordinanza (in cui si richiede l'affermazione del principio di diritto anche in caso in cui venga negata la rilevabilità d'ufficio dell'inammissibilità per il formarsi del giudicato implicito, evidentemente confermando la ritualità del ricorso). Ne deriva pertanto che la sezione chieda all'Adunanza Plenaria di enunciare il principio nell'interesse della legge non nell'ipotesi in cui la stessa Adunanza dovesse dichiarare l'inammissibilità del ricorso (giacché

questa è la tesi prospettata dalla sezione e che sostiene il rinvio, salvo evidentemente il riconoscimento dell'errore scusabile), ma nell'ipotesi in cui il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa dovesse dichiarare l'irrelevanza, ai fini della soluzione caso di specie, della questione deferita.

A giustificazione del deferimento inoltre l'ordinanza non invoca l'esistenza ai sensi del comma 1 dell'art. 99 di un contrasto giurisprudenziale (esistente seppur "in nuce"), ma evidenzia l'esistenza di un orientamento maggioritario nella giurisprudenza di primo grado (evidentemente) saldato alla tesi "tradizionale" affermata nel 2003.

7. CRITICHE ALL'ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

L'opportunità di un *revirement* giurisprudenziale della citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003, spinto dalla sopravvenienza di «*giusti motivi per un indirizzo evolutivo*», è stata per la prima volta invocata da due ordinanze di rimessione della Sesta sezione⁶³⁸.

In entrambi i casi, tuttavia, l'Adunanza Plenaria⁶³⁹, non aveva esaminato la questione per difetto di rilevanza rispetto al caso di specie.

La stessa sezione, con una successiva rimessione⁶⁴⁰ aveva in seguito riproposto le tesi delle suddette ordinanze, evidenziando che l'«*interesse protetto al corretto svolgimento della procedura*» di cui i concorrenti divengono titolari con la domanda di partecipazione alla gara è suscettibile di essere leso «*per effetto di qualsiasi vizio del bando*» sicché la limitazione dell'immediata impugnabilità alle sole cause escludenti avrebbe dovuto ritenersi (i) inefficace rispetto all'obiettivo, perseguito dallo stesso orientamento, di deflazionare il contenzioso; (ii) contraria ai principi di buona fede e affidamento (artt. 1337 e 1338 c.c.) che, al contrario, «*dovrebbero implicare che le imprese, tenute a partecipare alla gara con attenta disamina delle prescrizioni del bando, fossero non solo abilitate, ma obbligate a segnalare tempestivamente, tramite impugnazione del bando stesso*».

Anche in tale occasione l'Adunanza Plenaria⁶⁴¹ non aveva esaminato la questione per difetto di rilevanza rispetto al caso di specie.

Le questioni rimesse dalla Terza sezione non sembrano a rigore parimenti rilevanti rispetto al caso di specie che, come visto, riguarda una procedura di gara, indetta secondo la disciplina del

⁶³⁸ Cons. St., sez. VI, ord., 18 gennaio 2011 n. 351; Id., 8 maggio 2012 n. 2633.

⁶³⁹ Cons. St., Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro amm.*, CdS, 2011, 4, 1132, Id., 31 luglio 2012, n. 31, ivi, 2012, 7-8, 1816.

⁶⁴⁰ Cons. St., sez., VI, 1 febbraio 2013, n. 634.

⁶⁴¹ 22 aprile 2013, n. 8, in *Foro amm.*, CdS, 2013, 4, 895.

precedente Codice dei contratti. L'orientamento proposto non potrebbe in ogni caso essere applicato, giacché fondato su indici innovatori *erompenti* (solo) dal nuovo Codice.

Come evidenzia la stessa ordinanza, nel giudizio di primo grado, il TAR, facendo implicitamente applicazione del riferito, consolidato, orientamento, non aveva rilevato (né le parti avevano eccepito) la tardività del ricorso, né la questione era tempestivamente emersa nel giudizio d'appello. Nonostante la questione non fosse quindi *res controversa*, il Collegio ha comunque dubitato che la stessa, proprio in quanto non rilevata nel corso del giudizio, potesse essere coperta dal giudicato (implicito), limitato dall'art. 9 c.p.a alla sola questione di giurisdizione secondo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, sicché deferisce la questione all'Adunanza Plenaria.

Anche a voler ritenere che sulla questione non si sia formato giudicato non sarebbe di certo compatibile con i principi di certezza e di diritto di difesa la possibilità che in assenza di ogni forma di contraddittorio delle parti sul punto, sia il giudice d'appello a dichiarare d'ufficio l'inammissibilità del ricorso disattendendo un orientamento consolidato.

A giustificazione del deferimento la sezione non invoca una delle ipotesi elencate nell'articolo 99 c.p.a., ma sembra piuttosto voler trovare una “copertura” del rinvio effettuato, in una lettura complessiva e “trasversale” della stessa disposizione, prevalentemente giustificata dalla particolare importanza delle questioni sottoposte (seppur, come visto, irrilevanti per la soluzione del caso di specie).

L'orientamento accolto dall'ordinanza sembrerebbe tuttavia difforme dall'indirizzo sancito dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 (dichiarandosi in linea con quello della più volte richiamata sentenza n. 2014/2017), sicché la copertura potrebbe rinvenirsi nel comma 3 dell'art. 99 (in base al quale “*Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*”).

Tuttavia il parametro (non espressamente invocato) non sembra a rigore del tutto conferente giacché, il deferimento non muove da un discostamento dal precedente indirizzo, ma dall'esigenza di un'evoluzione specificatamente basata su indici normativi diversi rispetto a quelli presi in considerazione dall'Adunanza Plenaria del 2003 e non applicabili, nella specie, per “*la decisione del ricorso*”.

A “copertura” del deferimento l'ordinanza invoca, seppur “in via subordinata” nell'ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria “*dovesse optare per la tesi della non rilevabilità d'ufficio in appello della inammissibilità del ricorso, per effetto del giudicato implicito*”, il quinto comma dell'art. 99 (ai sensi del quale “*Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza*

plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato"). Quest'ultima disposizione disciplina tuttavia un'ipotesi (ossia la possibilità di affermare il principio di diritto nonostante il rigetto in rito del ricorso) diametralmente opposta rispetto a quella paventata dall'ordinanza (in cui si richiede l'affermazione del principio di diritto anche in caso in cui venga negata la rilevanza d'ufficio dell'inammissibilità per il formarsi del giudicato implicito, evidentemente confermando la ritualità del ricorso). Ne deriva pertanto che la sezione chieda all'Adunanza Plenaria di enunciare il principio nell'interesse della legge non nell'ipotesi in cui la stessa Adunanza dovesse dichiarare l'inammissibilità del ricorso (giacché questa è la tesi prospettata dalla sezione e che sostiene il rinvio, salvo evidentemente il riconoscimento dell'errore scusabile), ma nell'ipotesi in cui il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa dovesse dichiarare l'irrelevanza, ai fini della soluzione caso di specie, della questione deferita.

A giustificazione del deferimento inoltre l'ordinanza non invoca l'esistenza ai sensi del comma 1 dell'art. 99 di un contrasto giurisprudenziale (esistente seppur "in nuce"), ma evidenzia l'esistenza di un orientamento maggioritario nella giurisprudenza di primo grado (evidentemente) saldato alla tesi "tradizionale" affermata nel 2003.

Numerosi elementi dovrebbero peraltro a guardare con cautela la tesi prospettata dall'ordinanza di rimessione tendente all'estensione delle ipotesi di impugnazione immediata del bando di gara.

Con riferimento all'estensione dell'onere di impugnazione immediata alla commissione di gara, al par. 2.16.5 dell'ordinanza si afferma che "*È utile ricordare che, nello schema originario del codice dei contratti pubblici, sottoposto al parere del Consiglio di Stato, si prevedeva un'estensione del rito speciale sull'impugnazione immediata di altri atti precedenti l'aggiudicazione, con particolare riferimento alla composizione della commissione.*

Il testo definitivo ha espunto tale indicazione, recependo i suggerimenti dell'organo consultivo. Le obiezioni espresse dalla Commissione speciale, però, non riguardavano il tema dell'onere di immediata impugnazione, quanto piuttosto, il vincolo imposto dalla legge di delega (che non contemplava tali ipotesi) e l'incidenza sull'applicazione di un rito speciale al di fuori dei casi consentiti dalla stessa legge delega. L'organo consultivo, invece, non ha preso posizione sull'aspetto concernente l'immediata lesività di tali atti e del conseguente onere di impugnazione tempestiva, secondo le regole generali"

Lo stesso punto prosegue affermando: “*A tale proposito, si deve incidentalmente osservare che, de iure condendo, potrebbe essere auspicabile delineare un rito accelerato per le impugnazioni di tutti gli atti delle procedure di gara anteriori all’aggiudicazione considerati immediatamente lesivi (anche nella prospettiva limitatrice indicata dalla stessa Adunanza Plenaria n. 1/2003)*”.

Accogliendo acriticamente l’indirizzo della sentenza n. 2014 l’ordinanza propone una nuova (ulteriore) differenziazione della tutela all’interno dello stesso rito (già) speciale.

Ulteriore differenziazione che, come visto con riferimento alla legittimazione sull’ammissione alla gara, confligge con i principi di uguaglianza (art. 3) e buon andamento (art. 97) della Costituzione.

Sotto diverso profilo sembra che il ragionamento della Plenaria n. 1/2003 sia stato in realtà “forzato” (*recte* strumentalizzato) dalla sentenza n. 2014/2017 proprio per effettuare il *revirement*.

Riprendendo il passaggio in cui la Plenaria del 2003 escludeva espressamente l’onere di immediata impugnazione del criterio di aggiudicazione, mi sembra che la motivazione con cui la stessa Plenaria sosteneva la *posticipazione* di detta impugnazione si basasse proprio sul legame tra la “cattiva” applicazione del criterio all’interno del *concreto* svolgimento della procedura di gara⁶⁴².

In altri termini, mi sembra che la Plenaria del 2003 non parli mai di impugnazione del criterio di aggiudicazione come mera “violazione di legge”, ma lo leghi sempre alla contestazione dell’intera gara.

La ragione sembra in effetti chiara e coerente con il precedente Codice: la scelta del criterio nel Codice 2006 è espressione di una scelta discrezionale della S.A. sicché ciò che è lesivo non è

⁶⁴² Cfr. in particolare al punto 11 della motivazione in cui la Plenaria del 2003 afferma che “*Non può, altresì, essere condiviso quell’indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l’onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell’offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell’anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l’effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l’esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell’offerta. L’effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l’astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l’interessato. In tali ipotesi è il concreto svolgimento della gara e delle relative operazioni, nonché l’adozione delle valutazioni all’uopo necessarie, a produrre l’effetto lesivo ricollegabile all’astratta previsione contenuta nel bando: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all’atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell’impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell’offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell’offerta, nonché le clausole che precisano l’esclusione automatica dell’offerta anomala. L’effettiva - e non potenziale - lesività di tali clausole nei riguardi della situazione soggettiva dell’interessato dipende, infatti, dalla loro effettiva applicazione e dalla loro concreta incidenza nei confronti dell’impresa o del partecipante alla procedura concorsuale*”.

la scelta del criterio in sé, ma la sua concreta - eventuale - erronea applicazione nel corso della gara.

Al contrario la sentenza n. 2014/2017 parte dall'erroneo convincimento che la Plenaria nel 2003 abbia affermato la posticipazione dell'onere con cui si contesti *sic et simpliciter* - per violazione di legge - il criterio astrattamente scelto dalla S.A⁶⁴³.

8. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come emerge dalla trattazione svolta, si è nuovamente delineato un contrasto giurisprudenziale circa l'attuale portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara. In attesa della pronuncia dell'Adunanza plenaria sul merito, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Non sembra esser venuto meno il principio cardine espresso a suo tempo dalla plenaria nella sentenza n. 1 del 2003, secondo cui la sussistenza di un interesse all'impugnazione debba dipendere da una lesione attuale e concreta della situazione soggettiva dell'interessato.

Tale principio non è più stato rimesso in discussione, neanche dalle più recenti pronunce del Consiglio di Stato che, pure, hanno tentato di modificare e ampliare i confini dell'interesse legittimo meritevole di tutela 'immediata'. Sul punto, infatti, si rileva che l'eventuale ampliamento attiene al contenuto sostanziale, alla struttura dell'interesse protetto, e non alla necessità processuale che la lesione di tale (più ampio) interesse sia comunque concreta ed attuale.

⁶⁴³ Cfr. in particolare il punto 5.4. in cui la Terza sezione afferma che "A ciò si aggiunga, a riprova dell'irrazionalità della tesi dell'impugnazione postergata del criterio di aggiudicazione, che il ricorrente, costretto ad attendere, quale dies a quo per l'impugnativa, il momento dell'aggiudicazione ad altri, non è vincolato dalla correlazione tra criterio del massimo ribasso e la mancata aggiudicazione, non dovendo egli dimostrare un rapporto di causalità tra effetto lesivo del bene "aggiudicazione" e lex gara: la lesione, nell'orientamento giurisprudenziale tradizionale varato dall'Adunanza Plenaria nel 2003, è infatti solo l'elemento, che integrando una delle condizioni dell'azione, abilita alla tutela dell'interesse legittimo attraverso l'esperimento dell'azione demolitoria. Una volta realizzatasi la condizione dell'azione, il ricorrente è ammesso a far valere la violazione dell'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, insieme a tutti gli altri vizi di legittimità del bando che non attengano a clausole escludenti, a prescindere se la mancata aggiudicazione sia riferita, o meno, proprio all'operare di quella o di quelle clausole (si pensi, oltre che al criterio di aggiudicazione, alla difettosa composizione del seggio di gara o alle previsioni sulle modalità di apertura delle buste o, in generale, alle norme sul modus procedendi). In questi casi non è cioè necessaria la dimostrazione che, in assenza del vizio, l'aggiudicazione sarebbe stata senz'altro riconosciuta al ricorrente, costituendo, la violazione delle norme di legge, un sintomo della cattiva organizzazione e gestione della gara e conseguentemente dell'erroneità dei suoi esiti. 6. Se così è, allora, non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura di concluda con l'aggiudicazione a terzi. Tale soluzione non risponderebbe a finalità deflattive ed anzi inficerebbe quelle legate al pur contemplato onere di impugnazione delle ammissioni; non risponde del resto a finalità di coerenza giuridica o dogmatica, poiché il postergare l'impugnazione della lex gara finanche quando la violazione è già proclamata, può avere un senso solo in relazione a clausole che non violino immediatamente l'interesse del singolo imprenditore, è così certamente non è per quelle che gli impediscono di concorrere sulla qualità; è inoltre contraria al dovere di leale collaborazione ed al rispetto del principio di legittimo affidamento, immanenti anche nell'ordinamento amministrativo".

È plausibile ritenere che la valutazione e la scelta dell'Adunanza plenaria si concentreranno principalmente sulla natura dell'interesse protetto (o degli interessi protetti) e, conseguentemente, sull'individuazione del momento in cui si concretizza la sua lesione.

Ciò premesso, sia l'impostazione tradizionale sia la soluzione proposta dall'ordinanza di rimessione sembrano presentare alcuni profili problematici, che emergono particolarmente con riferimento ai criteri di aggiudicazione delle offerte.

Il mantenimento integrale dell'impostazione tradizionale codificata dall'Adunanza plenaria del 2003, che da sempre esclude un onere di immediata impugnazione di tali criteri, rischierebbe di 'tradire' la *ratio* sottesa alle innovazioni legislative, introdotte prima a livello europeo e poi ampliate a livello nazionale.

L'attuale articolo 95 del d. lgs. n. 50 del 2016 sembrerebbe infatti accordare, pur con una formulazione ambigua, una forte preferenza al criterio di offerta economicamente più vantaggiosa. Pertanto, posticipare l'eventuale contestazione del criterio scelto dalla stazione appaltante alla fase successiva all'aggiudicazione finirebbe, in concreto, con il depotenziare fortemente la preferenza accordata dal legislatore.

D'altro canto, anticipare la contestazione dei criteri al momento della pubblicazione del bando presenta, parimenti, alcuni problemi.

In primis, si rileva come l'articolo 95 del citato decreto sembri voler comunque mantenere un certo margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante, quantomeno in determinate ipotesi. Nell'analisi sin qui svolta sono emerse le incertezze interpretative tuttora presenti sia a livello giurisprudenziale sia dottrinario relativamente ai rapporti tra i diversi criteri di aggiudicazione. Pertanto, non sembra si possa parlare compiutamente di una vera e propria gerarchia tra i criteri.

In secondo luogo, anche qualora la plenaria riconoscesse l'esistenza di una gerarchia, *stricto sensu* intesa, permarrrebbe il dubbio circa la configurabilità di un interesse sostanziale distinto ed autonomo rispetto a quello all'aggiudicazione.

Infatti, secondo la ricostruzione proposta dall'ordinanza, tale interesse si manifesterebbe – ed esaurirebbe – nel momento di presentazione delle offerte e non in quello successivo dell'aggiudicazione. In questo senso, si può notare come anche l'eventuale aggiudicazione secondo un criterio illegittimo non farebbe venir meno il pregiudizio: l'impresa si troverebbe comunque a fornire una prestazione qualitativamente inferiore rispetto a quella che potenzialmente avrebbe potuto offrire e, per converso, la stazione appaltante beneficerebbe di una qualità inferiore a quella che avrebbe potuto ottenere se avesse adottato, *ab origine*, il

criterio corretto. In altre parole, si può notare come l'eventuale adozione di un criterio illegittimo determinerebbe una lesione immediata dei partecipanti alla gara.

D'altro canto, appare difficile dimostrare *ex ante* in che modo l'adozione di un criterio illegittimo abbia in concreto leso il proprio diritto a concorrere secondo qualità.

Al fine di dimostrare l'attualità e la concretezza del proprio interesse, l'impresa dovrebbe infatti ritenersi onerata di provare o, comunque, di offrire un principio di prova del modo in cui la propria offerta avrebbe potuto essere migliore, se formulata secondo il criterio qualitativo, rispetto al mero parametro di prezzo.

Tuttavia, la singola impresa avrà difficoltà a dimostrare che avrebbe potuto formulare un'offerta più competitiva, laddove fosse stato adottato il criterio corretto. In questo caso, infatti, sarebbe difficile, se non impossibile, individuare *ex ante* quali parametri qualitativi la stazione appaltante avrebbe selezionato nel caso specifico.

Tutto ciò potrebbe determinare un gravoso onere della prova per l'impresa ricorrente o, per converso, un'indiscriminata possibilità di contestazione.

Si tratta di alcuni dei più complessi nodi sistematici, che spetterà all'attesa pronuncia dell'Adunanza plenaria sciogliere.

CAPITOLO VIII

LA LEGITTIMAZIONE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI A CONTESTARE LE VIOLAZIONI DELLA NORMATIVA SUI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Premessa. Inquadramento sistematico della la legittimazione processuale attribuita *ex lege* alle autorità pubbliche - 2.1. La legittimazione a ricorrere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato - 2.2. La legittimazione a ricorrere dell’Autorità dei Trasporti- 2.3. La legittimazione del Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca in materia di statuti universitari - 3. La facoltà per gli Stati Membri dell’UE di attribuire la legittimazione a ricorrere per contestare le violazioni delle norme in materia di contratti pubblici anche alle autorità pubbliche - 4. L’esercizio da parte dell’AGCM dei poteri di cui all’art. 21-*bis* l. 287/90 per contestare alle Stazioni appaltanti la violazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici - 5. La soppressione del potere di “raccomandazione vincolante” e l’introduzione della legittimazione processuale dell’ANAC - 5.1. L’ambito oggettivo di applicazione dei nuovi poteri dell’ANAC - 5.2. Le due possibili interpretazioni dei commi 1-*bis* e 1-*ter* dell’art. 211 del Codice. La prevalenza della tesi che consente all’ANAC (e onera del)l’impugnazione immediata degli atti elencati nel comma 1-bis - 5.3. L’impugnazione immediata dei bandi di gara - 5.4. L’impugnazione immediata degli “altri atti generali” - 5.5. Il dialogo con la stazione appaltante e l’emanazione del parere motivato - 5.6. Le *gravi* violazioni del Codice dei contratti - 5.7. La denuncia delle *gravi* violazioni della normativa sull’evidenza pubblica e l’*interesse* del segnalante - 5.8. La qualificazione della segnalazione dell’ANAC come un’istanza di autotutela rivolta alla stazione appaltante - 6. Possibili problemi processuali e di sovrapposizione con la legittimazione dell’AGCM - 7. Conclusioni: dal controllo della stazione appaltante alla vigilanza dell’ANAC, il rapporto con l’interesse protetto - 7.1 Un Pubblico Ministero per il processo amministrativo?

1. PREMESSA. INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE ATTRIBUITA *EX LEGE* ALLE AUTORITÀ PUBBLICHE

Uno studio condotto sulla dinamica diacronica del *processo* nell'ordinamento costituzionale italiano ha prospettato il recupero di una legittimazione processuale delle potestà pubbliche come riflesso dell'attuale assetto pluralistico dello Stato⁶⁴⁴.

L'attribuzione della legittimazione processuale ad un'autorità pubblica è tuttavia un fenomeno non affatto nuovo nel nostro ordinamento⁶⁴⁵.

Un risalente precedente può rintracciarsi nel Regio Decreto 26 giugno 1924 n. 1054 che all'art. 33⁶⁴⁶ consentiva al Governo, ottenuto il preventivo assenso scritto dei destinatari del provvedimento, di ricorrere dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. La disposizione, che ha tuttavia ricevuto rara applicazione, rispondeva allo scopo di raggiungere nel modo più rapido possibile la sicurezza della definitiva efficacia del provvedimento amministrativo⁶⁴⁷.

