

Ricorso

Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario

T.A.R. PIEMONTE, sez. II, ord. 9 febbraio 2012, n. 208 - Pres. Salamone - Est. Masaracchia - Fastweb s.p.a. c. Azienda sanitaria locale di Alessandria, Telecom Italia s.p.a. e Path-net s.p.a.

Il Collegio giudica rilevante ed opportuno sollevare la seguente questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE: «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».

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia
Difforme	Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655

Fatto e diritto

1. Con deliberazione del Direttore Generale n. 2010/1105, del 15 settembre 2010, l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (d'ora innanzi: ASL AL) ha deciso di stipulare un contratto con la società Path-Net, del Gruppo Telecom Italia s.p.a., per la fornitura di servizi di connettività (servizi di telefonia voce e dati) occorrenti alla medesima ASL. L'individuazione della società Path-Net è avvenuta a seguito di una procedura comparativa (che è oggetto del presente giudizio) alla quale hanno partecipato la società Fastweb - odierna ricorrente e fornitrice, fino a quel momento, dei servizi di connettività alla ASL AL - ed il Gruppo Telecom Italia s.p.a. Si tratta di due operatori economici (Fastweb e Telecom) già in precedenza individuati, mediante stipula di apposito contratto-quadro, dal CNIPA ("Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione") nell'ambito del "sistema pubblico di connettività" di cui all'art. 73 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (cd. codice dell'amministrazione digitale, in G.U. 16 maggio 2005, n. 112,

suppl. ord.). In base a tale normativa nazionale (art. 83 del citato D.Lgs.) le amministrazioni non statali (quali, ad esempio, le ASL) hanno facoltà di stipulare gli atti esecutivi dei contratti quadro conclusi dal CNIPA (ora "DigitPA") con uno o più dei fornitori individuati dal CNIPA, sulla base delle proprie esigenze di servizio. La procedura comparativa per cui è causa è iniziata allorché l'ASL AL ha indirizzato, alle due società già individuate dal CNIPA, una richiesta di progetto per i propri fabbisogni "linee dati/fonia" datata 18 giugno 2010 (cd. "piano di fabbisogni"), al fine di selezionare il miglior offerente (doc. n. 7 della ricorrente). A seguito dei progetti presentati sia da Fastweb sia da Telecom l'ASL AL ha scelto il progetto presentato da quest'ultima, così comunicando al precedente gestore Fastweb, con nota del 5 ottobre 2010 (doc. n. 9 della ricorrente), di aver «individuato tra gli assegnatari della Convenzione CNIPA SPC il fornitore Telecom Italia s.p.a.». Il relativo contratto con la società Path-Net (del gruppo Telecom Italia) è stato, quindi, stipulato in data 27 settembre 2010.

2. Con il ricorso in esame (integrato da successivi atti

per motivi aggiunti) la società Fastweb ha impugnato tutti gli atti della descritta procedura comparativa, deducendo una pluralità di motivi di gravame. Tra questi, in particolare, la ricorrente ha dedotto l'«inammissibilità» della proposta Telecom Italia per «mancato rispetto del piano di fabbisogni presentato dalla ASL AL» sotto diversi aspetti: a) come risulta dal parere tecnico emesso dal responsabile del Sistema Informativo della ASL in data 23 luglio 2010 (doc. n. 21 dell'amministrazione) Telecom ha offerto una connessione unica, laddove la ASL aveva chiesto tante connessioni quanti sono i servizi; b) tale diversità rispetto a quanto l'amministrazione aveva chiesto nel proprio «piano di fabbisogni» avrebbe determinato un notevole svantaggio per l'amministrazione, peraltro evidenziato nella già citata nota del responsabile del Sistema Informativo («... la connessione unica proposta da Telecom ha lo svantaggio che al verificarsi di un guasto bloccante verrebbe compromessa tutta l'attività ...»); c) il minor canone chiesto da Telecom (rispetto a quello offerto da Fastweb) sarebbe, quindi, derivato, «dalla arbitraria unificazione delle connessioni»; d) in ogni caso, anche dal punto di vista economico, il responsabile del Sistema Informativo aveva segnalato che l'offerta avanzata dalla Telecom avrebbe comportato alcuni aggravati di costo, poi non considerati dall'amministrazione all'atto della scelta.

3. Si sono costituite in giudizio sia l'ASL AL, in persona del proprio Direttore generale e legale rappresentante *pro tempore*, sia la Telecom Italia s.p.a. Quest'ultima ha anche depositato, in data 5 gennaio 2011, un ricorso incidentale ai sensi dell'art. 42 c.p.a. (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, all. A, in G.U. 7 luglio 2010, n. 156, suppl. ord.), notificato a Fastweb in data 22 dicembre 2010, mediante il quale ha - a sua volta

- contestato 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 del 18 giugno 2010. Tale requisito attiene all'ampiezza della «banda totale» per la sede n. 1 di «Alessandria Patria»: a fronte degli 8 Mbps chiesti dalla stazione appaltante, Fastweb ne ha offerti solo 4.

4. Questo TAR, con ordinanza n. 177 del 2011, ha disposto una verifica, ai sensi dell'art. 66 c.p.a., al fine di accertare l'idoneità delle offerte sia di Telecom sia di Fastweb alla luce del piano di fabbisogni che la ASL aveva loro comunicato il 18 giugno 2010. L'incombente istruttorio è stato affidato alla «Facoltà di Ingegneria-Ingegneria dell'Informazione» del Politecnico di Torino. L'esito istruttorio è stato tracciato nella relazione dell'organismo verificatore (prof. E. Casetti del Dipartimento di Elettronica del Politecnico di Torino) e nella sua nota di «valutazioni» alle osservazioni sollevate dalle parti (documenti entrambi depositati in giudizio il 26 maggio 2011). Ciò che è emerso, in sintesi, è la non idoneità di entrambe le offerte, sia pure sotto differenti profili. Per quanto riguarda l'offerta di Telecom, sono risultate confermate le doglianze tecniche sollevate dall'odierna ricorrente principale. La connessione offerta dalla società Telecom per le sedi ASL di Tortona e di Casale Monferrato non è risultata in linea con quanto la ASL aveva

chiesto nel piano di fabbisogni del 18 giugno 2010: Telecom Italia non ha incluso nell'offerta «i servizi di trasporto per ambito Intranet opportunamente suddivisi nelle bande ripartite richieste dall'amministrazione» (ciò, per la sede di Tortona) ed ha offerto «una singola TdR [Terminazione di Rete, *