In tempi più recenti anche i Ministeri sono stati nel tempo destinatari di poteri processuali. L'art. 52 comma 4 del d.lgs. n. 446 del 1997 ha attribuito al MEF il potere di impugnare i regolamenti comunali in materia di entrate tributarie.

Similmente alla struttura bifasica del potere processuale attribuito all'AGCM e all'ANAC, anche il MIUR ha il potere di impugnare gli Statuti universitari in caso di mancato adeguatamente degli Atenei alla segnalazione dell'illegittimità previamente effettuata dallo stesso Ministero.

L'azione processuale dei Ministeri, come evidenziato dalla dottrina, non è "blindata" alla censura della violazione della normativa di settore (a differenza di quanto consentito alle

⁶⁴⁴ L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano: apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, Jovene, 2012, 104.

⁶⁴⁵ Lo evidenzia M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle Autorità indipendenti*, relazione tenuta al Convegno _ Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013, in www.giustizia-amministrativa.it, I ss.

⁶⁴⁶ Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato. Il secondo comma dell'art. 33 prevedeva che "Col preventivo assenso scritto di coloro ai quali il provvedimento direttamente si riferisce, può invece provocare la decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Ma se essi si rifiutano, si intenderà che vi abbiano rinunciato". L'art. 5 del R.d. 17 agosto 1907, n. 642, (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato) precisava che "Ove, entro trenta giorni da quello della notificazione dell'invito che sia stato fatto all'interessato, a termine dell'art. 25 della legge, questi non risponda all'autorità che ne ha promosso il consenso, s'intende che egli abbia rinunciato al diritto di ricorrere alla sezione giurisdizionale competente. Qualora l'interessato dichiari di accettare che l'affare sia deferito alla decisione della sezione predetta, l'autorità, entro trenta giorni dopo tale dichiarazione, invia gli atti alla segreteria della sezione stessa, dandone comunicazione agli interessati in forma amministrativa. Nel termine di altri trenta giorni dopo pervenuti gli atti alla segreteria, le parti possono presentare istanze, memorie e documenti".

⁶⁴⁷ U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, V ed., Padova, 1935, 247-248, evidenziava l'imperfezione del testo mal coordinato con l'art. 36 dello stesso Testo Unico e ne suggeriva pertanto l'abrogazione o la modifica. L'A. esprimeva in particolare dubbi sul fatto la disposizione consentisse di raggiungere la stabilità del provvedimento tramite un'effettiva acquiescenza delle parti rispetto al provvedimento amministrativo.

Autorità indipendenti) in quanto l'atto impugnato può essere contestato per qualsiasi tipo di illegittimità⁶⁴⁸.

Per salvaguardare le esigenze di unitarietà della gestione del bene "ambiente" spetta inoltre solo al Ministero dell'ambiente l'azione per il risarcimento del cd. "danno ambientale"⁶⁴⁹, ferma la possibilità degli enti territoriali e dei singoli di agire per il danno subito *iure proprio*, come confermato dalla Corte Costituzionale⁶⁵⁰.

Tutt'altro che recente è inoltre l'attribuzione della legittimazione a ricorrere in capo ai soggetti chiamati a vigilare in un determinato settore del mercato.

L'art. 9 della l. n. 416 del 1981 attribuiva al Garante per l'Editoria l'azione di nullità degli atti posti in essere in violazione dei divieti disposti dalla stessa legge sull'editoria⁶⁵¹.

La Banca d'Italia e la Consob sono da tempo legittimati non solo a ricorrere contro ma anche a costituirsi parte civile nei⁶⁵²

⁶⁴⁸ M. A. SANDULLI, *op e loc. ult. cit.*.

⁶⁴⁹ Il d.lgs. n. 152 del 2006 ha abrogato l'art. 9 comma 3 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, (T.U.E.L.) che per sopperire all'inerzia della pubblica amministrazione aveva riconosciuto la legittimazione ad agire alle associazioni di protezione ambientale, per le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettino al comune e alla provincia, conseguenti a danno ambientale. L'eventuale risarcimento era liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali erano liquidate in favore o a carico dell'associazione. Questa disposizione è stata abrogata sicché ai sensi del comma 1 della stessa disposizione è consentita la sola azione popolare del "cittadino/elettore" che può agire in giudizio per far valere "le azioni e i ricorsi" che spettano all'ente locale rimasto inerte. Il Codice dell'ambiente all'art. 310 affida l'iniziativa di perseguire gli inquinamenti ambientali, eventualmente su denuncia dei cittadini danneggiati e delle associazioni ambientaliste, soltanto allo Stato residuando agli interessati la possibilità di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo per l'annullamento degli atti o dell'inerzia del Ministero dell'Ambiente e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale. Sul tema la letteratura è sterminata senza pretesa di esaustività si v. G. VISINTINI, *Responsabilità civile e danni ambientali*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, 2011, p. 1012 ss.; L. FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990.

⁶⁵⁰ Corte Cost. 1 giugno 2016, n. 126, ha evidenziato che l'attribuzione dell'azione risarcitoria al Ministero è strettamente strumentale all'esigenza di "unitarietà della gestione del bene ambiente" e delle funzioni amministrative necessarie per la sua tutela. La fase risarcitoria infatti "pur non essendo certo qualificabile come amministrativa, ne costituisce il naturale completamento, essendo volta a garantire alla istituzione su cui incombe la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie, risorse che hanno appunto questa specifica ed esclusiva destinazione". La Consulta, richiamando la giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha inoltre precisato che la normativa speciale sul "danno ambientale" si "affianca (non sussistendo alcuna antinomia reale) alla disciplina generale del danno posta dal codice civile, non potendosi pertanto dubitare della legittimazione degli enti territoriali a costituirsi parte civile *iure proprio*, nel processo per reati che abbiano cagionato pregiudizi all'ambiente, per il risarcimento non del danno all'ambiente come interesse pubblico, bensì (al pari di ogni persona singola od associata) dei danni direttamente subiti: danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico, di natura pubblica, della lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale".

⁶⁵¹ Si v. l'art. 9 della l. 5 agosto 1981, n. 416. Il successivo art. 48 della stessa legge attribuiva inoltre al suddetto Garante (e contemporaneamente a qualsiasi cittadino e al pubblico ministero) la possibilità di presentare al Tribunale competente un'istanza per la revoca degli amministratori delle imprese editrici non in regola con le prescrizioni dell'art. 1 della stessa legge.

⁶⁵² Cfr. L'art. 187-undecies TUF. Art. 187-undecies (*Facoltà della Consob nel procedimento penale*) ai sensi del quale "1. Nei procedimenti per i reati previsti dagli articoli 184 e 185, la Consob esercita i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. 2. La Consob può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato".

La giurisprudenza amministrativa ha significativamente richiamato il divieto di sostituzione processuale, sancito dall'art. 81 del c.p.c. (secondo cui "*fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*") per evidenziare che ogni affermazione di legittimazione ad agire, per avere fondamento, deve trovare una base normativa positiva.

Sulla scorta di tale principio è stata evidenziata la necessità di segnare la fine della ricca fase di formazione in via "pretoria" di nuove forme di legittimazione processuale per gli enti esponenziali e l'inizio di una "*nuova, più efficiente e più ponderata tipizzazione delle azioni esperibili e dei soggetti ad esse legittimati*" riscontrando, in sostanza, l'affermazione di una nuova e più matura "tassatività" delle azioni esperibili (sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo)⁶⁵³.

2.1. LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

L'art. 21-bis della l. 287 del 1990 ha attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la legittimazione a impugnare, innanzi al giudice amministrativo, i provvedimenti e i regolamenti adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Tale attribuzione ha immediatamente acceso un vivace dibattito in dottrina, specialmente per delineare la natura di tale potere anche al fine di giustificare e armonizzare la suddetta disciplina con il sistema costituzionale della giustizia amministrativa e, in particolare con la giurisdizione di diritto soggettivo⁶⁵⁴.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte negato di dover sollevare la questione di compatibilità costituzionale affermando che, l'intento della suddetta disposizione non è quello di introdurre di ipotesi di giurisdizione oggettiva, ma solo di definire uno *standard* di protezione minima in virtù del quale sia assicurata una tutela davanti al giudice amministrativo. La Corte costituzionale ha espressamente negato che le l'art. 21-bis avrebbe introdotto nel processo amministrativo una figura assimilabile a quella del *pubblico ministero*, in asserita palese violazione dell'art. 113, comma 1, Cost⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Cons. St., sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303

⁶⁵⁴ Si v. per tutti, M. A SANDULLI., "*Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis L. n. 287 del 1990*", in *www.federalismi.it*. Per una recente e completa rassegna giurisprudenziale sul tema si v. M FILICE, G. DIMITRIO, *I poteri di competition advocacy dell'Agcm ex art. 21 bis, L. n. 287/1990*, in *giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 267 ss.

⁶⁵⁵ Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20.

Sebbene l'art. 21-*bis* legittimi l'AGCM ad impugnare anche gli atti adottati dagli enti territoriali e delle Regioni la giurisprudenza ha però fermamente smentito che l'art. 21-*bis* possa aver introdotto un "nuovo e generalizzato controllo di legittimità"⁶⁵⁶.

La dottrina, seguita dalla pressoché unanime giurisprudenza amministrativa, ha sostenuto che il giudizio prescinderebbe sempre dalla verifica dell'interesse ad agire dell'AGCM⁶⁵⁷

Questa prospettiva secondo parte della dottrina "sfuma nel rapporto processuale che contraddistingue questo peculiare diritto di azione di AGCM anche l'interesse ad agire. L'interesse ad agire è personale, attuale e concreto. Sono, questi, caratteri che non si addicono all'azione di un ente pubblico che sia chiamato all'attuazione della legge (le norme a tutela della concorrenza) anziché alla realizzazione di propri interessi. AGCM agisce, appunto, come una sorta di p.m. e per la realizzazione dell'interesse generale alla concorrenza".

D'altro canto, però, in alcune pronunce del giudice amministrativo è stato osservato che nelle ipotesi di ricorso ex art. 21-*bis* l'AGCM agisce per la tutela in sé della concorrenza, presupponendo il relativo interesse⁶⁵⁸.

Entrambe le posizioni hanno vivacizzato il dibattito con la prospettazione di argomentazioni sulle quali si sono successivamente innestate le riflessioni di altra parte della dottrina.

A sostegno della visione "oggettiva" del potere processuale, è stato evidenziato, che se l'Autorità presenta delle finalità istituzionali chiaramente e specificamente connesse con la tutela del bene concorrenza - e quindi non è indifferente all'amministrazione dello stesso da parte di altri soggetti pubblici - l'ordinamento non le riconosce una posizione sostanziale di vantaggio tale da poter conferire la possibilità di condizionare nella fase procedimentale il corretto esercizio del potere amministrativo. Secondo questa dottrina, in altri termini, l'Autorità non sarebbe «considerata dall'ordinamento anche come soggetto passivo del rapporto verticale» (ossia del rapporto amministrativo con altre autorità)⁶⁵⁹.

Secondo un opposto orientamento dottrinale il potere processuale dell'Autorità rappresenterebbe la manifestazione in via di azione di una posizione soggettiva sostanziale.

La stessa Autorità sarebbe, infatti, portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa e ne riceve immediata lesione anche nel caso di atti a contenuto normativo o generale.

⁶⁵⁶ Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

⁶⁵⁷ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

⁶⁵⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264; Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

⁶⁵⁹ F. Cintioli, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-*bis* l. n. 287 del 1990), *op. cit.*, 10.

A sostegno di tale impostazione, è stato richiamato quell'orientamento dottrinale che propone l'introduzione nell'ordinamento interno di uno strumento di sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa analogo al modello comunitario della procedura di infrazione. Se la Commissione UE è legittimata a proporre ricorso per far accertare la violazione da parte degli Stati degli obblighi comunitari, anche nell'ordinamento nazionale ciascun soggetto, istituito per la tutela di un determinato interesse pubblico, sarebbe titolare di un interesse personale, specifico e qualificato nell'ipotesi di violazione delle regole poste a tutela di tale interesse. Si richiama, in quest'ottica, l'obbligo di leale cooperazione di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione: l'adozione di un atto illegittimo comporterebbe la violazione dell'obbligo di leale collaborazione nei confronti dell'ente la cui normativa è stata violata, potendo allora individuarsi in capo a quest'ente la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato, con la conseguente legittimazione all'impugnazione dell'atto che quell'obbligo ha violato.

Proseguendo nell'analisi dell'orientamento che soggettivizza in capo all'Autorità l'interesse sostanziale alla tutela della concorrenza e del mercato, è stato precisato che anteriormente all'intervento del legislatore, il principale ostacolo all'accesso diretto alla giustizia amministrativa non era rappresentato dalla "qualificazione" di tale interesse sostanziale, bensì dalla difficoltà di configurare in capo all'Autorità un interesse processuale, consistente nella possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto e attuale dalla decisione.

Tale limite tuttavia, in quanto derivante dalle prescrizioni di legge ordinaria può essere derogato da fonti di pari rango, nella specie sopravvenute e speciali, che, in un'ottica di massima garanzia della giustizia nell'amministrazione, identifichino, per le *Authorities*, tale interesse nel rispetto della legge.

In altri termini, il nuovo potere dell'Autorità deve essere qualificato come "diretta e naturale espressione dell'interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati". Si discosta da tale impostazione l'opinione espressa da un autorevole commentatore il quale esclude la possibilità di configurare un interesse legittimo nascente dalla lesione di una competenza amministrativa, ovvero un interesse pubblico affidato alla cura, in particolare, dell'Autorità: la concorrenza, si sottolinea, è invece bene ed "*interesse diffuso*", come tale curato certamente dall'Autorità, ma

non solo da quest'ultima⁶⁶⁰. Secondo altri autori, invece, non si potrebbe invocare la categoria dell'interesse diffuso in quanto nella vicenda in esame ci si troverebbe al cospetto di un interesse legittimo inteso come una “*sorta di soggettivizzazione di interessi comunitari per una nuova prospettiva dell'interesse legittimo nell'Europa del diritto*”, ossia si dovrebbe configurare la fattispecie descritta all'articolo 21-bis come la manifestazione di un'ipotizzata, più generale, evoluzione dell'interesse legittimo, sempre meno riconducibile ad una posizione necessariamente riferita ad un interesse individuale, e sempre più, invece, espressione di una “*necessità di ampliamento dei titoli di legittimazione e del riconoscimento dell'interesse ad agire*”, tale da consentire al giudice amministrativo di perseguire e realizzare insieme la tutela degli interessi legittimi e la giustizia dell'amministrazione, inquadrata nel più vasto ambito comunitario⁶⁶¹.

Secondo una diversa impostazione, l'Autorità sarebbe titolare di un interesse legittimo, ma il potere di legittimazione al ricorso non le deriverebbe in senso generico dalla circostanza di essere un'Autorità posta specificamente a tutela della concorrenza e del mercato, ma dal fatto di essere conferitaria di uno specifico “*potere di controllo*”, ossia proprio quello in particolare attribuito dall'articolo 21-bis, in assenza del quale non avrebbe potuto agire avverso gli atti anticoncorrenziali di altre Amministrazioni. Ad avviso di questo autore, il parere non rappresenterebbe un presupposto processuale dell'azione, come sostenuto da altra parte della dottrina⁶⁶², ma (una volta non ottemperato) la fonte stessa (in termini di concreto esercizio del potere negativamente inciso dall'altrui decisione di non conformarsi) della posizione giuridica soggettiva lesa”.

In altri termini, l'interesse legittimo sorgerebbe solo allorché l'Amministrazione destinataria del parere dell'Autorità non vi si conformi, e sarebbe per questo che l'Autorità deve, prima di ricorrere in giudizio (avverso la decisione di non conformarsi), necessariamente intervenire nelle forme dell'art. 21-bis. Pertanto, qualora l'Autorità decida di coltivare la strada del ricorso giurisdizionale, non instaura un giudizio di diritto oggettivo, ma un giudizio a tutela di una posizione soggettiva lesa (il proprio potere di conformare l'azione delle altre Amministrazioni, in vista della tutela della legalità concorrenziale)⁶⁶³.

⁶⁶⁰ R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, op. cit., 12.

⁶⁶¹ P. QUINTO, *L'interesse legittimo “anfibia” nell'Europa del diritto*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, 14

⁶⁶² G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti*, op. cit., pag. 1030, che così aderisce a F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis l. n. 287 del 1990)*, op. cit., 10.

⁶⁶³ F. GOSIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. n. 287/1990: profili sostanziali e processuali*, op. cit., 495

2.2. LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DELL'AUTORITÀ DEI TRASPORTI

Come premesso, l'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato del potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo deve essere collocato all'interno di un disegno complessivo del legislatore che trova un lontano precedente nel potere di agire in giudizio originariamente riconosciuto al Garante per l'editoria, successivamente replicato dall'attribuzione di un analogo potere di azione all'Autorità dei Trasporti limitatamente alla materia di provvedimenti sui taxi⁶⁶⁴.

Anche in relazione a tale ipotesi, il potere processuale dell'Autorità rappresenterebbe la manifestazione in via di azione di una posizione soggettiva sostanziale. La stessa Autorità è *“portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa e ne riceve immediata lesione anche nel caso di atti a contenuto normativo o generale”*. Come evidenziato dalla dottrina, le Autorità indipendenti sono normalmente finalizzate a difendere interessi di rilevanza euro-unitaria, sicché il relativo potere di legittimazione, trova un ulteriore fondamento nell'obbligo di leale collaborazione con le Istituzioni UE, in nome del quale il legislatore italiano deroga alle più tradizionali regole del processo amministrativo, improntato alla tutela delle posizioni

⁶⁶⁴ Il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214) prevede all'articolo 37, secondo comma, lettera n): “con riferimento alla disciplina di cui alla lettera m), l'Autorità può ricorrere al tribunale amministrativo regionale del Lazio”. Lettera m): “con particolare riferimento al servizio taxi, a monitorare e verificare la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti. Comuni e regioni, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono, previa acquisizione di preventivo parere da parte dell'Autorità, ad adeguare il servizio dei taxi, nel rispetto dei seguenti principi: 1) l'incremento del numero delle licenze ove ritenuto necessario anche in base alle analisi effettuate dalla Autorità per confronto nell'ambito di realtà europee comparabili, a seguito di un'istruttoria sui costi-benefici anche ambientali, in relazione a comprovate ed oggettive esigenze di mobilità ed alle caratteristiche demografiche e territoriali, bandendo concorsi straordinari in conformità alla vigente programmazione numerica, ovvero in deroga ove la programmazione numerica manchi o non sia ritenuta idonea dal comune ad assicurare un livello di offerta adeguato, per il rilascio, a titolo gratuito o a titolo oneroso, di nuove licenze da assegnare ai soggetti in possesso dei requisiti stabiliti dall'articolo 6 della legge 15 gennaio 1992, n. 21, fissando, in caso di titolo oneroso, il relativo importo ed individuando, in caso di eccedenza delle domande, uno o più criteri selettivi di valutazione automatica o immediata, che assicurino la conclusione della procedura in tempi celeri. I proventi derivanti dal rilascio di licenze a titolo oneroso sono finalizzati ad adeguate compensazioni da corrispondere a coloro che sono già titolari di licenza; 2) consentire ai titolari di licenza d'intesa con i comuni una maggiore libertà nell'organizzazione del servizio sia per fronteggiare particolari eventi straordinari o periodi di prevedibile incremento della domanda e in numero proporzionato alle esigenze dell'utenza, sia per sviluppare nuovi servizi integrativi come il taxi ad uso collettivo o altre forme; 3) consentire una maggiore libertà nella fissazione delle tariffe, la possibilità di una loro corretta e trasparente pubblicizzazione a tutela dei consumatori, prevedendo la possibilità per gli utenti di avvalersi di tariffe predeterminate dal comune per percorsi prestabiliti; 4) migliorare la qualità di offerta del servizio, individuando criteri mirati ad ampliare la formazione professionale degli operatori con particolare riferimento alla sicurezza stradale e alla conoscenza delle lingue straniere, nonché alla conoscenza della normativa in materia fiscale, amministrativa e civilistica del settore, favorendo gli investimenti in nuove tecnologie per l'efficientamento organizzativo ed ambientale del servizio e adottando la carta dei servizi a livello regionale.

soggettive individuali, in favore della tutela di un interesse, pur sempre particolare, ma facente capo ad un soggetto pubblico e soddisfatto attraverso il mero rispetto delle regole che, a livello euro-unitario e nazionale, sono preposte alla sua garanzia⁶⁶⁵.

Inoltre, con specifico riferimento all'Autorità dei Trasporti, sarebbe del resto auspicabile l'ampliamento del potere di legittimazione a ricorrere, che non si limiti ai provvedimenti sui taxi, ma si estenda a tutti gli atti e provvedimenti assunti (dalle pubbliche amministrazioni e dai soggetti equiparati) in contrasto con le regole sul corretto funzionamento dei servizi di trasporto.

In tal caso e analogamente a quanto si dirà per l'ANAC, sarà necessario definire con precisione i confini con il corrispondente potere di legittimazione attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

2.3. LA LEGITTIMAZIONE DEL MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA IN MATERIA DI STATUTI UNIVERSITARI

Una peculiare ipotesi di legittimazione *ex lege* è quella conferita al Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca dall'articolo 6, comma 9, della l. 9 maggio 1989, n. 168. In via preliminare si rileva come l'autonomia universitaria esprima un valore costituzionale canonizzato nell'articolo 33 della Costituzione, secondo cui l'università, le istituzioni di alta cultura e le accademie "hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato". Il legislatore costituente ha in tal modo codificato una doppia riserva: una riserva di legge, nel senso che solo lo strumento legislativo può fissare limiti all'autonomia universitaria, ed una riserva di normazione interna poiché la locuzione "ordinamenti autonomi" rivela che è la stessa legge a precludersi la disciplina di materie che vengono invece espressamente riservate all'ambito di azione dello statuto".

Secondo l'opinione prevalente l'articolo 33 sarebbe foriero di tre corollari: in primo luogo la legge che dispone i limiti all'autogoverno universitario rappresenta una legge di principi, ovvero una legge generica e priva di contenuti puntuali e stringenti; in secondo luogo si tratterebbe di una riserva di legge assoluta, nel senso che i suddetti limiti non possono essere stabiliti da atti normativi non legislativi; in terzo luogo il meccanismo regolatore dei rapporti tra la fonte legislativa e le fonti di autonomia non è il criterio gerarchico, bensì quello della competenza⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ M. A SANDULLI., "Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis L. n. 287 del 1990, in www.federalismi.it.

⁶⁶⁶ S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, p. 194. La tesi collega profondamente l'interesse e la legittimazione facendo della lesione subita elemento della seconda ("mentre l'affermazione di essere stato leso da un provvedimento amministrativo in un interesse legittimo (o nei casi di giurisdizione esclusiva in un diritto

Il Consiglio di Stato ha sancito che l'area normativa riservata alla competenza statutaria prevale sulle altre norme di rango primario, salvo che queste non disciplinino espressamente la materia. Ciò premesso, si evidenzia come la previsione contenuta al sopra richiamato articolo 6 prescrive che gli statuti ed i regolamenti di ateneo, una volta deliberati, sono “trasmessi al Ministro che, entro il termine perentorio di sessanta giorni, esercita il controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame ...” precisando al successivo comma 10, che: “il Ministro può, per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all'università indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell'università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità ...”.

Le norme di cui al nono e decimo comma dell'articolo 6, nell'evidente intento di conciliare il rispetto dell'autonomia universitaria da una parte, e la tutela della legalità e del buon andamento dell'altra – ossia, con riguardo alla legalità, le stesse esigenze che campeggiano nell'articolo 33 della Costituzione - configurano innanzitutto un complesso procedimento per la formazione e la revisione degli statuti e dei regolamenti d'ateneo, cioè degli “atti-fonte” che all'autonomia universitaria danno corpo. Al Ministro è riservato un rilevante ruolo di controllo: gli atti in questione, deliberati a maggioranza assoluta dai competenti degli organi universitari (senato accademico, consiglio di amministrazione) sono trasmessi dal rettore prima di essere emanati con suo decreto. Gli stessi, tuttavia, possono essere rinviati all'Università qualora il Ministro, entro il termine perentorio di 60 giorni, formuli rilievi di legittimità e/o merito. In tale ipotesi gli “organi competenti dell'università” possono conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta.

A questo punto si inserisce, quasi come ulteriore fase eventuale, la possibilità per il Ministro di “ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli

soggettivo) determina la legittimazione del soggetto alla proposizione del ricorso, e mentre il rientrare l'atto amministrativo tra quelli operanti nel campo delle posizioni soggettive protette dalla giurisdizione del Consiglio di Stato condiziona la sussistenza della giurisdizione in questo campo specifico, l'effettiva appartenenza al ricorrente della posizione soggettiva della quale egli lamenta la lesione, è condizione per la sua legittimazione a ottenere una pronuncia nel merito del ricorso) e della relazione tra lesione (che legittima a ricorrere) ed utilità ritraibile dal giudizio connotato dall'interesse processuale (“l'interesse ad agire sussiste solo se ed in quanto il provvedimento richiesto – posto che venga concesso – sia in grado di attribuire all'istante, una situazione giuridica in cui effettivamente si trova, alcuna utilità, sia pure di ordine meramente morale).

vizi di legittimità”.

A tal proposito, la prevalente dottrina ha ravvisato nel giudizio introdotto dal ricorso *de quo* una forma (anomala) di controllo, tendenzialmente eversiva dei principi caratterizzanti la giustizia amministrativa, o comunque un processo marcatamente obiettivo. Più nello specifico, è stato sostenuto che *“la facoltà riconosciuta al ministro di ricorrere al TAR introduce nel nostro ordinamento un tipo di controllo che si esercita mediante ricorso al giudice amministrativo affinché accerti definitivamente la legittimità delle disposizioni regolamentari impugnate”*. Si precisa che *“la potestà riconosciuta al Ministro di impugnare dinanzi al giudice amministrativo le disposizioni del regolamento universitario modifica uno dei cardini del nostro sistema di giustizia amministrativa consentendo un ricorso che non è diretto alla tutela di un interesse legittimo leso da un atto amministrativo, ma che è proposto nell’interesse oggettivo della tutela dell’ordinamento giuridico⁶⁶⁷”*. Inoltre, è stato sostenuto che: *“è chiaro che non si può parlare al riguardo di interesse “personale e differenziato”, di “pregiudizio subito”, di “vantaggio sperato” in capo all’organo legittimato a ricorrere, ma semmai di un generico interesse al rispetto della legge (come avviene nelle vere e proprie attività di controllo: sicché, in questi casi, non sarebbe forse infondato configurare la giurisdizione amministrativa come strumento di controllo”*. Attraverso la citata disposizione normativa sarebbe pertanto riconosciuta al Ministero una particolare posizione processuale che, secondo una parte della dottrina, differisce profondamente dai principi che regolano la legittimazione processuale attiva saldamente ancorata alla lesione di una situazione soggettiva reputata rilevante per l’ordinamento. Più nello specifico, il potere di impugnazione in esame è stato qualificato come una sorta di legittimazione a ricorrere *ex lege vel ope legis*, cioè un interesse formale che prescinde da una lesione diretta ed attuale al proprio patrimonio giuridico, dando così vita ad una irrituale forma di controllo a tutela dell’interesse pubblico alla legittimità degli atti amministrativi. In altri termini, la disposizione rappresenterebbe una deroga al consolidato assunto secondo cui la giurisdizione amministrativa è *“giurisdizione di diritto subiettivo (cioè attivata in caso di vulnerazione di una posizione soggettiva allo scopo di pervenire tramite l’annullamento ad una concreta utilità morale o materiale o strumentale) avvicinando il giudice amministrativo al giudice penale o contabile, soggetti ontologicamente esercenti giurisdizione di diritto obiettivo, ovvero esercenti una funzione di tutela dell’interesse generale”*.

Accanto a tali posizioni, tuttavia, si registrano posizioni favorevoli al riconoscimento di un interesse legittimo del Ministero rispetto alla potestà statutaria/regolamentare delle università.

⁶⁶⁷ S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo, op e loc. ult. cit.*

In particolare, è stato precisato che il Ministro, in merito agli statuti e regolamenti della facoltà, dispone di facoltà e doveri molteplici, talché: “la legittimazione processuale è una delle facoltà inserite in una posizione complessivamente rilevante rispetto all’esercizio del potere, posizione quindi sostanziale”

Più in generale, è stato osservato che la legittimazione processuale non è un istituto unitario, basti pensare alla legittimazione straordinaria delle associazioni ambientaliste, alle azioni popolari, alla tutela dell’interesse collettivo, le quali costituiscono fattispecie non proprio ortodosse sul piano della purezza degli istituti processuali, ne consegue che la legittimazione *ope legis*, specie quando sono in gioco ampie ed estese autonomie, non sembra potersi qualificare come istituto eversivo del sistema. In relazione a tale profilo, tuttavia, la dottrina non ha espresso un orientamento unitario e, pertanto, alcuni autori hanno espresso forti riserve sulla legittimazione *ope legis*.

Pertanto, di fronte ad una norma di legge che prevede una forma di controllo di legittimità che sfocia, in caso di disaccordo, in una controversia avanti al giudice amministrativo, ci si è chiesti se sia corretto configurare un giudizio di mero

Una forma di legittimazione parzialmente assimilabile a quella descritta nel precedente paragrafo è stata successivamente attribuita al Ministero dell’Economia e delle Finanze al quale è stato espressamente attribuito il potere di impugnare (peraltro senza obbligo di preventivi rilievi) innanzi agli organi di giustizia amministrativa i regolamenti tributari emanati dagli enti locali.

Tale ipotesi non ha tuttavia suscitato particolari attenzioni da parte degli studiosi e, parimenti, non si registrano significativi interventi da parte della giurisprudenza. Sul punto, infatti, la dottrina si è limitata ad assimilare tale ipotesi a quella attribuita al Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca, rilevando la presenza di una ulteriore “analoga formula di controllo, ergo, di un ricorso nell’interesse della legalità che in quanto tale non abbisogna dei requisiti della personalità e dell’attualità dell’interesse a ricorrere”.

La giurisprudenza ha sul punto offerto alcune importanti precisazioni. Il Collegio ha sottolineato come la disposizione in esame integra “una funzione di controllo, non generalizzata, ma strumentale alla verifica che l’esercizio della potestà regolamentare non esorbiti i limiti di volta in volta stabiliti dalla legge”. In tale ottica, il predetto potere risulterebbe compatibile con le garanzie costituzionali delle autonomie locali, con la riserva della materia tributaria al legislatore statale sancita dall’articolo 117 comma 2, lettera e) della Costituzione e con il generale principio di ragionevolezza, nonché con gli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione, atteso che questi, “nel mentre garantiscono la tutela giurisdizionale dei diritti e

degli interessi, non escludono che il legislatore possa estendere la medesima tutela a situazioni soggettive legittimanti diverse ed ulteriori”. Inoltre, il Collegio ha escluso espressamente una eventuale lesione del principio di autonomia finanziaria e tributaria dei Comuni, sancito dall’articolo 119 della Costituzione. A tal proposito, è stato precisato che l’esercizio di tale autonomia si sostanzia e si “esaurisce nella definizione dell’*an* e del *quantum* dell’imposta nei limiti dettati dal legislatore statale a partire dalla individuazione delle fattispecie impositive, e questo in ossequio, fra l’altro, alle esigenze di uniformità del sistema tributario sull’intero territorio nazionale assicurate dalla medesima previsione costituzionale”.

Tuttavia, permangono numerose incertezze sulla natura del potere di impugnazione attribuito al Ministero atteso che l’azione risulta totalmente sganciata dal tipo di vizio denunciato e, pertanto, dalla tutela di uno specifico interesse. In tale contesto, come autorevolmente sostenuto, tale fattispecie potrebbe trovare una possibile giustificazione soltanto attraverso una rivisitazione del processo amministrativo orientato verso una giurisdizione di tipo oggettivo, legata alla funzione di garanzia della “giustizia nell’amministrazione” di cui all’art. 100 della Costituzione.

3. LA FACOLTÀ PER GLI STATI MEMBRI DELL’UE DI ATTRIBUIRE LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE PER CONTESTARE LE VIOLAZIONI DELLE NORME IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI ANCHE ALLE AUTORITÀ PUBBLICHE

La genericità delle diverse soggettività prese in considerazione dalle direttive ricorsi (che pur attribuendo la legittimazione a ricorrere a “chiunque”, distinguono poi tra “*offerente interessato*”, “*operatore economico*” e “*candidato interessato*”) come visto nei precedenti capitoli, ha provocato, tramite i numerosi rinvii pregiudiziali dei giudici degli Stati membri, un’intensa e continua opera interpretativa da parte della Corte di Giustizia dell’UE, consentendole di ampliare al massimo le maglie della legittimazione a ricorrere contro i provvedimenti di gara asseritamente illegittimi.

Se, dunque, tale estensione riguarda gli operatori privati molto più restrittivo è stato invece l’indirizzo seguito nei confronti della legittimazione a ricorrere delle autorità pubbliche.

Nell’originaria formulazione delle Proposte di modifica delle “direttive ricorsi” (poi definitivamente effettuata dalla “direttiva 66”) vi era l’attribuzione di specifici poteri alle Autorità indipendenti nazionali (nella specie da attuarsi «*attraverso una modifica delle direttive o una comunicazione che incoraggi la costituzione di tali autorità: gli Stati membri designerebbero autorità indipendenti dotate del potere di notificare ai soggetti aggiudicatori le inosservanze più gravi del diritto comunitario sugli appalti pubblici (in particolare le*

aggiudicazioni illegittime a trattativa privata) in modo da indurli a correggere essi stessi le violazioni rilevate)), tuttavia la suddetta modifica non trovò il consenso dagli Stati membri⁶⁶⁸ in quanto, come si legge nella stessa Proposta, gli “indubbi vantaggi in termini di costi e di anonimato del meccanismo di notifica della violazione da parte di un’Autorità”, non avrebbero comunque consentito di superare «l’incertezza quanto ai costi amministrativi legati al funzionamento di queste autorità indipendenti nonché la posizione negativa espressa dalla maggioranza delle delegazioni degli Stati membri in seno al comitato consultivo per gli appalti pubblici hanno portato la Commissione a scartare questa soluzione a favore dell’introduzione di un termine sospensivo».

Pur in assenza di precise indicazioni normative alcune indicazioni sono tuttavia ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE.

Nel caso *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias* la Corte ha esaminato, per la prima volta, l’esistenza di un obbligo per gli Stati membri, ricavabile dalla “direttive ricorsi”, di attribuire anche alle amministrazioni aggiudicatrici la legittimazione a ricorrere contro le decisioni dei cd. “organi di ricorso”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ Proposta di direttiva n. 66 (cfr. «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici», COM/2006/0195 def.)

⁶⁶⁹ CGUE, III, 21 ottobre 2010 in C-570/08, “Symvoulio Apochetefseon Lefkosias”. Nel giugno 2003 il Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (i.e. l’Ente per le fognature di Nicosia; in prosieguo, solo, il «Symvoulio») in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ha pubblicato un bando di gara per il progetto, la costruzione, la gestione e la manutenzione, per dieci anni, di uno stabilimento per il trattamento delle acque reflue nella località di Anthoupolis. Tra i candidati preselezionati erano presenti i consorzi Degremont SA & Atlas Pantou Co Ltd (in prosieguo: la «Degremont») e WTE BAMAG. Dopo la presentazione delle relative offerte, il Symvoulio ha comunicato alla Degremont la decisione di aggiudicare l’appalto al consorzio WTE BAMAG. Avverso tale decisione, il 7 ottobre 2005 la Degremont ha proposto ricorso dinanzi all’autorità di revisione, chiedendo, a titolo di misura cautelare, che non si desse esecuzione alla decisione del Symvoulio, dato che avrebbe comportato l’irreversibile aggiudicazione del contratto. L’udienza per la misura cautelare è stata fissata per il 13 ottobre 2005, però, poiché la mera presentazione della domanda di misure cautelari non dava luogo a sospensione (al momento dei fatti), il Symvoulio ha effettivamente attribuito l’appalto al Consorzio WTE BAMAG, prima che l’autorità di revisione decidesse sulla richiesta di sospensione. Il 14 febbraio 2006 l’autorità di revisione ha statuito sul ricorso (nel merito), annullando la decisione del Symvoulio. La società WTE BAMAG non ha proposto un ricorso giurisdizionale avverso tale decisione dinanzi all’Anotato Dikastirio. Al contrario, il Symvoulio ha presentato un ricorso il 31 marzo de 2006, invocando, ai fini della propria legittimazione, l’art. 146, n. 2, della Costituzione e l’art. 60 della legge n. 101(I)/2003, sull’aggiudicazione degli appalti. L’organo di ricorso ha sospeso il procedimento ed ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale nei seguenti termini: «In che misura l’art. 2, n. 8, della direttiva 89/665/CEE riconosca alle autorità aggiudicatrici il diritto di ricorso giurisdizionale contro le decisioni di annullamento degli organi responsabili delle procedure di ricorso qualora questi ultimi non siano organi giudiziari». Come precisato nelle Conclusioni presentate nella suddetta causa dall’Avvocato Generale Cruz Vallalòn è evidente che la suddetta questione non ha ragion d’essere in quegli ordinamenti in cui non siano stati istituiti organi amministrativi di ricorso e in cui sia prevista unicamente la via giurisdizionale. In tale contesto, infatti le autorità aggiudicatrici possono comparire solamente come parti convenute. Per contro, nel momento in cui viene proposto un ricorso giurisdizionale contro una decisione di annullamento dell’organo amministrativo di controllo, è possibile che, oltre alle imprese pregiudicate dal detto annullamento, si costituiscano in giudizio come ricorrenti anche le autorità aggiudicatrici.

Nelle conclusioni presentate dall'Avvocato generale, questi sottolineava che una tale forma di legittimazione non è né imposta né risulta deducibile dalle direttive.

Veniva evidenziato infatti che, in primo luogo, già la lettura congiunta del settimo e dell'ottavo 'considerando' delle direttive non depone a favore di un'interpretazione secondo cui la previsione dell'accesso alle procedure di ricorso giurisdizionale da parte delle autorità aggiudicatrici costituirebbe un'esigenza contemplata dalle stesse. In tali 'considerando' viene infatti espressamente menzionato solo il ricorso delle imprese, con la precisazione che, se le imprese non avviano la procedura di ricorso «*ne deriva l'impossibilità di ovviare a determinate infrazioni*».

In secondo luogo, l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, enunciando la necessità di prevedere un ricorso efficace contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici, riconosce precisamente la "legittimazione passiva" di queste ultime, senza lasciare spazio per dedurre una loro eventuale legittimazione attiva.

Infine, tale tesi, ad avviso dell'Avvocato generale troverebbe conferma anche nell'art. 1, n. 3, della direttiva 89, laddove stabilisce che la possibilità di proporre ricorso deve essere garantita («*per lo meno*») a chiunque «*abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata*», con una formulazione che sembra escludere le autorità aggiudicatrici.

Inoltre, la stessa disposizione autorizza gli Stati membri ad esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura, abbia previamente informato «*l'amministrazione aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso*» confermando l'incompatibilità con una legittimazione dell'autorità pubblica.

Infine, l'Avvocato generale respingeva l'argomento addotto dal ricorrente e condiviso dalla Commissione, secondo cui, non ammettendo la legittimazione attiva dell'autorità aggiudicatrice, verrebbe meno l'opportunità di realizzare un'applicazione "*diretta ed uniforme*" del diritto dell'Unione, in quanto si escluderebbe l'opportunità di proporre una questione pregiudiziale in casi come quello presente, in cui nessuna impresa ha impugnato la decisione della detta autorità in sede giurisdizionale.

A tal proposito le Conclusioni evidenziavano che "*l'eventuale, ulteriore opportunità di procedere ad un chiarimento dell'Unione non può condizionare direttamente la disciplina della questione specifica della legittimazione, che rientra nella sfera dell'autonomia processuale degli Stati membri. Peraltro, ci si deve attendere che, in casi normali, siano gli stessi offerenti ad impugnare le decisioni di annullamento che siano considerate infondate, e che, di*

conseguenza, si produca l'opportunità di realizzare un rinvio pregiudiziale” e che “*a titolo di clausola di garanzia*”, la stessa direttiva, all'art. 3, mette a disposizione della Commissione «*un meccanismo specifico*» qualora ritenga che una violazione chiara e manifesta delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici sia stata commessa in una procedura di aggiudicazione di appalto, consentendo l'adozione delle misure adeguate per ottenere rapidamente la riparazione di qualsiasi presunta infrazione.

La Corte di Giustizia dell'UE, accogliendo le suddette Conclusioni, ha precisato che le direttive ricorsi non contengono indici a sostegno della possibilità di considerare anche le amministrazioni aggiudicatrici come *attori* nell'ambito dei ricorsi contro le violazioni commesse nelle procedure aggiudicazione dei contratti pubblici.

Per la Corte le disposizioni dell'art. 2, n. 8, delle direttive ricorsi rappresentano un requisito specifico imposto agli Stati membri affinché possano essere istituiti gli organi responsabili delle procedure di ricorso, ma tale disposizioni non incide sull'ambito dei soggetti a cui tale direttiva attribuisce la legittimazione a ricorrere.

Viene in particolare evidenziato che la “*ragion d'essere*” della direttiva 89/665 è di consentire, attraverso l'istituzione di procedure di ricorso adeguate, la buona applicazione delle disposizioni di fondo del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, che sono dirette ad assicurare agli *operatori economici* stabiliti negli Stati membri l'apertura ad una concorrenza non falsata e che sia la più ampia possibile.

Dopo aver escluso che da un'interpretazione letterale delle direttive possa ricavarsi un obbligo in tal senso, la Corte precisa inoltre che in considerazione del (diverso) obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 di assicurare la legittimazione ad agire «*per lo meno*» a qualsiasi persona indicata in tale disposizione, e altresì dell'autonomia procedurale di cui beneficiano gli Stati membri, occorre considerare che questi ultimi conservano comunque la *facoltà* di includere, eventualmente, anche le autorità aggiudicatrici nell'ambito dei soggetti cui sono accessibili le procedure di ricorso qualora le loro decisioni siano annullate dagli organi di ricorso.

4. L'ESERCIZIO DA PARTE DELL'AGCM DEI POTERI DI CUI ALL'ART. 21-BIS L. 287/90 PER CONTESTARE ALLE STAZIONI APPALTANTI LA VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

L'art. 21-*bis*, l. n. 287 del 1990 consente all'AGCM di ricorrere in giudizio avverso provvedimenti della pubblica amministrazione che incidano negativamente sulla concorrenza.

La disposizione riveste senz'altro un'importanza centrale nell'aggiudicazione degli appalti

pubblici⁶⁷⁰, i quali devono essere “*aperti alla concorrenza*” (considerando n. 1 della direttiva 2014/24/UE) e nell’aggiudicazione dei contratti di concessione (considerando n. 3 della direttiva 2014/23/UE). Come noto, nell’ambito del processo di graduale apertura dei mercati la garanzia di un’adeguata concorrenza “*per*” il mercato, affidata all’articolato sistema di regole dell’evidenza pubblica, costituisce la fase intermedia per la transizione dai diritti di esclusiva conferiti senza gara dall’Amministrazione ad una compiuta liberalizzazione, idonea a garantire un’effettiva concorrenza “*nel*” mercato (si veda in proposito l’art. 8 del d. lgs. n. 50 del 2016). Proprio per queste ragioni l’Autorità, nella sua funzione di vigilanza sul corretto andamento dei mercati, ha sempre prestato la massima attenzione all’esigenza di evitare la presenza di fenomeni anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici⁶⁷¹.

In particolare, nella materia di affidamenti diretti o di c.d. *in house providing*, il potere previsto dall’art. 21-*bis* risulta particolarmente utile per rinforzare la vigilanza sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, andando a colmare il “vuoto operativo” lasciato dalla declaratoria d’illegittimità costituzionale dell’art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modifiche, nell’art. 4 l. 14 settembre 2011, n. 148 (Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 199). In tale campo l’AGCM interviene applicando i principi di derivazione euro-unitaria, oggi codificati dagli artt. 5 e 192 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Le interferenze tra materia dei contratti pubblici e tutela della concorrenza rendono necessario un coordinamento amministrativo tra l’attività “trasversale” dell’Antitrust e quella dell’autorità “settoriale” deputata alla vigilanza sui contratti pubblici (ANAC⁶⁷²). Esigenza di un coordinamento che diviene viepiù importante alla luce del rafforzamento dei poteri dell’ANAC per opera del d.lgs. n. 50 del 2016. Nell’attuale assetto infatti, l’ANAC concorre infatti a delimitare *ex ante* lo spazio di intervento dell’AGCM, dal momento che il legislatore del 2016, abbandonando lo schema “rigido” del regolamento attuativo (v. il d.P.R. n. 207 del 2010), ha affidato al primo soggetto il compito di attuare il nuovo Codice degli appalti, mediante strumenti di soft regulation (artt. 213, comma 2 e 214, comma 11). Simmetricamente, i poteri dell’ANAC sono stati rinforzati anche in una dimensione *ex post*. Con evidenti finalità

⁶⁷⁰ M. A. SANDULLI, *La legittimazione dell’AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. che violino delle regole di concorrenza ex art. 21 bis l. 287/1990, compresa la violazione delle norme sugli aiuti di Stato*, in L. F. PACE, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*.

⁶⁷¹ Cfr. delibera AGCM del 18 settembre 2013, recante il “*Vademecum per le stazioni appaltanti, volto all’individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*”, pt. 1

⁶⁷² Di qui l’adozione di appositi Protocolli d’intesa tra AGCM e Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC (25 settembre 2012; 11 dicembre 2014). Significativamente, i protocolli prevedono, tra le altre cose, l’inoltro da parte dell’AGCM all’ANAC del parere motivato inviato alle stazioni appaltanti ai sensi dell’art. 21-bis, di modo che l’Autorità, in caso di mancata conformazione da parte della p.A., possa tener conto delle osservazioni dell’ANAC in un eventuale giudizio davanti al TAR (rispettivamente: art. 3 e art. 1, lett. c).

deflattive, il parere precontenzioso disciplinato dal previgente art. 6, comma 7, lett. n), d. lgs. n. 163 del 2006 è stato elevato da “non vincolante” a “vincolante” per le parti che lo hanno richiesto, fatta salva la sua impugnabilità davanti al Giudice amministrativo (art. 211, comma 1). È stato inoltre introdotto uno strumento sollecitatorio che risponde a una logica simile all’art. 21-bis, l. n. 287 del 1990, essendo teso a favorire, almeno in prima battuta, un momento di dialogo collaborativo tra Amministrazioni. Nel caso in cui riscontri dei “vizi di legittimità”, l’ANAC può difatti indirizzare alla stazione appaltante una “raccomandazione [...] ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni” (art. 211, comma 2). Diversamente dal potere previsto dall’art. 21-bis, la mancata conformazione alla raccomandazione da parte della stazione appaltante non legittima l’ANAC ad adire il Giudice amministrativo, ma può condurre all’irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria tra i 250 ed i 25.000 € “a carico del dirigente responsabile”. Il Consiglio di Stato in sede consultiva ha evidenziato le criticità della previsione, sia in quanto di difficile armonizzazione con il “sistema delle autonomie” e con i principi e criteri direttivi rinvenibili nella legge delega, sia, “sul crinale della ragionevolezza”, perché correla una sanzione pecuniaria ad un “provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria”. L’Adunanza ha quindi concluso – come del resto già auspicato anche in dottrina⁶⁷³ che «è da preferire [...] una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall’art. 21-bis della legge n. 287 /1990”» attribuendo dunque all’ANAC un “potere di impugnativa” in materia di appalti, che andrebbe (verosimilmente) ad erodere la corrispondente attribuzione dell’AGCM in subiecta materia (Ad. Comm. spec. del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 1° maggio 2016, 222-224). Il Legislatore delegato ha tuttavia deciso di mantenere inalterata la struttura del predetto potere sollecitatorio, non recependo il suggerimento del Consiglio di Stato.

5. LA SOPPRESSIONE DEL POTERE DI “RACCOMANDAZIONE VINCOLANTE” E L’INTRODUZIONE DELLA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE DELL’ANAC

L’art. 52-ter del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, ha attribuito all’Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito solo “ANAC”) la legittimazione a ricorrere davanti al giudice amministrativo per l’impugnazione di alcune categorie di atti e provvedimenti amministrativi adottati in violazione della normativa sui contratti pubblici.

⁶⁷³ M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell’AVCP*, in www.federalismi.it, n. 25/2013, 17.

Il suddetto potere, disciplinato tramite l'innesto di tre nuovi commi all'interno dell'art. 211 del Codice dei contratti (1-*bis*, 1-*ter*, 1-*quater*), ha sostituito il diverso potere di "raccomandazione vincolante" originariamente previsto dall'art. 211, comma 2, e repentinamente abrogato dall'art. 123, comma 1, *lett. b*), d.lgs. n. 56 del 2017, (cd. decreto "correttivo").

In base all'abrogata disposizione, l'ANAC, qualora avesse ritenuto sussistente un vizio di legittimità in uno (qualsiasi) degli atti di una procedura di gara, avrebbe potuto invitare la stazione appaltante, tramite l'invio di una "raccomandazione", ad esercitare, entro un termine non superiore a sessanta giorni, il potere di autotutela per rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi. La stessa disposizione sanzionava il mancato o tardivo adeguamento della stazione appaltante alla suddetta raccomandazione con una sanzione amministrativa pecuniaria (commisurabile da un minimo di 250 euro ad un massimo di 25.000 euro) irrogata dalla stessa Autorità al dirigente responsabile⁶⁷⁴.

Sin dalla sua introduzione nello *schema* del Codice dei contratti, l'abrogato potere di "raccomandazione" era stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina⁶⁷⁵.

Oltre ai profili di eccesso di delega e all'evidente frizione con il principio di legalità, la dottrina aveva duramente denunciato il deferimento all'ANAC di una sorta di "esclusiva" sul controllo degli atti di gara, (sempre più) sottratto al giudice amministrativo in forza degli elevati ostacoli all'accesso alla tutela giurisdizionale ulteriormente aggravati dall'onere di impugnazione posto dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.⁶⁷⁶.

Ulteriori perplessità sotto il profilo della tenuta della disposizione rispetto ad un confronto con i principi costituzionali erano suscitate dalla prepotente ingerenza dell'ANAC nell'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante.

Alcuni autori avevano infatti sottolineato che lo spauracchio della sanzione pecuniaria avrebbe inevitabilmente finito per sottrarre alla stazione appaltante ogni discrezionalità nell'esercizio

⁶⁷⁴ La raccomandazione, che incideva altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, era impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 c.p.a.

⁶⁷⁵ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, op.cit, 39 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 5, 503 ss.

⁶⁷⁶ Come si è visto supra in particolare nei capitoli V e VI. È appena il caso di evidenziare che quasi a voler "compensare" la restrizione della tutela posta dall'art. 204 del Codice la giurisprudenza amministrativa aveva ammesso la possibilità di accedere agli atti di gara (e in particolare alle dichiarazioni dei concorrenti sui requisiti generali e speciali), nonostante lo spirare del termine di trenta giorni per l'impugnazione degli atti di ammissione alla gara ai sensi dell'art. 120-comma 2-bis, in ragione della permanenza dell'interesse, in capo all'istante, a sollecitare l'esercizio dei poteri di raccomandazione attribuiti all'ANAC (*ante* decreto correttivo) dall'art. 211, co. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 28 marzo 2017, n. 3971, in *www.lamministrativista.it*.

del proprio potere di autotutela, attribuendo, di fatto, all'ANAC quello che è stato correttamente definito un vero e proprio “potere d'ordine”⁶⁷⁷.

Le suddette, forti, critiche recepite anche dalle Commissioni consultive del Consiglio di Stato hanno portato lo stesso Consiglio di Stato a proporre al Governo la modifica della suddetta disposizione, sottoponendogli diverse opzioni⁶⁷⁸.

Nella prima proposta la Commissione speciale del Consiglio di Stato evidenziava l'opportunità di limitare il generalizzato ambito applicativo del potere di raccomandazione riferendolo «ai

⁶⁷⁷ N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *www.federalismi.it*, 14, in particolare nota 38, laddove si evidenzia la separazione tra la titolarità formale della stazione appaltante del potere di rimozione dell'atto e il sostanziale ordine di revisione attribuito all'ANAC, sicché alla stregua di un meccanismo bifasico la raccomandazione vincolante «*si connota quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti*»; B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *riv. it. dir. pub. com.*, 2017, 441 ss.

⁶⁷⁸ Cons. Stato, Comm. Spec., parere 1 aprile 2016 n. 855; ribadite anche nel Parere sullo schema del regolamento di vigilanza Id., 28 dicembre 2016 n. 2777; e da ultimo sullo schema di decreto “correttivo”, Id, 30 marzo 2017, n. 782. Nel Parere del Consiglio di Stato sull'originario *schema* di Codice (Cons. Stato, Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855). Il Consiglio di Stato aveva espresso motivate riserve sull'introduzione del nuovo istituto, segnalandone la natura di «*annullamento mascherato*», non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie. Esso ne aveva evidenziato, in particolare, l'anomalia della portata effettuale, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi sino a loro annullamento: la sanzione amministrativa prevista, infatti, colpiva il rifiuto di autotutela (e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita «responsabilità da atto legittimo»). Alla luce di tali rilievi, la Commissione speciale aveva raccomandato al legislatore una formulazione della disposizione in chiave di vigilanza collaborativa – pure prevista, in via generale, dall'art. 213 del Codice – non dissimile da quella prevista dall'art. 21-bis della l. n. 287 del 1990 per l'Antitrust, compatibile con i principi fissati dalla Costituzione e con i limiti della legge delega, che nella lettera t) parla di «controllo» al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una nozione coincidente con la qualificazione adoperata dal giudice delle leggi con riguardo alla legittimazione conferita dall'art. 21-bis all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (sul punto, Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20; in dottrina, M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, 12). Inoltre, avendo esso evidenziato come il meccanismo ideato operasse per qualsivoglia atto di gara, aveva affermato che, in sede di modifica, sarebbe stato compito del Governo valutare se non fosse preferibile limitare l'operatività del nuovo istituto ai soli atti più importanti, quali i bandi, gli altri atti generali, nonché atti di gara per appalti di particolare rilevanza. L'art. 211, co. 2 ometteva di fare riferimento ad una fonte secondaria di specificazione e di attuazione, probabilmente sottovalutando le criticità della disciplina. La Commissione speciale del Consiglio di Stato, in un secondo Parere (n. 2777 del 2016) relativo ai provvedimenti attuativi predisposti dall'ANAC (Parere sullo *schema* di regolamento attuativo dell'art. 211, comma 2), ribadendo le perplessità espresse nel suddetto Parere n. 855, aveva proposto misure per un più efficiente funzionamento del meccanismo delle “raccomandazioni vincolanti” e per un ulteriore rafforzamento del potere dell'ANAC mediante “autotutela sostitutiva”, volta a incidere direttamente sugli atti di gara. Il Consiglio di Stato, rilevato che le raccomandazioni in esame differivano dalle ordinarie raccomandazioni non vincolanti, aveva rilevato come, sulla scia di quanto già riconosciuto dal Consiglio di Stato nel Parere n. 1920 del 14 settembre 2016, con riferimento allo *schema* di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, co. 1, del Codice, il fondamento del potere regolamentare esercitato dall'ANAC in questa materia fosse un corollario delle attribuzioni riconosciute dalla legge alle Autorità indipendenti, un potere strettamente connesso all'elemento di indipendenza che connota le Autorità indipendenti e che consente loro di esercitare direttamente i compiti di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte. Esso aveva precisato, poi, che il potere di raccomandazione vincolante, anche se occasionato o sollecitato dall'esercizio di altre funzioni, era espressione della vigilanza esercitata dall'ANAC sui contratti pubblici: sul piano sistematico-ricostruttivo, aveva affermato che la c.d. raccomandazione vincolante era ascrivibile al *genus* della vigilanza quale *species* di “vigilanza dinamica”.

soli atti più importanti, quali i bandi, gli altri atti generali, nonché atti di gara per appalti di particolare rilevanza».

Nell'ipotesi in cui il Governo avesse voluto mantenere un ambito generalizzato di intervento si invitata comunque l'ANAC a delimitare, con proprie Linee Guida, le tipologie e i casi in cui il potere di raccomandazione poteva essere esercitato.

La stessa Commissione segnalava tuttavia l'opportunità di un totale ripensamento del potere di raccomandazione vincolante e, richiamando la locuzione usata dalla sentenza della Corte Costituzionale con riguardo alla legittimazione processuale dell'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato⁶⁷⁹, ne proponeva una trasformazione «*in chiave di controllo collaborativo*», ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990 maggiormente compatibile non solo con i principi costituzionali, ma anche con la stessa legge delega al Codice che parlava di "controllo".

La Commissione speciale dichiaratamente caldeggiando questa seconda opzione suggeriva al Governo due nuove formulazioni della disposizione da scegliersi in via alternativa.

La prima formulazione, dal tenore più restrittivo, prevedeva che: «*1) L'Anac è legittimata ad agire in giudizio contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, di qualsiasi stazione appaltante che violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (comma 1). L'Anac, se ritiene che un atto del comma 1 sia affetto da un vizio di legittimità emette, entro sessanta giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la stazione appaltante non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Ai giudizi di cui al periodo precedente si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo (comma 2)*».

Con una seconda formulazione dal tenore più generale si proponeva di riferire il potere di legittimazione a tutti gli atti e provvedimenti emanati dalle stazioni appaltanti e ritenuti in contrasto con le disposizioni in materia di contratti pubblici: «*2) L'Anac è legittimata ad agire in giudizio contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti di qualsiasi stazione appaltante che violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (comma 1). L'Anac, se ritiene che un atto del comma 1 sia affetto da un vizio di legittimità emette, entro sessanta giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la stazione appaltante non si conforma nei sessanta giorni*

⁶⁷⁹ Corte Cost., 14 febbraio 2013, n. 20.

successivi alla comunicazione del parere l’Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Ai giudizi di cui al periodo precedente si applica l’articolo 120 del codice del processo amministrativo (comma 2). L’Anac con proprie linee guida può individuare i casi, o le tipologie di provvedimenti, di cui al comma 1 in relazione ai quali esercitare i poteri di cui al comma 2 (comma 3)».

Il Governo tuttavia non dava seguito ai suggerimenti lasciando immutata l’originaria formulazione della disposizione come introdotta nello schema del Codice.

L’ANAC, pur predisponendo, su suggerimento dello stesso Consiglio di Stato un apposito regolamento per l’esercizio del suddetto potere, nel primo anno di vigenza del Codice dei Contratti non l’ha mai concretamente esercitato. Come accennato, con un inaspettato “colpo di spugna”, il potere di raccomandazione vincolante è stato eliminato dalla versione definitiva del decreto “correttivo”⁶⁸⁰.

La repentina abrogazione della disposizione, avvenuta solo nella fase di approvazione definitiva del decreto “correttivo” (non accennata nello schema), ha suscitato immediate reazioni della stessa ANAC sollecitando un ulteriore, pressoché immediato, e, come si vedrà poco rigoroso dal punto di vista tecnico-normativo, intervento “riparatore” del Governo.

Scaduto il termine per l’esercizio del potere correttivo previsto dalla legge delega è dunque seguito l’intervento del legislatore ordinario che nonostante le intenzioni manifestate dal Governo dirette al ripristino del potere di raccomandazione ha dato seguito alla proposta avanzata dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato di attribuire una legittimazione processuale all’ANAC.

Il legislatore, con una soluzione di compromesso ha scelto la formulazione più restrittiva proposta dalla Commissione speciale, personalizzandola con l’aggiunta di un terzo comma incluso nella formulazione più estensiva, modificata in ordine alla tipologia di provvedimento attuativo (sostituendo all’adozione di linee guida la previsione di un atto regolamentare).

I tre nuovi commi dell’art. 211 dispongono pertanto che: *«1-bis. L’ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; 1-ter. L’ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da*

⁶⁸⁰ Il Governo, in sede di esame alla Camera del D.d.l. n. 4444 - di conversione del d.l. n. 50 del 2017 (cd. “manovrina”) - ha presentato un emendamento mirato in qualche modo a ripristinare (modificandolo *in toto*, in realtà, come si vedrà) il potere di “raccomandazione vincolante” nei confronti delle stazioni appaltanti. Così, il 15 giugno 2017, il Senato, rinnovando la fiducia al Governo, ha approvato definitivamente il ddl di conversione in legge del decreto-legge in materia finanziaria (l. 21 giugno 2017, n. 96).

gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104; 1-quater. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter».

La conservazione dell'originaria rubrica «Precontenzioso» (più propriamente riferita al procedimento di cui al primo comma dell'art. 211) che non trovava giustificazione rispetto al precedente potere di raccomandazione⁶⁸¹ sembra, invece, maggiormente coerente, ancorché – come si vedrà – i due procedimenti difettano di coordinamento, con la legittimazione a ricorrere dell'ANAC il cui esercizio, ai sensi del nuovo comma 2-ter, è preceduto da una fase “consultiva” (almeno) temporalmente definibile quale “precontenziosa”, ancorché affatto differente rispetto al procedimento disciplinato dal comma 1.

La novella ha quindi il pregio di superare le criticità che affliggevano la disposizione con cui il legislatore delegato aveva introdotto nell'ordinamento, un “eccentrico” (volendo richiamare un'espressione utilizzata dal Consiglio di Stato nel Parere n. 2777 *cit.*) potere di “raccomandazione vincolante”.

Completamente abbandonando il potere di “raccomandazione” la nuova disposizione consente all'ANAC di agire in giudizio solo dopo aver esperito una prima fase “consultiva” che non “maschera” un'ingerenza nell'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante.

Quest'ultima infatti, dopo aver ricevuto il parere dell'ANAC, avrà 60 giorni per decidere se adeguarsi o meno, senza il timore di incorrere, laddove ciò non avvenga, in una sanzione pecuniaria o reputazionale. L'Autorità infatti potrà impugnare l'atto non modificato o

⁶⁸¹ Nel già citato Parere sul regolamento di attuazione dell'abrogato potere di raccomandazione, la Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva evidenziato come suscitasse non poche perplessità la stessa collocazione del potere di raccomandazione vincolante nell'ambito di un articolo – il 211 – rubricato «*pareri di precontenzioso*», giacché il nuovo istituto delle raccomandazioni vincolanti era differente, per finalità, presupposti ed effetti, dal parere di precontenzioso di cui al comma 1 della stessa disposizione. Lo stesso rapporto tra i due istituti, nell'applicazione pratica, generava problemi di coordinamento. Pur ribadendo le criticità della nuova disciplina e auspicando un intervento correttivo primario, in conformità con le osservazioni già espresse nel Parere n. 855 del 2016, la stessa Commissione «*nello spirito di leale collaborazione con le altre istituzioni pubbliche e nel doveroso esercizio della funzione consultiva al servizio dello Stato-ordinamento*», aveva proposto una interpretazione dell'istituto che ne consentisse un'applicazione il più possibile coerente e sistematica.

modificato in parte rispetto al suo parere, rimettendo al giudice amministrativo il vaglio sulla legittimità o meno dell'atto o del provvedimento in contestazione.

I tre nuovi commi che attribuiscono il potere di legittimazione all'ANAC sono le uniche previsioni che, all'interno del Codice, non adottate in attuazione della legge delega (n. 11 del 2016) e delle direttive contratti del 2014.

5.1. L'AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEI NUOVI POTERI DELL'ANAC

L'Adunanza generale del Consiglio di Stato, in un parere espresso sul Regolamento di attuazione della c.d. "legge Merloni", di fronte alla richiesta dell'allora Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici di ottenere una legittimazione ad impugnare in via giurisdizionale gli atti di affidamento ritenuti illegittimi, osservò che *"l'attribuzione di un generale potere di legittimazione ad impugnare gli atti delle stazioni appaltanti verrebbe a configurare una sorta di azione pubblica nell'interesse della legge, in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento che richiedono – a parte i settori della giurisdizione penale e contabile – che l'azione giudiziaria trovi comunque un collegamento, sia pure amplissimo, con un interesse del soggetto agente protetto sia direttamente (diritto soggettivo) sia occasionalmente (interesse legittimo)"*, ma concluse poi nel senso che *"una simile azione non può che essere disposta per legge"*, senza fare alcun riferimento alla compatibilità costituzionale di tale ipotesi⁶⁸².

Il nuovo potere di impugnazione attribuito all'ANAC, ricalcando la formulazione dell'art. 21-bis della l. n. 287 del 1990 che, come già visto, attribuisce all'AGCM la legittimazione a ricorrere avverso gli atti adottati in violazione delle norme sulla concorrenza e del mercato, se ne differenzia sotto diversi profili.

Il comma 1-bis dell'art. 211 del Codice circoscrive l'ambito applicativo della legittimazione processuale all'impugnazione (i) dei *bandi*; (ii) degli *altri atti generali*; (iii) dei *provvedimenti relativi ai contratti di rilevante impatto*, di *qualsiasi* stazione appaltante, che l'Autorità ritenga adottati in violazione delle norme in materia di contratti pubblici.

L'oggetto dell'impugnazione proponibile dall'ANAC è delimitato ai "bandi" e agli "altri atti generali", con esclusione dei "provvedimenti" (tra cui quelli di aggiudicazione) se non nell'ipotesi in cui questi ultimi siano «*relativi a contratti di rilevante impatto*».

La legittimazione a ricorrere dell'ANAC si differenzia sotto tale profilo dal più esteso ambito di azione attribuito all'AGCM dal primo comma dell'art. 21-bis ai sensi del quale l'Autorità

⁶⁸² Sulla struttura e disciplina dell'AVCP si v., per tutti, P. LAZZARA, *L'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici, in Manuale del diritto dei lavori pubblici*, a cura di A. BARGONE E P. STELLA RICHTER, Giuffrè, Milano 2001, 71.

può impugnare «*gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*».

Anche l'ambito del successivo comma 1-ter non è del tutto sovrapponibile rispetto al comma 2 del citato art. 21-bis.

Mentre la prima disposizione impone all'ANAC di emanare un parere specificatamente motivato avente ad oggetto i provvedimenti viziati da "gravi violazioni del Codice" dei contratti, l'analogo potere dell'AGCM riguarda, più genericamente tutti gli "atti" asseritamente in contrasto con le norme poste a tutela della concorrenza.

5.2. LE DUE POSSIBILI INTERPRETAZIONI DEI COMMI 1-BIS E 1-TER DELL'ART. 211 DEL CODICE. LA PREVALENZA DELLA TESI CHE CONSENTE ALL'ANAC (E ONERA DEL) L'IMPUGNAZIONE IMMEDIATA DEGLI ATTI ELENCATI NEL COMMA 1-BIS.

La formulazione della disposizione che definisce il potere di legittimazione dell'ANAC pone alcune questioni interpretative che riguardano il coordinamento tra i commi 1-bis e 1-ter.

In base al comma 1-bis, ai fini dell'esercizio del potere di legittimazione rileva la (asserita) violazione della normativa riguardante i *contratti pubblici*, mentre il successivo comma 1-ter fa riferimento alle violazioni *gravi* e che riguardino il Codice dei contratti, ossia, in senso letterale, unicamente le disposizioni contenute nel *corpus* del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i..

Come evidenziato dai primi commentatori sebbene l'interpretazione letterale del comma 1-ter escluda che il Parere reso dall'ANAC possa riguardare le violazioni delle fonti estranee al Codice dovrebbe tuttavia preferirsi un'interpretazione omogenea tra i due commi che prenda come parametro di riferimento l'intero l'apparato normativo relativo alla materia dei contratti pubblici⁶⁸³.

Più problematica sembra invece essere la questione relativa all'ammissibilità di un ricorso diretto contro gli atti di cui al comma 1-bis che non sia preceduto dall'adozione del parere motivato di cui al comma 1-ter.

La questione, sorta anche con riferimento all'art. 21-bis della l. n. 287/1990, è stata facilmente risolta dalla dottrina maggioritaria⁶⁸⁴ tramite la valorizzazione della perfetta coincidenza

⁶⁸³ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, op. cit., 39, riferite a norme di livello diverso, ancorché richiamate, direttamente o indirettamente, dal codice; concernenti il diritto UE o a norme costituzionali. Un parametro di legittimità così circoscritto, poi, potrebbe condurre ad escludere la proponibilità di questioni di legittimità costituzionale od europea. Nel contrasto fra le dizioni dei due commi sembra preferibile, tuttavia, seguire un'interpretazione omogenea, che consideri complessivamente tutta la disciplina in materia di contratti pubblici, indipendentemente dalla sua collocazione formale all'interno del decreto legislativo n. 50 del 2016.

⁶⁸⁴ M.A. SANDULLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 2012, 12, 11; F. ARENA, *Atti*

oggettiva tra i due commi dell'articolo tale da rendere consigliabile la loro lettura "congiunta". In base alla suddetta lettura, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che la *ratio legis* della disposizione è volta a favorire la dialettica fra amministrazioni sicché la fase di dialogo mira a evitare l'insorgere di un contenzioso tra soggetti pubblici dove la proposizione del ricorso rappresenta solo l'*extrema ratio*⁶⁸⁵.

Un ulteriore argomento a favore della lettura congiunta dei due commi dell'art. 21-bis deriva dalla circostanza che il termine ridotto di trenta giorni per la proposizione del ricorso, prevista dall'art- 21-*bis*, si giustifica in ragione del fatto che l'iniziativa giurisdizionale è preceduta da una fase procedimentale di interlocuzione fra l'Autorità e l'amministrazione⁶⁸⁶

Non sembra tuttavia che le suddette conclusioni possano mutuarsi per il potere dell'ANAC.

L'evidente discrasia tra l'ambito oggettivo del comma 1-*bis* (i.e. bandi, altri atti generali, provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto), e del comma 1-*ter* (i.e. provvedimenti) potrebbe infatti giustificare la loro lettura "disgiunta" consentendo di distinguere un'ipotesi "speciale" di ricorso immediato contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, non subordinata alla fase precontenziosa e un'ipotesi generale

amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana, Relazione al X Convegno Antitrust svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012; Sottolinea che dal tenore testuale dell'art. 21-*bis* è possibile sostenere sia la lettura congiunta che disgiunta del primo e secondo comma. R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it, 17 dove l'A. evidenzia che se se l'intenzione del legislatore "storico" è nel senso di prevedere l'invio del parere come necessario presupposto per la successiva proposizione del ricorso, a favore della soluzione secondo cui l'invio del parere è modalità procedimentale alternativa e facoltativa rimane la considerazione che la disposizione non ricollega espressamente alla mancanza del parere alcuna conseguenza in termini di inammissibilità o improcedibilità del ricorso. Viene inoltre evidenziato che se la legittimazione dell'AGCM viene equiparata a quella degli enti esponenziali di interessi diffusi, "allora appare ancora più arduo sottoporre tale ricorso a condizioni di ammissibilità che, oltre a non espressamente contemplate, andrebbero poi a discriminare questa particolare forma di iniziativa giurisdizionale da tutte le altre proposte da enti esponenziali di natura privatistica". Nell'ipotesi della lettura disgiunta dei due commi dell'art. 21-bis si aprirebbe l'ulteriore problema, segnalato dall'A., del termine per ricorrere: "Il termine di trenta giorni previsto dal secondo comma sembra, infatti, giustificarsi proprio in considerazione del fatto che l'AGCM ha già avuto sessanta giorni per formulare, nel parere, le specifiche contestazioni in ordine alle violazioni concorrenziali e che altri sessanta giorni sono trascorsi in attesa della risposta dell'Amministrazione".

⁶⁸⁵ TAR Toscana, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521; Id., Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Id., 27 maggio 2015, n. 7546; Id., Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451. Anche il Consiglio di Stato ha evidenziato che il ricorso dell'AGCM deve essere necessariamente preceduto, "a pena d'inammissibilità" dalla fase "precontenziosa" (i.e. emanazione del parere motivato rivolto alla P.A. i cui atti sono asseritamente illegittimi) in cui sono segnalate le violazioni riscontrate e sono indicati i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323. La giurisprudenza (si v. in particolare Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323) ha infatti evidenziato che il Parere assolve ad una duplice funzione: da un lato, serve a sollecitare la P.A. a rivedere quanto statuito in base alle indicazioni dell'Autorità, dall'altro, mira a tutelare l'interesse pubblico all'interno della stessa P.A., sì da concepire il ricorso quale *extrema ratio* nella risoluzione del conflitto tra due soggetti pubblici. La fase precontenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso, essendo ragionevole ritenere che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente e solo al Giudice per la tutela di un interesse pubblico primario, comune ad entrambi. Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264).

⁶⁸⁶ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 maggio 2015, n. 7546; Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323.

relativa a tutti gli altri provvedimenti, contrassegnata dalla necessaria intermediazione del dialogo di con la stazione appaltante.

Anche il secondo argomento non può estendersi all'art. 211, dal momento che il termine del ricorso di cui all'art. 120 del c.p.a. è, in ogni caso, di 30 giorni.

Piuttosto, potrebbe risultare criticabile la scelta del legislatore, volta a differire sempre l'azione dell'ANAC all'esito del lungo procedimento preliminare, in un contesto, come quello dei contratti pubblici, caratterizzato da una evidente - e sempre crescente - esigenza di celerità. Nemmeno di fronte a gravissime illegittimità l'ANAC potrebbe iniziare immediatamente il processo giurisdizionale, ma dovrebbe attivare il previo procedimento di diffida.

Secondo la sequenza descritta dalla norma, tra la notizia della violazione e la proposizione del ricorso potrebbero decorrere ben 150 giorni (sessanta per la diffida, sessanta per l'adeguamento; trenta per la notifica del ricorso al TAR). Si tratta, quindi, di una vistosa deroga al termine ordinario per la proposizione del ricorso.

5.3. L'IMPUGNAZIONE IMMEDIATA DEI BANDI DI GARA

La tesi che ravvisa un onere di immediata impugnazione "dei bandi" adottati in violazione della normativa sui contratti pubblici, la novella sembra collocarsi nel solco di una più generale tendenza a favorire l'anticipazione dell'eventuale contenzioso nella fase "d'esordio" della gara senza necessità di attenderne l'esito, consentendo l'impugnazione delle clausole degli atti di gara che siano in contrasto con la normativa sui contratti pubblici.

Il riferimento è infatti alla già citata giurisprudenza amministrativa che ha di recente solcato la strada verso un ripensamento del "diritto vivente" sulla legittimazione a ricorrere contro le clausole del bando di gara qualora siano in contrasto con i principi posti dal nuovo Codice dei contratti⁶⁸⁷ o che siano anche solo limitative delle *chances* di aggiudicazione⁶⁸⁸.

Nella prima delle citate pronunce il Consiglio di Stato ha suggestivamente stigmatizzato l'evoluzione del concetto di "interesse" tramite una lettura sistematica delle modifiche normative apportate dal nuovo Codice dalle quali sembra emergere una nuova nozione di "bene della vita" meritevole di protezione «più ampia di quella tradizionalmente riferita all'aggiudicazione», seppur non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa. Nel mutato quadro della materia dei contratti pubblici (in cui si inseriva anche la "raccomandazione vincolante") gli elementi *«fisiologicamente disciplinati dal*

⁶⁸⁷ Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, in www.federalismi.it, con nota di G.A. GIUFFRÉ, *Revirement del Consiglio di Stato sull'immediata impugnabilità della scelta del criterio per la selezione delle offerte*, cit.

⁶⁸⁸ TAR Liguria, sez. II, 29 marzo 2017 n. 263 che ha rimesso la questione alla CGUE.

bando o dagli altri atti di avvio della procedura» assumono - avverte il Consiglio di Stato - «rilievo sia nell'ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara, sia in quella dell'interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi» così assicurando «nella logica propria dell'interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo», un bene, «cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione».

In quest'ottica, qualora il bando oggetto dell'impugnazione dell'ANAC sia stato già impugnato dall'operatore economico che abbia ravvisato la medesima violazione, potrebbe essere preferibile, qualora la stazione appaltante successivamente alla ricezione del parere non si sia conformata in tutto o in parte a quanto segnalato dall'Autorità, un intervento adesivo dell'Autorità alla posizione fatta valere in giudizio dal ricorrente e non, in virtù dei principi di concentrazione e certezza, l'avvio di un autonomo e ulteriore giudizio.

5.4. L'IMPUGNAZIONE IMMEDIATA DEGLI "ALTRI ATTI GENERALI"

Quanto agli altri "atti generali", il regolamento dell'ANAC dovrebbe invece chiarire se in tale categoria possano rientrare anche atti non emanati da "una stazione appaltante" giacché, a stretto rigore, il comma 1-ter pone solo tale soggetto tra i destinatari del parere eventualmente prodromico all'impugnazione.

Sebbene l'elencazione degli atti e provvedimento oggetto della nuova attribuzione dell'ANAC probabilmente sarà ulteriormente specificata dall'Autorità, tra i "provvedimenti" impugnabili potrebbero, in ipotesi, inserirsi, purché riferiti a contratti di "rilevante impatto", anche gli atti di ammissione e di esclusione oggetto di pubblicazione ai sensi dell'art. 29, comma 1 del Codice. In tal caso, spirato il termine di trenta giorni per l'impugnazione da parte dei candidati esclusi e/o dei concorrenti ammessi residuerebbe (per altri trenta giorni) il potere dell'ANAC di sollecitare la stazione appaltante all'eliminazione delle eventuali violazioni riscontrate e, eventualmente, di impugnare i relativi atti. Nella suddetta ipotesi non sembra peraltro applicabile il rito super-speciale, giacché per espressa previsione dell'art. 211 comma 1-ter, dovrebbe trovare applicazione il "rito speciale".

Il comma 1-bis, fa riferimento ai soli provvedimenti riferiti a contratti di «*rilevante impatto*». La formula è generica e del tutto insolita nel nostro linguaggio giuridico: probabilmente, lo scopo del legislatore è quello di lasciare un ampio margine discrezionale all'ANAC, nel regolamento di cui al comma 1-*quater* e nella decisione concreta di qualificare un contratto

come meritevole di particolare attenzione. Va evidenziato, però, il rischio che la previsione di questo ambiguo criterio selettivo possa generare incertezze applicative.

Non è chiaro se la locuzione "*di rilevante impatto*", riguardi tutti i provvedimenti astrattamente censurabili, oppure si riferisca solo a quelli *non aventi carattere generale*. È preferibile ritenere che l'espressione riguardi tutti i provvedimenti, ancorché, per gli atti "*generali*", la rilevanza di "*impatto*" potrebbe ritenersi spesso *in re ipsa*, considerata la maggiore influenza sulle dinamiche complessive del mercato.

Sotto il profilo *soggettivo*, il riferimento compiuto dall'art. 211 ai provvedimenti di *qualsiasi stazione appaltante* si differenzia con la previsione dell'art. 21-bis, incentrato sulla dizione "*qualsiasi amministrazione pubblica*".

La formula è più ampia, anche se, in concreto, non sembra destinata a provocare particolari problemi applicativi. Occorre fare riferimento, infatti, all'ampia e complessa nozione di cui alla lett. o) del codice secondo cui si intende per «*stazione appaltante*», le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lett. a) gli enti aggiudicatori di cui alla lett. e), i soggetti aggiudicatori di cui alla lett. f) e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lett. g). Le lettere richiamate, a loro volta, prevedono, analiticamente, le definizioni di «amministrazioni aggiudicatrici», «enti aggiudicatori», «soggetti aggiudicatori» e «altri soggetti aggiudicatori», i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice.

5.5. IL DIALOGO CON LA STAZIONE APPALTANTE E L'EMANAZIONE DEL PARERE MOTIVATO

Il procedimento per l'attivazione della fase consultiva, disciplinato dal comma 2-ter dello stesso art. 211, è analogo a quello previsto dall'art. 21-bis giacché si divide in una prima fase di dialogo con la stazione appaltante e in una seconda, del tutto eventuale, di impugnativa in sede giurisdizionale qualora non vi sia stato adeguamento al parere adottato dall'Autorità.

Più nel dettaglio, la disposizione stabilisce che l'ANAC adotta un parere motivato avverso il provvedimento della stazione appaltante, ritenuto viziato da gravi violazioni delle disposizioni del Codice, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, indicando specificatamente i vizi di legittimità riscontrati;

Qualora la stazione appaltante non si conformi al parere motivato dell'ANAC, entro il termine assegnato dall'ANAC, e comunque entro il limite massimo di sessanta giorni dalla trasmissione del parere, l'ANAC può, entro i successivi trenta giorni, presentare ricorso davanti al giudice amministrativo. In tale caso, la disposizione precisa che dovrà applicarsi il rito di cui all'art. 120 del c.p.a..

La scansione procedimentale prevista dal comma 1-ter, nell'ipotesi dell'impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione, non sembra peraltro coordinarsi con il termine acceleratorio di cui all'art. 32 comma 8 del Codice dei contratti, a norma del quale «*divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni*».

Analogamente a quanto ormai ritenuto pacifico per la legittimazione dell'AGCM, deve inoltre escludersi che il parere formulato dall'ANAC e il provvedimento con il quale la stazione appaltante non si conformi o si conformi solo in parte al parere, siano immediatamente impugnabili. Al pari dell'art. 21-bis cit., la legittimazione ad agire in giudizio è infatti limitata all'atto originario assunto in violazione delle norme sui contratti pubblici e su cui viene formulato il parere.

Qualora la stazione appaltante, una volta ricevuto il parere, emani un nuovo provvedimento quest'ultimo sarà impugnabile con motivi aggiunti⁶⁸⁹.

5.6. LE GRAVI VIOLAZIONI DEL CODICE DEI CONTRATTI

Come ha evidenziato la dottrina, non è agevole stabilire in che cosa consista la "grave violazione" giacché la disposizione non fornisce indici interpretativi per delimitarne la portata. Se il regolamento che sarà adottato dall'ANAC ai sensi del comma 1-ter avrà certamente il compito di definire tale aspetto, è stato evidenziato che la locuzione evoca le "gravi violazioni"

⁶⁸⁹ Secondo un indirizzo giurisprudenziale i motivi aggiunti, se diretti contro un provvedimento "sostanzialmente" reiterativo delle violazioni segnalate nel parere già trasmesso dall'Autorità, non dovranno essere preceduti dall'esperimento di una nuova fase "consultiva-precontenziosa". La giurisprudenza amministrativa (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356) ha infatti dichiarato irricevibili i motivi aggiunti (e consequenzialmente improcedibile il ricorso introduttivo) proposti dall'AGCM contro il provvedimento adottato dall'Amministrazione reiterativo della violazione già segnalata dall'Autorità, in quanto proposti successivamente all'emissione di un nuovo parere. La sentenza ha evidenziato che, nel silenzio della norma, «non vi è motivo di ritenere che anche la proposizione dei motivi aggiunti debba essere preceduta dalla reiterazione del procedimento interlocutorio di cui al secondo comma dell'art. 21-bis». Ciò in quanto la finalità del procedimento di precontenzioso è quella di consentire «una previa interlocuzione sulle possibili lesioni dei principi concorrenziali implicati dall'azione amministrativa esaminata, con fissazione nel parere dell'Autorità degli specifici profili delle violazioni contestate». Afferma infatti il TAR (condividendo le argomentazioni di TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720), che la reiterazione della richiesta di parere – preliminarmente all'impugnazione di un nuovo atto che «si ponga in linea di continuità con quello originariamente gravato, inserendosi nella medesima sequenza procedimentale, ed evidenziando analoghi profili di lesività rispetto all'interesse tutelato dall'AGCM» – «potrebbe risultare inutile ed antieconomica» e, di conseguenza, tale reiterazione non può comportare il differimento del termine ordinario di proposizione dei motivi aggiunti, mancandone le idonee ragioni giustificative. Per il TAR, del resto, tale assunto trova sostegno nella stessa funzione dei motivi aggiunti nel processo amministrativo, che mirano a garantire «finalità di economicità, celerità e non aggravamento» oltre che la «prioritaria esigenza di garantire un *simultaneus processus* per la definizione di fattispecie o vicende sostanzialmente unitarie o strettamente connesse». D'altra parte, l'applicabilità dei "riti speciali" induce l'interprete a risolvere gli eventuali dubbi ermeneutici dando «priorità, anche nel procedimento de quo, [alle] esigenze di celerità e buon funzionamento».

di cui all'art. 121 c.p.a., ma che potranno essere considerate, in una prospettiva più larga, tutte le violazioni di norme espressione di regole del diritto europeo e recepite nel Codice⁶⁹⁰.

Altra dottrina ha invece evidenziato la possibile sovrapposizione con le ipotesi di cui all'art. 108 comma 1 del Codice ossia ai casi che consentono alla stazione appaltante di risolvere il contratto⁶⁹¹.

E' stato inoltre evidenziato che l'indicazione letterale incentrata sulla "violazione del codice" potrebbe portare alla inammissibilità delle censure diverse dalla "violazione di legge" precludendo all'ANAC la censura eccesso di potere e del vizio di incompetenza⁶⁹².

Nella materia dei contratti pubblici la rilevanza delle cause di annullabilità diverse dalla violazione di legge è sempre più netta. Il riparto delle competenze attiene all'ordinato svolgimento delle funzioni delle stazioni appaltanti: si pensi all'attenzione dell'ANAC per l'organizzazione delle amministrazioni stazioni appaltanti e dei compiti del responsabile, anche in chiave anticorruzione. Pertanto, l'incompetenza, per quanto circoscritta, dovrebbe assumere rilievo.

L'eccesso di potere, seppure ristretto nella disciplina dei contratti pubblici, continua ad avere uno spazio significativo nel contenzioso. L'ANAC, in più occasioni, ha sottolineato l'esigenza che le stazioni appaltanti procedano attraverso adeguate ponderazioni di interessi. Tutto il sistema delle linee guida, inoltre, è caratterizzato dalla discrezionalità delle stazioni appaltanti, subordinato, però, all'obbligo di adeguata e ragionevole motivazione della scelta compiuta⁶⁹³.

Pertanto, pare preferibile ritenere che il potere di azione dell'ANAC non sia limitato alla "violazione di legge" in senso stretto. Resta però da verificare in concreto, se tali illegittimità possano effettivamente superare la soglia della *gravità*.

5.7. LA DENUNCIA (*RECTE* SEGNALAZIONE) ALL'ANAC DELLE GRAVI VIOLAZIONI DELLA NORMATIVA SULL'EVIDENZA PUBBLICA E L'INTERESSE DELL'OPERATORE ECONOMICO

L'ormai abrogato art. 211 comma 2 del nuovo Codice consentiva all'ANAC di adottare una "raccomandazione vincolante", diretta nei confronti della stazione appaltante, contenente l'invito alla stazione appaltante all'esercizio del potere di autotutela per la rimozione degli atti ritenuti illegittimi nel termine di sessanta giorni. Qualora la stazione appaltante non avesse dato all'invito, l'ANAC poteva irrogare al dirigente responsabile una sanzione pecuniaria dai 250 ai

⁶⁹⁰ M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti, op. e loc. ult. cit.*

⁶⁹¹ R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'anac dopo il correttivo, op. cit.*, 23.

⁶⁹² M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti, op. e loc. ult. cit.*

⁶⁹³ M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti, op. e loc. ult. cit.*

25.000 euro (prevista dallo stesso secondo comma dell'art. 211) o, in caso di mancato riscontro, nella misura prevista dall'art. 211 comma 13 del nuovo Codice.

Dopo la consueta procedura di consultazione con annessa acquisizione del parere del Consiglio di Stato⁶⁹⁴, l'ANAC con Regolamento sull'attività di vigilanza, adottato con delibera 15 febbraio 2017, aveva posto un auto-vincolo al suddetto potere circoscrivendolo a tassativi casi in cui fossero emerse «*gravi violazioni della normativa ad evidenza pubblica*».

L'avvio di un procedimento volto all'accertamento delle gravi violazioni, tassativamente elencate dall'art. 12 comma 2 del Regolamento poteva avvenire ai sensi dell'art. 4 dello stesso Regolamento sia d'ufficio (comma 2) che tramite l'invio di una segnalazione all'Autorità (comma 3).

Confrontando il suddetto elenco, peraltro parzialmente coincidenti con le ipotesi di cui all'art. 121 c.p.a., (tra cui la lett. f riguardante l'affidamento avvenuto in "*violazione degli obblighi procedurali direttamente derivanti dai trattati, dalle direttive Ue e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE*") con le ipotesi in cui in forza del già visto diritto vivente è ammessa l'impugnazione diretta del bando/dell'affidamento diretto, emerge che, l'esistenza di quegli stessi vizi avrebbero consentito, in alcune ipotesi, all'operatore economico di ricorrere direttamente al giudice amministrativo.

In tali ipotesi, di fronte all'operatore si poneva un bivio tra la strada della segnalazione (priva degli ingenti oneri economici imposti per l'accesso alla giustizia) all'Autorità e la proposizione di un autonomo ricorso giurisdizionale.

Se alcun dubbio sembra sussistere in ordine all'ammissibilità dell'impugnazione dell'archiviazione disposta dall'ANAC al contrario, poteva porsi in dubbio la possibilità di impugnare il diniego all'esercizio del potere di raccomandazione e la raccomandazione stessa, qualora non rilevi i vizi (segnalati) che avrebbero permesso la proposizione dell'autonomo ricorso.

La dottrina ha evidenziato che la possibilità di contestare la decisione negativa dell'Autorità si tradurrebbe infatti in una sostanziale elusione dei termini di ricorso. Sulla base di queste premesse, allora, sembra ragionevole escludere che il terzo possa farsi "rimettere in termini" mediante l'attivazione - del tutto strumentale - del procedimento di cui al comma 1-ter.

A ben vedere tuttavia in tale ipotesi, oltre alla lesione e alla violazione della normativa (elementi dell'interesse a ricorrere) permanevano anche i caratteri della legittimazione a ricorrere

⁶⁹⁴ Il Regolamento non sembrava porre limiti all'invio delle segnalazioni all'ANAC, non subordinando la presa in carico dell'istanza al riscontro dell'esistenza di un interesse qualificato alla rimozione dei vizi denunciati, attuando la seconda parte del *considerando* n. 122 della direttiva 24 UE.

(qualificazione e differenziazione) rimasti immutati rispetto al momento del sorgere della situazione legittimante alla diretta contestazione dell'atto illegittimo nei confronti della stazione appaltante.

L'invio della segnalazione non muta, in altri termini, l'interesse dell'operatore a far valere le gravi violazioni degli atti ma lo trasla, sulla contestazione dell'erroneo esercizio del potere di vigilanza con ricorso diretto all'ANAC.

La diversa interpretazione che avesse negato l'impugnazione della raccomandazione vincolante, del resto, oltre a vanificare, nelle ipotesi in cui non sia ammesso un autonomo ricorso, gli stessi obiettivi posti dal suddetto considerando n. 122, contribuirebbe a deflazionare il contenzioso al solo costo di una inaccettabile soppressione della tutela giurisdizionale proprio in quelle situazioni incise da gravi violazioni della normativa sull'evidenza pubblica.

Analoghe considerazioni sembrano poter valere in caso di reazione alla violazione del dovere di procedere dell'ANAC ai sensi del nuovo potere processuale.

Pur trattandosi di un procedimento a iniziativa di ufficio, chiunque infatti può sollecitare l'emaneazione del parere motivato⁶⁹⁵.

Le segnalazioni non sono considerate produttive di alcun vincolo di esame e istruttoria da parte dell'Autorità. Nella prassi, tuttavia, l'AGCM procede alla "archiviazione" formale delle segnalazioni non ritenute meritevoli di ulteriore seguito.

Di solito, il privato terzo il quale abbia interesse sostanziale a sollecitare l'intervento dell'Autorità, è un soggetto il quale potrebbe essere già leso dal provvedimento e ha la possibilità di agire in giudizio impugnando direttamente l'atto in questione. Nei casi in cui gli esposti provengano da operatori economici direttamente coinvolti nella vicenda sostanziale, questo ben potrebbero reagire proponendo essi stessi un'azione davanti al giudice.

Il soggetto autore della segnalazione, o intervenuto legittimamente nel procedimento preliminare, potrebbe contestare il silenzio o la determinazione negativa dell'ANAC, mediante ricorso al TAR (contro il diniego espresso, o contro il silenzio inadempimento).

La questione più complessa riguarda l'ipotesi in cui l'ANAC, dopo avere emesso il parere motivato, stabilisca di non procedere al giudizio: si dovrebbe ammettere l'impugnabilità della determinazione espressa di non attivare il giudizio o del silenzio inadempimento.

Il dubbio è che il giudice possa "annullare" la determinazione dell'ANAC, riaprendo il termine per la proposizione del ricorso, con una pronuncia conformativa recante l'ordine di esercitare l'azione. In tal caso, infatti, l'illegittimità della condotta dell'ANAC non parrebbe idonea a

⁶⁹⁵ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; Id., Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 947.

superare l'intervenuta decadenza dal potere di azione. Resterebbe ferma, tuttavia, la responsabilità dell'ANAC, per violazione dei doveri da essa stessa fissati.

5.8. LA QUALIFICAZIONE DELLA SEGNALAZIONE DELL'ANAC COME UN'ISTANZA DI AUTOTUTELA RIVOLTA ALLA STAZIONE APPALTANTE

La formulazione letterale del comma 1-ter lascia intendere che l'onere di una motivazione specifica dell'ANAC sulle “*gravi violazioni*” del Codice riscontrate è diretto a consentire alla stazione appaltante di “conformarsi” alle indicazioni provenienti della stessa. Autorità⁶⁹⁶.

Dispone infatti il suddetto comma che se la stazione appaltante non “*si conforma*” al predetto Parere l'Autorità potrà ricorrere in giudizio avverso il provvedimento ritenuto illegittimo.

La formulazione della disposizione potrebbe quindi far ragionevolmente dubitare che dalla segnalazione dell'Autorità discenda una mera facoltà per la stazione appaltante di esercitare i propri poteri di autotutela lasciando, al contrario, intendere che che lo spazio deliberativo concesso sia circoscritto al solo accertamento dei vizi di legittimità denunciati dall'ANAC, senza la possibilità di prendere in carico gli altri presupposti di cui all'art. 21-*novies* della l. n. 241 del 1990.

Anche l'analogia formulazione utilizzata anche dall'art. 21-*bis* della l. 287 del 1990 aveva creato dubbi in tal senso, risolti dalla giurisprudenza amministrativa negando l'esistenza di un potere diverso rispetto alla sollecitazione dell'esercizio dell'autotutela escludendo che l'art. 21 bis abbia attribuito all'AGCM particolari poteri di “*supremazia nei confronti del destinatario del parere*”.

La giurisprudenza amministrativa ha quindi ricondotto il potere in capo alla stazione appaltante a quello di autotutela.

Uno degli argomenti portati dalla giurisprudenza amministrativa a sostegno della compatibilità con i principi costituzionali della legittimazione a ricorrere dell'Autorità riguarda proprio i nuovi limiti che dopo la riforma Madia blindano temporalmente l'esercizio del potere di autotutela.

È stato infatti affermato che a seguito della segnalazione dell'Autorità, l'eventuale provvedimento di autotutela “dovrà essere assunto entro il termine ragionevole dei diciotto mesi

⁶⁹⁶ Cfr. il comma 1-ter. in base al quale “*L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo*”.

e, ancora, dovrà risultare motivato con riferimento all'esistenza di un interesse pubblico, idoneo a giustificare lo stesso annullamento"⁶⁹⁷. Al contrario, nell'ipotesi in cui detti presupposti non siano ritenuti esistenti, *“l'Amministrazione sollecitata dall'Autorità dovrà necessariamente darne atto nel successivo parere e, ciò, con una motivazione che non potrà che avere effetti nella fase in cui la stessa AGCM dovrà valutare se proporre ricorso avverso gli atti adottati in violazione dei principi della concorrenza”*.

Appunto per questo la legge le fornisce tal speciale legittimazione ad agire, a fronte d'una volontà altrimenti irriducibile o di un'inerzia colpevole, con la conseguenza che, ove si verifichi (e se ne dia atto espressamente) la volontà di non conformazione della P.A. prima dello scadere del termine assegnato a quest'ultima, la lesione s'è così verificata. Non v'è dunque alcuna necessità d'attendere un ripensamento del destinatario nel residuo lasso di tempo fino alla scadenza stessa, poiché l'attesa in sé non serve a nulla e potendo tal ripensamento avvenire a giudizio già instaurato e fintanto che non intervenga il giudicato. Insomma, tale “attesa” in realtà non è un dato connotante della fattispecie delineata dall'art. 21-bis, sia perché il termine di sessanta giorni è posto a favore del debitore della prestazione —il quale può, in quell'arco di tempo, asserire di non dovere nulla e di non volersi conformare ad alcunché—, sia perché l'“attesa” del ripensamento è, in fondo, ciò che qualunque destinatario d'un atto lesivo spera prima d'intraprendere un contenzioso, al fine di evitarlo”.

La giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che un'eventuale provvedimento di autotutela adottato dall'Amministrazione dovrà essere assunto entro il termine ragionevole dei diciotto mesi e, ancora, dovrà risultare motivato con riferimento all'esistenza di un interesse pubblico, idoneo a giustificare lo stesso annullamento.

Al contrario, nell'ipotesi in cui detti presupposti non siano ritenuti esistenti, l'Amministrazione sollecitata dall'AGCM dovrà necessariamente darne atto nel successivo parere e, ciò, con una motivazione che non potrà che avere effetti nella fase in cui la stessa AGCM dovrà valutare se proporre ricorso avverso gli atti adottati in violazione dei principi della concorrenza.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte escluso la fungibilità tra la segnalazione all'Autorità e l'autonoma proposizione del ricorso da parte dello stesso segnalante legittimato ad impugnare direttamente l'atto segnalato.

È stata più volte dichiarato inammissibile l'intervento posto in essere da chi sia ex se legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, “considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale

⁶⁹⁷ TAR Toscana, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521.

all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che può farsi valere solo mediante proposizione di ricorso principale nei prescritti termini decadenziali.

L'utilizzo dell'istituto di cui all'art. 21-bis, e la contestuale attribuzione ad un'Autorità del potere di proporre un ricorso giurisdizionale una volta acquisita conoscenza dell'effettiva lesione ai principi in materia di concorrenza, non può essere utilizzata strumentalmente al fine di rimettere in termini soggetti che hanno visto spirare il termine decadenziale per proporre ricorso e far valere le proprie ragioni.

6. POSSIBILI PROBLEMI PROCESSUALI E SOVRAPPOSIZIONI CON LA LEGITTIMAZIONE DELL'AGCM

Il regolamento che sarà emanato dall'ANAC ai sensi del comma 1-ter dovrebbe, in un'ottica di leale collaborazione e dialogo tra Autorità indipendenti, cercare di evitare il rischio di una sovrapposizione delle azioni delle stesse (sia in sede consultiva che giurisdizionale).

Gli atti e i provvedimenti ritenuti lesivi della concorrenza impugnabili dall'AGCM possono infatti, al contempo, violare anche la normativa sull'evidenza pubblica giacché la finalità di quest'ultima è, del resto, (anche) la tutela della concorrenza e dello stesso mercato dei contratti pubblici.

Il suddetto rischio appare tuttavia limitato all'impugnazione dei soli bandi e atti generali e risulta attenuato dallo stringente ambito applicativo della novella per la contestazione dei "provvedimenti": un'aggiudicazione che, in ipotesi, fosse lesiva sia delle regole concorrenziali che della normativa sull'evidenza pubblica potrà essere oggetto (se non afferente ad un contratto di "rilevante impatto") dell'impugnazione della sola AGCM e non dell'ANAC.

Secondo una possibile ricostruzione, esiste una tendenziale sovrapposizione tra le due sfere di attribuzioni, dal momento che il potere dell'ANAC, quanto meno nella parte in cui mira a contestare i provvedimenti di Regioni ed enti locali, dovrebbe trovare fondamento proprio nella disciplina della *concorrenza*, ai sensi dell'art. 117, comma primo, della Cost.

Un'ulteriore questione che necessita di un coordinamento normativo riguarda la possibilità che le illegittimità emergano nel corso di un precontenzioso avviato ai sensi dell'art. 211, comma 1.

In tali eventualità sembrerebbe opportuno prevedere efficaci strumenti di coordinamento tra i due procedimenti, utilizzando il meccanismo già previsto nel regolamento sulle raccomandazioni vincolanti, opportunamente suggerito dal Consiglio di Stato⁶⁹⁸.

⁶⁹⁸ Cons. St., Comm. spec., 28 dicembre 2016 n. 2777, *cit.*.

7. CONCLUSIONI: DAL CONTROLLO DELLA STAZIONE APPALTANTE ALLA VIGILANZA DELL'ANAC, IL RAPPORTO CON L'INTERESSE PROTETTO

La tendenza del Legislatore a sperimentare, proprio nel settore dei contratti pubblici, diversi modelli di controlli, accompagnata, in parte dalla loro «storica inefficienza» ha tuttavia scontato «l'ostinazione del legislatore nel non muovere un passo sulla via di controlli più «sostanziali», intesi a misurare e valutare risultati di gestione, redditività della spesa, qualità dei servizi»⁶⁹⁹.

Il risultato è stato quello di puntare a un sistema che cerca, sempre più di «rivestire di legittimità la realizzazione dell'opera».

Alcuni tra i primi commentatori hanno evidenziato che la nuova legittimazione dell'ANAC va ricondotta al generale potere di *advocacy* (i.e. attribuzione ad un soggetto pubblico, generalmente un'Autorità indipendente, di una specifica funzione di impulso, proposta e sollecitazione⁷⁰⁰).

Altri hanno invece inquadrato la legittimazione processuale nell'esercizio della cd. «vigilanza collaborativa» e, con riferimento al parere motivato, ai mezzi deflattivi del contenzioso⁷⁰¹.

Per chiarire quale sia l'interesse sostanziale e processuale alla base del potere di azione dell'ANAC è utile sintetizzare, richiamandole ancora una volta, le tesi sviluppate intorno alla legittimazione processuale dell'AGCM di cui all'art. 21-bis.

Per una prima tesi il riferimento alla «tutela della concorrenza», rimanda a una giurisdizione di diritto oggettivo, correlata alla salvaguardia di un interesse generale, assegnando all'Autorità una legittimazione non solo *speciale*, ma *straordinaria*, o *eccezionale*, disancorata dalla protezione di una situazione giuridica soggettiva sostanziale⁷⁰². La dottrina pur evidenziandone la peculiare natura dubita che l'interesse pubblico alla concorrenza goda di una tutela rafforzata⁷⁰³ e piuttosto lo qualifica come un interesse «adespota».

⁶⁹⁹ P. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2012, 34; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *giustamm.it*

⁷⁰⁰ M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti*, op. cit., 3, per un'accurata analisi della nozione di *advocacy*, si v. M. D'ALBERTI, *I poteri di advocacy delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata*, in *concorrenza e mercato*, 2013, 871

⁷⁰¹ R. DE NICTOLIS, *i poteri dell'anac dopo il correttivo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 22.

⁷⁰² TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

⁷⁰³ B. G. MATTARELLA, *i ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *giornale dir. amm.*, 2016, 3, 291. l'a. afferma che l'interesse che fonda il potere di impugnazione trova la sua legittimazione «semplicemente facendo riferimento alla natura dell'interesse alla concorrenza: un interesse debole perché diffuso, di quelli che frequentemente il legislatore affida alle cure di un'autorità indipendente, o perfino "adespota"; spesso divergente da quello della singola amministrazione».

In senso opposto, altra dottrina, seguita da una significativa parte della giurisprudenza amministrativa, ha chiarito che il nuovo potere dell'AGCM è esercitato a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata⁷⁰⁴.

L'art. 21-bis avrebbe riconosciuto (*rectius* creato) in capo all'AGCM la titolarità di una posizione sostanziale di interesse legittimo, nominato e tipico, assistita da un peculiare potere di azione in giudizio.

C'è dunque da domandarsi se queste considerazioni siano estensibili anche al settore dei contratti pubblici.

In tale specifico ambito è stato correttamente evidenziato che la rilevanza delle posizioni individuali emerge con più chiarezza rispetto all'interesse concorrenziale sicché è più difficile ipotizzare l'esistenza di interessi totalmente "adespoti", non giustiziabili.

Sembra tuttavia che la legittimazione dell'ANAC possa essere assimilata, sotto tale profilo, a quella dell'AGCM ritenendo entrambi titolari di una legittimazione *straordinaria* basata non sul perseguimento di un interesse pubblico e generale alla "legalità"⁷⁰⁵, quale strumento per contrastare quel deficit di legalità e quelle sacche di immunità, che il sistema non è in grado altrimenti di superare.

Il fondamento giuridico di tale potere di legittimazione, è riconoscibile in capo ad un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell'ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse. La *ratio* dell'introduzione di questo tipo di enti è invero significativamente ricondotta ad una finalità di carattere "giustiziale" di protezione di interessi collettivi o diffusi, equiparati a quello pubblico e ritenuti meritevoli di una particolare protezione, perché minacciati dall'operare di "poteri forti" di tipo economico ed imprenditoriale. Si tratta, invero, del conferimento all'ANAC di una legittimazione processuale straordinaria al pari di quanto disposto per le altre autorità pubbliche. È necessario quindi sottolineare che la legittimazione dall'ANAC viene esercitata a presidio dell'interesse pubblico alla concorrenza in senso complessivo (di qui, anche, la limitazione ai "contratti di rilevante impatto" contenuta nella citata disposizione) e postula un interesse "certo" e prioritario (quello alla rimozione del bando). Il partecipante alla gara, invece, ha un interesse del tutto distinto da quello pubblicistico: ha l'interesse primario ed immediato ad aggiudicarsi la gara medesima; è quindi ravvisabile un interesse dell'offerente a proseguire la gara, funzionale ad ottenere il bene della vita cui esso aspira, rappresentato dall'aggiudicazione; soltanto laddove l'aggiudicazione diviene impossibile assumerli ilveo l'interesse strumentale

⁷⁰⁴ M. A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, cit.

⁷⁰⁵ R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, op. cit., 23.

alla riedizione della procedura di gara; ma non è certo che nella fase embrionale della procedura (chè è questa la fase in cui egli dovrebbe proporre l'impugnazione avverso il bando) l'interesse all'aggiudicazione sia certamente frustrato. La disposizione di cui all'art. 211 del d.lgs n. 50/2016 non si muove nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge.

7.1. UN PUBBLICO MINISTERO PER IL PROCESSO AMMINISTRATIVO?

La proposta di istituzione di un Pubblico Ministero nel processo amministrativo rappresenta una tematica che *“saltuariamente, ma periodicamente, riemergente, a mo' di torrente carsico, nel dibattito sulle modalità per rendere tale giudizio più in linea con le aspettative che sono su di esso oggi riposte”*⁷⁰⁶.

Il tema, inizialmente oggetto di un dibattito a livello dottrinario⁷⁰⁷, è stato successivamente sganciato dall'orizzonte *de jure condendo*, per conferirgli improvvisa concretezza. Secondo una parte della dottrina⁷⁰⁸, l'introduzione nel processo amministrativo di un P.M. legittimato ad agire, ma anche a proporre atti di intervento o ricorsi e appelli incidentali, rappresenta uno strumento per estendere la giustiziabilità di consistenti aree di azione della pubblica amministrazione, nonché esprimere *“anche il punto di vista di un organo disinteressato (...) nei giudizi instaurati da altri soggetti, pubblici e privati, davanti al giudice amministrativo”*.

Tra le varie iniziative proposte⁷⁰⁹, assume un significativo rilievo, la previsione – contenuta

⁷⁰⁶ P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 64.

⁷⁰⁷ Su tutti, C. BIAGINI, *Istituzione del Pubblico Ministero presso il Consiglio di Stato e presso i Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, 1715 e ss. Ad avviso dell'Autore, l'istituzione di una forma di *“legittimazione ad agire per la tutela del c.d. interesse generale alla legittimità degli atti amministrativi”* avrebbe colmato una lacuna nel sistema di garanzia predisposto dal nostro ordinamento. Si trattava, secondo l'Autore, della mancanza di una generale possibilità di iniziative dirette a rimuovere gli atti amministrativi illegittimi nell'esclusivo e principale interesse pubblico (ed a prescindere dalla sua coincidenza o meno con quello di un soggetto particolare): ciò dal momento che l'annullamento giurisdizionale su ricorso di parte soddisfa anzitutto l'interesse particolare del ricorrente e l'annullamento d'ufficio quello particolare dell'amministrazione che procede alla correttezza dei suoi atti o ad altro specifico e ulteriore profilo, come la giurisprudenza notoriamente richiede.

⁷⁰⁸ I. FRANCO, *La giustizia amministrativa oggi, fra tendenze conservatrici, esigenze di coordinamento e riforme istituzionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 601 e ss.

⁷⁰⁹ Come rilevato da P. DURET, *op. cit.*, pag. 65, nota n. 74, la possibile istituzione di un pubblico ministero anche presso la giurisdizione amministrativa, sia pure in termini generici, compariva nei lavori della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali nella XI legislatura. Riteneva opportuna un'indicazione nel senso dell'introduzione del P. M. nel processo amministrativo da parte della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali S. GIACCHETTI, *Bicamerale e giustizia amministrativa*, in *Cons. St.*, 1997, II, 1009 e ss, specie a pag. 1013-1014, ove si suggeriva, tra l'altro, che a questo pubblico ministero fossero comunicati *“tutti i casi di disapplicazione di provvedimenti illegittimi da parte di altri giudici, consentendo così un'efficace opera di raccordo tra le giurisdizioni (oggi incredibilmente mancante) sia di pulizia nell'ordinamento che consenta la*

all'interno del D. L. 8 marzo 1993, n. 54 - di istituzione di un'azione pubblica (attribuita al neo-istituito procuratore regionale presso la Corte dei Conti) e generale (in quanto riferibile agli atti di tutte le amministrazioni pubbliche) espressamente finalizzata “*a tutela della legittimità dell'azione amministrativa*” e “*in vista dell'interesse generale al buon andamento e all'imparzialità*” delle amministrazioni medesime.⁷¹⁰ Contestualmente ed in evidente connessione con la legittimazione attribuitagli, il procuratore regionale era costituito destinatario di una pluralità di obblighi di comunicazione o di trasmissione di copie di atti da parte di amministrazioni pubbliche, avvocatura dello Stato, uffici giudiziari (in aggiunta ai poteri istruttori dallo stesso esercitabili).

Come autorevolmente sottolineato, la proposta in esame si inserisce in un contesto storico preciso all'interno del quale, la crisi del sistema politico dei primi anni '90 e la tendenza ad assegnare ad organi indipendenti e non responsabili politicamente compiti di tutela dell'interesse pubblico sono due fattori che creavano un clima culturale indubbiamente propenso ad innovazioni di tal fatta⁷¹¹.

Tuttavia, la richiamata previsione non è stata trasfusa nella seconda delle successive cinque reiterazioni del D. L. n. 54 che approderanno, infine, alla conversione con modificazioni nella legge 14 gennaio 1994, n. 19.

Le ragioni dell'abbandono della proposta sono da ricercare, presumibilmente, nelle opinioni contrarie espresse in varie sedi. Sul punto si registrano in dottrina orientamenti contrapposti. Se da un lato, infatti, si rileva che proprio le trasformazioni del sistema dei controlli della Corte dei Conti successive al D. L. n. 54 – ossia l'alleggerimento del controllo preventivo di legittimità a favore del controllo di gestione – postulerebbero il potere di impugnativa del P. M. presso la Corte per “*assicurare un rimedio giurisdizionale nei confronti degli atti*

scomparsa di una serie di gusci vuoti che da una parte restano ugualmente in circolazione disorientando gli operatori e dall'altra creano una molteplicità di microsistemi clandestini – in quanto la disapplicazione non è oggetto, come noto, di alcuna forma di conoscenza legale – che sono all'opposto sia del diritto che della giustizia”. Sull'argomento, ma in senso sfavorevole, si v., altresì, F. PORTOGHESI, *Sull'istituzione del pubblico ministero presso il giudice amministrativo*, in *Trib. amm. reg.*, 1997, II, 37 e ss.

⁷¹⁰ Si riporta, qui di seguito, il testo dell'art. 3 del D. L. n. 54 del 1993: “*Azioni a tutela della legittimità amministrativa*”: “*Il procuratore regionale presso la Corte dei Conti può, in via autonoma, proporre ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale avverso atti e provvedimenti di pubbliche amministrazioni, in vista dell'interesse generale al buon andamento e all'imparzialità di esse, a tutela della legittimità dell'azione amministrativa; può altresì resistere e intervenire innanzi a detto tribunale. Il ricorso non è consentito contro gli atti concernenti assunzioni in servizio, inquadramento dei ruoli e svolgimento del rapporto di impiego del personale delle pubbliche amministrazioni. L'appello nei confronti delle sentenze del tribunale amministrativo regionale può essere proposto dal procuratore regionale che ha partecipato al giudizio, ovvero dal procuratore generale presso la Corte dei Conti. (...)*”.

⁷¹¹ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis della legge n. 287/90 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *www.Federalismi.it* n. 12/2012, 12.

*amministrativi illegittimi (che non ledono interessi individuali ma collettivi) altrimenti resterebbero comunque efficaci*⁷¹² e che, ancora, attribuire a detto P. M. il potere di perseguire i comportamenti dannosi senza corredarlo del potere di porre nel nulla gli atti amministrativi produttivi di danno significherebbe consentirgli di “*reprimere l’effetto (la responsabilità) senza eliminare la causa del danno (l’atto illegittimo)*”⁷¹³. Le richiamate posizioni favorevoli sono accomunate dalla concezione “*sociale*” della giustizia amministrativa, espressione di un potere che, “*per sua definizione, non interessa unicamente il singolo cittadino il quale decidesse eventualmente di intraprendere la via del ricorso, ma l’intera collettività*”⁷¹⁴. Inoltre, a sostegno delle richiamate opinioni favorevoli si richiamava la ristrettezza della prospettiva di indagine che continuava a caratterizzare il processo amministrativo (di quel tempo) come processo sull’atto. In tale prospettiva, l’ingresso del pubblico ministero sarebbe stato uno strumento utile per conferire al sindacato del giudice amministrativo una profondità maggiore; una valutazione a tutto campo del problema della legittimità avrebbe comportato una più attenta valutazione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino⁷¹⁵. Sull’altro versante si replica, in modo estremamente intransigente e con toni piuttosto accesi, che la proposta appare il frutto di un “*komeineismo giuridico*”⁷¹⁶. Più in generale si registra un coro di opinioni contrarie⁷¹⁷ tese a far emergere il contrasto con la previsione contenuta all’art. 103 della Costituzione che assegna alla giurisdizione il compito di tutelare unicamente situazioni soggettive, siano esse diritti soggettivi o interessi legittimi.

Più nello specifico, come rilevato recentemente da autorevole dottrina⁷¹⁸, si opponeva che la giurisdizione amministrativa non può espandersi ad un sindacato pieno che valga per interessi generali anziché per specifiche situazioni soggettive e che varchi persino la griglia necessaria dei motivi puntualmente dedotti. Accogliendo tale proposta, invero, la giurisdizione piena e sindacatoria sarebbe stata assimilabile ad una “*funzione di controllo*”, suscettibile persino di sconfinare nel merito dell’azione amministrativa, con violazione dei limiti esterni della

⁷¹² P. MADDALENA, *Azione pubblica civile del P. M. presso la Corte dei Conti*, in *I Trib. amm. reg.*, 1993, II, 205.

⁷¹³ Vedi nota n. 80, 69.

⁷¹⁴ F. CINTIOLI, *op. cit.*, 12.

⁷¹⁵ F. CINTIOLI, *op. cit.*, 13.

⁷¹⁶ Tale espressione è stata utilizzata da V. CAIANIELLO, *Manuale*, II ed., 133-134.

⁷¹⁷ Così E. FERRARI, *Le sezioni giurisdizionali regionali*, p. 389. Anche secondo l’autore, del resto, la “*previsione di un ricorso d’ufficio sembrava contraddire e potenzialmente travolgere gli anni di riflessione e di esperienza giudiziale che avevano portato a costruire quel processo come avente ad oggetto interessi della parte e come processo di parti, l’interesse legittimo come situazione soggettiva del soggetto*”. Pur favorevole all’introduzione del P. M. nel processo amministrativo, I. FRANCO, *La giustizia*, p. 623, riconosce, peraltro, che nel D. L. n. 54 ciò sia avvenuto in maniera chiaramente non sufficientemente meditata, per di più collocandolo, affatto, in congruamente, presso le neo-istituite sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei Conti.

⁷¹⁸ F. CINTIOLI, *op. e loc. ult. cit.*.

giurisdizione e con compromissione dei criteri generali di divisione dei poteri e della riserva di amministrazione rispetto alla giurisdizione.

In senso contrario al riconoscimento della “*funzione sociale*” della giustizia amministrativa, si è recentemente schierato un autorevole autore che ha commentato alcune recenti innovazioni introdotte dal legislatore in materia di legittimazione a ricorrere innanzi al giudice amministrativo⁷¹⁹. Più nello specifico, senza voler negare apertamente il valore di quella linea di pensiero che ammette che nella giurisdizione amministrativa permanga una connotazione parzialmente oggettivistica della tutela⁷²⁰, è stato sottolineato che “*la giurisdizione amministrativa non serve tout court ad orientare l’azione amministrativa verso la legalità, né serve ad assicurare l’attuazione in termini generali dei principi di imparzialità e di buon andamento. La giurisdizione amministrativa non può sindacare l’azione amministrativa utilizzando parametri così sfumati e generali (recte: generici) al di fuori di una concreta vicenda di vita e di una lesione altrettanto concreta ad una situazione soggettiva tutelata. Se lo facesse, tra l’altro, sarebbe anche inevitabile il passaggio al sindacato del merito puro dell’attività amministrativa. Il compito immediato della giustizia amministrativa non è, insomma, quello di assicurare obiettivi generali di giustizia, legalità o miglior cura dell’interesse generale (si scelga l’espressione che si preferisce) in modo assoluto, capillare, totalizzante. Il suo compito è invece quello di assicurare la protezione dei diritti ed interessi dei singoli, quando tali interessi abbiano raggiunto la soglia della situazione soggettiva tutelabile e quando, dunque, abbiano quei connotati giuridici cui è ancorata la legittimazione. Che possa residuare aliunde una fetta (anche purtroppo vasta) di azione amministrativa illegittima è nella natura delle cose e sono altri i rimedi cui l’ordinamento si affida per porvi rimedio, nella consapevolezza che l’obiettivo della legittimità in senso assoluto è una utopia; una utopia che, coltivata con eccesso di convinzione, aprirebbe le porte persino ad accenti autoritari nella concezione ed attuazione della funzione di giurisdizione*”.

Al di là della sopra richiamata iniziativa, appare opportuno evidenziare come l’area della responsabilità contabile sia stata spesso ricondotta nell’ambito della giurisdizione di diritto obiettivo (diretta cioè alla specifica attuazione delle norme dell’ordinamento) e pertanto pienamente idonea alla tutela degli interessi diffusi, in relazione ai quali ciò che si chiede sarebbe proprio l’attuazione di un “*dovere dello Stato*”⁷²¹.

⁷¹⁹ F. CINTIOLI, *op. e loc. ult. cit.*.

⁷²⁰ Per questo tipo di notazioni, cfr. A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, *Dir. amm.*, 1995, 670 e ss.

⁷²¹ P. MADDALENA, *Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi*, p. 291, il quale rileva come si tratti di una responsabilità soggettivamente limitata agli amministratori e dipendenti pubblici, ma che potrebbe e dovrebbe

In questa prospettiva, criticata da una parte della dottrina⁷²², la stessa Corte dei Conti si è autonomamente proclamata giudice naturale di tali interessi, facendo leva su un concetto assai ampio di danno pubblico, inteso come danno collettivo, “*turbativa di quei beni che appartengono alla collettività organizzata dello Stato*”.

Nel danno erariale rientra, pertanto, la violazione di interessi riconducibili al “*concetto di patrimonio pubblico*”, il quale a sua volta comprende tutti i beni ed utilità economicamente apprezzabili che siano a disposizione ed in uso della collettività e nei cui confronti lo Stato o l’ente territoriale assume l’obbligo di tutela, compresi i beni immateriali in senso giuridico. L’*iter* argomentativo seguito dalla Corte dei Conti è scomponibile in quattro passaggi: si ritiene che le norme pubblicistiche poste a tutela di determinate situazioni creino un interesse diffuso nei cittadini; si evidenzia come la violazione di quelle norme comporti la lesione di un interesse comune alla collettività; si aggiunge che la collettività (Stato-Comunità) trova riconoscimento e tutela attraverso lo Stato-persona; si conclude che quella lesione integra un danno per lo Stato, rilevante ai sensi dell’art. 82 del t.u. delle leggi sulla Corte dei Conti.

“dato il carattere obiettivo della norma di cui all’art. 103 della Costituzione” essere estesa nei confronti di chiunque leda gli interessi generali e diffusi dei cittadini. Sul tema, si veda altresì R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, op. cit., 543.

⁷²²C. CUDIA, op. cit., 66 la quale esprime alcune perplessità sulla coincidenza degli interessi diffusi e degli interessi pubblici-generalis sostenuta attraverso il riferimento all’esigenza di rispetto della norma pubblicistica. Non solo perché tale convergenza elimina in radice il problema stesso degli interessi diffusi, trascurando l’esigenza di fornire il soggetto privato della possibilità di agire a tutela di tali interessi. Ma anche perché l’approccio seguito dal giudice contabile appare in sé inutile o pericoloso. Inutile, se si vuole semplicemente sottolineare che lo Stato ha un interesse qualificato al rispetto delle proprie norme. Pericoloso se, invece, si vuole davvero credere che il danno alla collettività coincida con un danno allo Stato-persona: lo Stato-comunità “*non si identifica mai con lo Stato-persona e quest’ultimo è ente esponenziale del primo solo quando e nella misura in cui l’identità dei fini è esplicitamente assunta per via legislativa*”.

CONCLUSIONI

La disamina effettuata nel presente lavoro di ricerca consente di tracciare due ordini di conclusioni.

L'analisi mostra che l'incessante impulso proveniente dal diritto dell'Unione Europea e dalle nuove domande politico-sociali induce la giurisprudenza (sovranazionale e degli Stati membri) e (seppur limitatamente ad alcune ipotesi) i legislatori nazionali ad estendere la dimensione della legittimazione a ricorrere.

Nella prima parte della ricerca si è visto che gli Stati membri dell'Unione Europea sono obbligati a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare nell'esercizio della propria autonomia procedurale, per salvaguardare l'*effetto utile* delle direttive sostanziali, assicurando che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo.

Le "direttive ricorsi" (e, come visto, specificatamente l'art. 1, par. 3) connettono espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di contratti pubblici alla nozione di *interesse*, imponendo agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso 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*".

Il principio di efficacia presuppone quindi che l'azione sia volta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente, che agisce a tutela di una sua lesione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara.

Tale principio postula, come costantemente ribadito dalla Corte di Giustizia dell'UE nella sua giurisprudenza che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo, abbia e conservi nel corso del processo, un interesse all'aggiudicazione dell'appalto. Corollario indefettibile di detti principi è dunque che la tutela giurisdizionale può (*recte* deve) essere garantita solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo, e che vi sia un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell'autorità giurisdizionale.

Da tale quadro emerge che il legislatore non può imporre di azionare lo strumento processuale prima che detta lesione *concreta e attuale* di un diritto o di un interesse legittimo sia reale ed effettiva, giacché il principio di effettività sostanziale non può dirsi rispettato quando la possibilità di contestare le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici sia affidata all'iniziativa di soggetti che non hanno alcuna garanzia di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia o che addirittura potrebbero correre il rischio di favorire propri concorrenti, come potrebbe accadere qualora il ricorso contro l'atto di ammissione alla

gara sia stato proposto da uno dei concorrenti poi collocati in posizione non utile ai fini dell'aggiudicazione.

Il secondo risultato che si ricava dall'analisi svolta è che la "dimensione processuale" del contenzioso sui contratti pubblici abbia captato i segnali provenienti dalla "realtà sociale" inglobandone la sostanza.

La consistente opera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea da cui origina il percorso seguito nel presente lavoro di ricerca non rincorre (solo) un obiettivo, tutto interno al processo, di salvaguardare la parità delle armi tra i ricorrenti/concorrenti (siano essi ricorrente principale o incidentale/aggiudicatario o operatore economico), ma che il *processo* non precluda l'accertamento delle illegittimità ogni volta che la censura possa conseguire il risultato utile (correzione/annullamento delle violazioni).

Bocciando senza appello la tesi sposata dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011, il caso *Fastweb* ha frontalmente negato il principio, ancora oggi applicato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui «*la legittimazione a ricorrere contro la decisione di aggiudicazione spetta soltanto al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura di aggiudicazione [e il principio per cui] l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura ... comporterebbe che esso si trovi in una situazione che non gli permette di contestare l'esito della procedura stessa*».

Si è evidenziata l'estrema ritrosia della giurisprudenza amministrativa all'applicazione di tale principio tendente a privilegiare la preclusione processuale posta dall'ordine dell'esame delle censure con la conseguenza che l'offerente (seppur non definitivamente) escluso non può contestare l'altrui aggiudicazione.

Eppure, proprio per scongiurare tale conseguenza - che pregiudicherebbe l'effettività delle procedure di aggiudicazione - la stessa Corte nel caso "Archus" ribadisce, chiarendo inequivocabilmente, che le "direttive ricorsi" attribuiscono agli offerenti la legittimazione a far valere l'illegittimità dell'aggiudicazione a tutela dell'interesse legittimo alla rinnovazione della procedura conclusasi con un'aggiudicazione illegittima: e con ciò esclude che tale situazione soggettiva di diritto sostanziale possa essere negletta dal giudice nazionale con pregiudizio dell'ordinamento eurounitario.

Sia la sentenza *Fastweb* che la sentenza *Puligienica*, dunque, riconoscono «*a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione*» una situazione soggettiva, la cui giustiziabilità non può essere negata, derivante dalla qualità stessa di "offerente" il quale, dopo aver ottenuto l'esclusione della controparte, potrà ambire all' «*indizione di una nuova procedura di aggiudicazione*».

Non si tratta, quindi, di una questione procedurale, ma del riconoscimento - in capo «*a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione*» - dell'accesso alle procedure di ricorso e cioè dall'esplicito riconoscimento di un interesse garantito da «*mezzi di ricorso efficaci e rapidi*».

La prescrizione – questa sì, di tipo strettamente procedurale - riguarda la contestualità delle censure, condizionando la legittimazione alla circostanza che la questione relativa alla legittimità dell'esclusione di una parte e la questione relativa alla legittimità dell'aggiudicazione siano proposte nell'ambito dello stesso processo.

La restrizione appare coerente con la necessità di impedire l'erompere nel sistema di una sorta di azione popolare (esclusa, come visto, da un'interpretazione *a contrario* del considerando 122 della direttiva 24) impendendo a chi, con sentenza passata in giudicato, si sia già visto negare la qualità di offerente dalla gara la possibilità di contestarne ulteriormente l'esito.

Come precisato dalla Corte di Cassazione, la giurisprudenza amministrativa in aperta violazione del diritto europeo ha negato (e continua in parte a negare) tale protezione sicché l'aperto rifiuto di esaminare i vizi contro l'aggiudicazione si risolvono in un diniego di giustizia. Dovendosi necessariamente in questa sede far prezioso insegnamento delle (contrapposte) teorie⁷²³ che da ultimo hanno definito l'interesse legittimo come una “*posizione di vantaggio fatta a un soggetto dell'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene*” il bene della vita protetto non è la concorrenza all'interno del mercato dei contratti pubblici.

Se questa è (se non la preferibile quantomeno) una delle possibili interpretazioni di una lettura coordinata tra gli art. 1 par. 3 delle direttive ricorsi e degli artt. 100 c.p.c., il principio del primato, l'obbligo di interpretazione conforme e l'esercizio della residua autonomia procedurale nel rispetto dei principi *Rewe* di equivalenza e di effettività oltreché l'apertura laterale dei diritti nazionali alla *lex alius loci* depongono inequivocabilmente a favore dell'obbligo del giudice amministrativo nazionale di adeguarsi a una definizione delle legittimazione processuale nel senso che ha un interesse (giuridicamente rilevante) all'impugnazione dell'aggiudicazione dell'appalto l'impresa che, quantunque abbia partecipato illegittimamente alla procedura di evidenza pubblica e quindi non possa ambire all'aggiudicazione dell'appalto, sia nondimeno interessata al rispetto della concorrenza nell'ambito di un segmento di mercato su cui essa (indubbiamente, avendo partecipato alla gara) si trova a operare, ancorché l'obiettivo (il bene

⁷²³ Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Giappichelli, 2017, *passim*.

della vita) che in tal modo essa può conseguire sia ottenibile solo attraverso la rinnovazione della procedura di evidenza pubblica.

In ultima analisi la legittimazione a ricorrere assolve dunque ad una fondamentale funzione di collegamento tra la dimensione “sociale” e quella “processuale”.

Nel processo amministrativo questa esigenza di collegamento e adeguamento alle istanze di tutela presenta una peculiarità assente nelle altre giurisdizioni. A tal proposito, infatti, è stato sottolineato come ai fini della sussistenza delle condizioni dell’azione non sia sufficiente la mera prospettazione teorica della situazione giuridica, ma sia necessario offrire la dimostrazione dell’effettiva titolarità delle posizioni protette.

In tale prospettiva la legittimazione assume – nella sua dimensione processuale - un ruolo centrale nell’ambito di una delle “sfide” più significative per il diritto amministrativo rappresentata dalla tutela delle situazioni giuridiche emergenti caratterizzate da una diversa configurazione rispetto ai classici parametri delle posizioni giuridiche.

Appare significativo in questa prospettiva lo sforzo interpretativo compiuto della giurisprudenza e dalla dottrina nell’estendere la tutela alle posizioni sovraindividuali in coerenza con la dimensione classica prettamente individualistica del sistema di giustizia amministrativa.

L’analisi delle specifiche forme di soggettività processuale ha posto in luce che il raggiungimento dell’obiettivo di estensione dell’accesso al sistema di giustizia amministrativa sia destinato inevitabilmente a confrontarsi con specifici interessi generali primari (quali l’ambiente, la salute, la sicurezza, il paesaggio, ecc.) tutelate attraverso “nuove forme” di legittimazione pubblica a ricorrere.

In tale contesto l’interprete sembra, in ultima analisi, chiamato ad analizzare e “valorizzare” il fine (concreto) della tutela dello *specifico* interesse emergente nell’ambito della vicenda dedotta in giudizio onde riconoscerne una tutela non solo effettiva, ma anche adeguata.

Nella seconda parte della ricerca si è visto che nell’ordinamento tedesco, ai fini dell’ammissibilità del ricorso, l’attore deve dimostrare di avere subito una lesione dei propri diritti sicché l’impronta della tutela è spiccatamente di tipo soggettivo⁷²⁴.

Nel suddetto ordinamento, in base alla dottrina tradizionale, la protezione dei diritti soggettivi si ricava da norme che perseguono, tra l’altro, anche la tutela degli interessi del

⁷²⁴ E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive, op. cit.*, 711.

privato (dottrina della *Schutznorm*) in cui la definizione dell'“interesse” “*deriva dall'immagine di un individuo totalmente ripiegato su stesso e autoreferenziale*”⁷²⁵.

Come visto, il diritto dell'Unione, più vicino sotto tale profilo all'ordinamento francese, si fonda invece su una nozione più ampia di interesse sicché, ai fini della sussistenza della legittimazione a ricorrere, è sufficiente che vengano in rilievo degli “interessi aggregati”, come quelli relativi all'aggiudicazione delle procedure di gara. In presenza di tali indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione la dottrina della *Schutznorm* si è corrispondentemente adeguata, mostrando, come messo in luce in dottrina, la sua flessibilità ed adattabilità al contesto europeo.

Il diritto dell'Unione ha così indotto la scienza tedesca a rivisitare complessivamente, senza tuttavia abbandonarla, la nozione di diritto soggettivo sicché, nel 2013, le corti tedesche hanno iniziato di includere l'idea di “una posizione giuridica procuratoria” nel concetto di “diritto soggettivo”.

Bisogna allora interrogarsi, se e in quale misura, il concetto di *interesse* individuale, che è alla base del concetto stesso di legittimazione, debba essere ripensato.

Questa evoluzione, tuttavia, come evidenzia la dottrina non si è ancora conclusa e non è escluso che possa condurre a conseguenze negative per la tutela giurisdizionale: il riconoscimento di una “posizione procuratoria” non può infatti obbligare il singolo a ricorrere in giudizio, pena lo snaturamento dell'imprescindibile (libertà) fondante la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali.

Nell'ordinamento italiano il diritto euro-unitario non ha influenzato l'elaborazione concettuale dell'interesse legittimo, ma ha ispirato la scelta del legislatore di attribuire ad alcune amministrazioni la legittimazione a ricorrere per la tutela di determinati interessi (protetti dal diritto dell'Unione).

In questa linea di tendenza si inseriscono, pur senza derogare alla connotazione soggettiva del processo amministrativo italiano e contemporaneamente ispirandosi a procedimenti di controllo di matrice inquisitoria, le diverse *legittimazioni* processuali attribuite alle Autorità indipendenti, trascinando l'interprete verso un necessario ripensamento delle categorie tradizionali.

⁷²⁵ G. RUGGE, *L'uropeizzazione del diritto pubblico tedesco: l'accesso alla giustizia amministrativa*, in *Riv. it. di dir. pub. com.*, 2017, 3-4, 593.

BIBLIOGRAFIA

- APERIO BELLA F., *Procedimenti composti in materia di implementazione della politica agricola comune e garanzie procedurali: il caso Oleificio Borelli “riletto” alla luce delle Model Rules in materia di decisioni individuali*,
ID. Tra procedimento e processo, ESI, 2017;
- ASTONE F., *Dalla direttiva ricorsi al codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015;
- ID., *Integrazione europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999;
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, Cedam, 1954;
- BENETTAZZO C., *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni. Principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2016;
- AUBY JB., *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, in *Informations sociales*, 2013, 1, 175, 60;
- ID., *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010;
- BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Milano, Vita e pensiero, VOL. I, 2006;
- BERTI SUMAN A., *L'interesse strumentale e la sentenza Bietergemeinschaft: il ricorso incidentale post-Puligienica*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- BERTONAZZI L., *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 1202;
- ID., *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, *ivi*, 908;
- Id., *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. amm.*, 2017, 717.
- BETTI E., CARNELUTTI F., *Diritto sostanziale e processo / [scritti di] con presentazione di Natalino Irti*, MILANO, GIUFFRÉ, 2006;
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936;
- ID., *Legittimazione ad agire e diritto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 763;
- ID., *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, i, 205;
- BIAVATI P., *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2003;
- ID., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.
- BO G., *La pronuncia della corte di giustizia nella causa «Unibet» tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 3, 1065;

BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, V ed., 1935;

BRAIBANT G., DEVOLVÉ P., GENEVOIS B., LONG M., WEIL P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz - Grands arrêts, 21e édition, 2017;

BUFFONI L., *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano: apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, Jovene, 2012, 104;

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994;

Id., *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, 1986;

CALAMANDREI P., *La relatività del concetto di azione*, *Riv. dir. proc.*, 1939, i, p. 22 e ss.

CALZOLAIO E., *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Foro it.* 2017, I, 584;

Id., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632;

Id., *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285;

Id., *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 324, ss.;

CAMMEO F., *Irricevibilità del ricorso per difetto di interesse ed eccezione d'incompetenza dinanzi alla IV sezione*, in *Giur. it.*, 1901, III, 269;

Id., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, F. Vallardi 1901;

CANNADA BARTOLI L., *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nuovissimo dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1077-1089, 1080-1081;

CAPPELLETTI M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 367;

CAPONI R., *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1, 159;

CAPONIGRO R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016;

Id., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara, 14 giugno 2016*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016;

CARANTA R., *Learning from our Neighbors: Public Law Remedies Homogenization from Bottom Up*, in *Maastricht J. Eur. & Comp.*, 1997, vol. IV, 3, 220;

Id., *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 451;

Id., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, *ivi*, 2000, 81;

ID., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992;

ID., *Tutela giurisdizionale (italiana sotto l'influenza comunitaria)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, 653;

CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, *ivi*, 2014, 423;

CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in studi in onore di G. Chiovenda, Padova, 1927, p. 221 e ss;

CAVALLO M.B., *L'ordine di esame dei ricorsi, principale e incidentale in materia di contratti pubblici dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 5 aprile 2016 e i suoi effetti sulla reale efficacia delle gare di appalto*, in *www.l'amministrativista.it*, 2016;

CELONE P., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2012;

CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. com.*, 2008, 432;

ID., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 2014, 341;

ID., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa*, a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, ESI, 2017, 75;

CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *saggi di dir. proc. civ.*, Bologna 1904;

ID., *Nuovo contributo alla dottrina dell'azione*, in *nuovi saggi di dir. proc. civ.*, Napoli 1912, 17;

CHITI M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745;

ID., *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *dir. proc. amm.* 1998, 499 ss.;

CINTIOLI F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 13;

ID., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis della legge n. 287/90 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 12/2012;

Id., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it;

CLARICH M., *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 545;

Id., *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione in occasione del 61° convegno di studi amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 settembre 2015, Villa Monastero, Varenna, in www.giustizia-amministrativa.it;

CLASSEN C.D., *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1996;

COCCHI L., *Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti*, 16 giugno 2016, in giustizia-amministrativa.it;

COMOGLIO L., *Commento all'art. 24, I c., Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di Branca, Rapporti civili, 24-26, Bologna-Roma, 1981;

Id., *Azione ed interesse. Rinnovate suggestioni di un'antica disputa*, in *Jus*, 2014, 1, 177;

Id., *La garanzia costituzionale del diritto di azione ed il processo civile*, Padova, 1970;

CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli Editore, 2012;

DE GIORGI CEZZI G., *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2013, 3, 401;

DE NICTOLIS R., *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

Id., *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017;

Id., *Codice del processo amministrativo commentato*, III ed., Milano, IPSOA, 2015;

DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 3, 683;

DELSIGNORE M., *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella sudicia review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, pag. 734;

DENTI E., *Azione (diritto processuale civile)* in *Enc. giur. III*, Roma, 1988;

DEVOLVÈ P., *L'influence du droit européen sur les catégories du droit administratif, Introduction*, in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, 657;

DI PACE R., *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Libro dell'anno del diritto, Enc. giur. Treccani*, Roma, 2013;

DURET P., *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 64.

FALCON G.D., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1153;

FAZZALARI E., *Azione civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988;

FERRARA L., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, vol. VI, 5576;

FERRARA R., *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 482;

ID., *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. pub.*, VIII, Torino, 1993, 471;

FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della dir. 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 101;

FOLLIERI E., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1067;

ID., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, 2014

FOLLIERI F., *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, *ivi*, 1151;

FORTI U., *Diritto amministrativo*, III, Napoli, 1945;

FROMONT M., *La convergence des systèmes de justice administrative in Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 125;

GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea: "paradise lost?"*, Torino, Giappichelli, 2014;

GALLO C.E., *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it;

GARBAGNATI E., *La sostituzione processuale*, Milano, Giuffrè, 1942;

ID., *Scritti scelti*, Milano, Giuffrè, 1988;

GARCÍA DE ENTERRÍA G., *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, in *Rev. adm. públ.*, 2000, 93;

GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta – Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, Giuffrè, 2004;

GIANNINI M.S., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I;

Id., *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 1984, 167;

GIANNELLI A., *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due*, *ivi*, 2011, 1119;

GIGLIONI F., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 413;

GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it;

GOISIS F., *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis legge n. 287/1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 465;

GRECO G., (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa: atti del Convegno, 20 maggio 2011*, Università degli studi di Milano, Milano, Giuffrè, 2012;

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, Cedam, 1954;

IDOT L., *Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations - Aspects du droit français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, 3, 748.

IEVA L., *Sull'interesse ad agire negli appalti pubblici nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Urb. e App.*, 2007, 207;

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016;

Id., *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, ESI, 2009;

JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, (traduzione di G. VITAGLIANO), Società Editrice Libreria, Milano, 1912;

LAMORGESE A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario* in www.questionegiustizia.it, 18 aprile 2017;

LAZZARA P., *L'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici*, in *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, a cura di A. BARGONE E P. STELLA RICHTER, Giuffrè, Milano 2001, 71;

Id., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001;

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014;

Id., *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust* in www.federalismi.it;

LIEBMANN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, III ed., 1957;

LIPARI M., *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)*, in www.giustizia-amministrativa.it;

Id., *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?* in www.federalismi.it, 14 ottobre 2010; Id., *Dal recepimento della direttiva ricorsi al c.p.a. Le sanzioni alternative alla inefficacia del contratto*, in *Libro dell'anno*, Treccani, 2012;

ID., *Il recepimento della “direttiva ricorsi”*: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto, in www.federalismi.it, 2010;

Id., *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, in *Libro dell’anno del diritto 2017*, Roma, Treccani, 2017;

LOMBARDI R., *La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008;

LONGOBARDI N., *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.giustamm.it;

LOTTINI M., *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2017;

MALLMANN O., *Investigation of facts and evaluation of interests concerning interim measures according to German administrative law*, in www.giustizia-amministrativa.it;

MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, Maggioli Editore, 2016;

MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74;

MARI G., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, ESI, 2013;

MARINELLI M., *Ancora in tema di ricorso incidentale “escludente” e ordine di esame delle questioni*, *ivi*, 1174;

Id., *La clausola generale dell’art. 100 c.p.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, in Quaderni dell’Università di Trento, Litotipografia Alcione, Trento, 2005;

Id., *Rileggendo Edoardo Garbagnati “la sostituzione processuale nel nuovo c.p.c.”*, Milano, 1942, in *JUS*, 1 2014, 81;

MATTARELLA B.G., *I ricorsi dell’autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 3, 291;

MAZZAMUTO M., *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677;

Id., *A cosa serve l’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46;

MAZZAROLLI L., *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 1;

Id., *Problemi del processo amministrativo. Atti dell’Incontro di studio promosso dall’Istituto in onore del presidente prof. Feliciano Benvenuti (Venezia, 12 aprile 1996) di (1997)*, Istituto veneto di scienze, 1997;

MENGOZZI P., MORVIDUCCI C, *Istituzioni di diritto dell’Unione Europea*, Padova, Cedam, 2014;

MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro Amm.*, 1940, IV, 49;

MONACCIANI L., *Azione e legittimazione*, Milano, Giuffrè, 1951;

MONTEDORO G., *Il giudice e l'economia*, Roma, Luiss University Press, 2015;

MONTEFUSCO R., *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (l'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo) (Nota a C. Stato, sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, Com. Firenze c. Soc. Pubblimondo)*, in *Dir. proc. Amm.*, 1985, 408;

MORTARA L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, I., Teoria e sistema della giurisdizione civile, Milano, s.d.;

MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001;

ID., *Profili giurisdizionali e giudiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *ambiente e diritto*, firenze, 1999;

ID., *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 3, 834;

NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro It.*, 1987, V, 15, e in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1857-1880, spec. 1871;

ID., *Giustizia amministrativa*, II ED., CEDAM, 1986;

Voce, "Processo amministrativo", in *Enc. giur. Treccani*, Roma;

ORESTANO R., *L'azione in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, 1959;

O'KEEFFE D., *Judicial Protection of the Individual by the European Court of Justice*, in *Fordham Int'l L.J.*, 19, 903;

PERFETTI L.R., *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 688;

PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.irpa.it;

PARINI A., *Ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: la nuova veste dell'interesse strumentale alla luce della ultima giurisprudenza della Corte di giustizia*, in www.giustamm.it, 2016;

PATRITO P., *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, ESI, 2016;

PATRONI GRIFFI F., *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex articolo 111 della Costituzione*, in www.giustizia-amministrativa.it;

PELLEGRINO G., *Considerazioni su rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale dopo Corte di Giustizia (Fastweb) e la nuova Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it, 2014;

ID., *La Plenaria e le "tentazioni" dell'incidentale*, in www.giustamm.it, 2011;

ID., *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 1423;

PICOZZA E., *L'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo, rispetto al diritto comunitario*, in *dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3;

PIETROSANTI A.G., *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, a cura di M. A. SANDULLI, Volume I, 114 ss..

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962;

PINELLI C., *Articolo 97, Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna - Roma, Zanichelli, Il Foro Italiano, 1994, 31;

POLITI R., *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativ.it;

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo (profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo)*, Padova, 2000;

Id., *Commento all'articolo 24 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione della Repubblica Italiana*, vol. I, Torino, 2006, 502;

Id. *Il giudizio amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva ?* Volume X, AIDU "Ambiente, attività amministrativa e codificazione", Atti del primo colloquio di Diritto dell'Ambiente – Teramo, aprile 2005 - a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, Giuffrè, Milano, 2005;

PUNZI C., *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 649;

PRESUTTI L., *Di ricorso incidentale in ricorso incidentale: le impugnative incrociate*, in *Urb. app.*, 2015, 576;

RAMAJOLI M., *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?* in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Atti del Convegno 20 maggio 2011 presso l'Università degli Studi di Milano, in *Quaderni della rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano 2012. 95;

ROEHRSEN G., *Giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988;

ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975,

306 ss.

ID., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511;

ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, *Dir. amm.*, 1995;

ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario del Consiglio di Stato, Milano, 1983;

ID., *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Foro It.*, 1987;

ID., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511;

ROMANO M.C., *La situazione legittimante nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Jovene Editore, 2013;

ROMEO G., *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Foro amm.*, 1989, 2269;

ROSSI G., *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1211;

RUGGE G., *L'uropeizzazione del diritto pubblico tedesco: l'accesso alla giustizia amministrativa*, in *Riv. it. di dir. pub. com.*, 2017, 3-4, 593;

SALA G., *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza dell'adunanza plenaria del consiglio di stato: legittimazione e interesse al ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 123;

SANDULLI A., (a cura di) *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013;

ID., (a cura di) *La giustizia*, in *Diritto amministrativo applicato*, Giuffrè, Milano, 299;

ID., *Lo studio dell'amministrazione*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, capitolo XII, 449;

ID., *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano, 4643;

ID. *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano, 4803;

ID., *L'oracolo del diritto amministrativo: il Consiglio di Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, in *Le carte e la storia* 1999, 2, 55;

ID., *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Giuffrè, Milano;

ID., *Giurisprudenza amministrativa e diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2003, 4, 1211;

ID., *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del legislatore*, in *Annuario Aipda*

2004, 27;

ID., *La Corte di Giustizia europea ed il dialogo competitivo tra le Corti*, in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, 189;

ID., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano;

ID. *Il riordinamento del contenzioso amministrativo. Le leggi 30 ottobre 1859, nn. 3705, 3706, 3707 e 3708*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna, 49;

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1985;

ID., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963;

SANDULLI M. A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it;

ID., *Il nuovo rito speciale in materia di contratti di lavori, servizi e forniture*, in www.federalismi.it;

ID., *Verso un processo amministrativo "oggettivo" (nota a margine del- l'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)*, in *Foro amm.-TAR*, 2004;

ID., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it;

ID., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.astrid.it.

ID., *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del codice de lise)*, in *Foro amm. TAR*, 2006,10, 3375;

ID., *Diritto europeo e processo amministrativo*, Relazione al II° Seminario franco-italiano di diritto amministrativo, svoltosi a Parigi il 12 e 13 ottobre 2007, in www.federalismi.it;

ID., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, Relazione al Convegno su "La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio", svoltosi a Roma, Palazzo Spada, il 20 maggio 2008, in www.giustizia-amministrativa.it;

ID., *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1130;

ID. *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in www.federalismi.it;

ID., (a cura di) *Premesse al codice: fonti e principi. i principi costituzionali e comunitari*, in Il nuovo processo amministrativo, Milano, Giuffrè, 2013, Vol. 1, 2 ss;

ID., *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Prissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56 del 2017*, in www.federalismi.it, 2017;

ID., *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

SANDULLI M.A., TRANQUILLI S., *Art. 204*, in *Codice dei contratti pubblici - Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. M. ESPOSITO, Padova, UTET, 2017, 2365;

SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 2013;

ID., *Azione. L'azione in generale. L'azione nel diritto positivo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 195;

SAITTA F., (a cura di), *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, Atti del convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011, Milano, Giuffrè 2013;

SCHMIDT-ABMANN E., *Mutamento della funzione della giustizia amministrativa tedesca. Spunti per alcune riflessioni sistematiche*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania, Contributi per un confronto*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Giuffrè 2017, 19, 20;

SCHMIDT-ABMANN E., DE LUCIA L., ROMANO M.C., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 711;

SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014;

ID., *Interesse legittimo – Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017;

ID., *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *dir. e soc.*, 1985, 637;

SEVERINI G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, 3 giugno 2016;

SIGISMONDI G., *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'Adunanza Plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2014, III, 472;

SINISI M., *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017;

SOMMERMANN K.P. *Objective and Subjective Profiles of the Administrative Jurisdiction: The Experience of the German System*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017;

SORACE D., *I Giudici di Berlino, tutele differenziate e l'equo processo*, in *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, a cura dello stesso A., Firenze University Press, 2009;

SQUAZZONI A., *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, *ivi*, 2011, 1063;

ID., *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, *ivi*, 2009, 151;

TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2004;

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2010, 101;

TORCHIA L., *Developments in Italian Administrative Law through cross-fertilisation*, in *New directions in European public law*, ed. by J. Beatson - T. Tridimas, Oxford, 1998, 137;

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014;

ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *giustamm.it*, 11, 2017;

ID., *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.* 2011, V, 165;

TRANQUILLI S., *Correzioni al regime di trasparenza degli atti di gara e ripercussioni sul rito "super-speciale" sulle ammissioni e esclusioni dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche*, a cura di M.A. SANDULLI – M. LIPARI – F. CARDARELLI, Milano Giuffrè, 2017, 54;

TROCKER N., *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 2, 361;

ID., *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.* 2015, 2, 425;

TROPEA G., *I rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione*, in *Giur. it.*, 2011, 1652;

ID., *La plenaria prende posizioni sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti)*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3309;

VELTRI G., *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, 26 maggio 2016.

VILLATA R., BERTONAZZI L., *Rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in Treccani, Libro dell'anno, 2014;

VILLATA, R. *Legittimazione processuale (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma;

ID., *Interesse a ricorrere, (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma;

ID., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009;

ID., *Finale di partita*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 826;

ID., *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 363;

ID., *Annotando gli annotatori, ivi*, 2011, 1183;

ID., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, *ivi*, 2009, 285;

ID., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai “cavalieri dell’apocalisse”?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 106;

ZAMPETTI E., *Concorrente definitivamente escluso e legittimazione ad impugnare l’aggiudicazione*, in www.lamministrativista.it;

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, *La giustizia amministrativa*, VIII ed., Milano, Giuffré, 1958;

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffré, 1964.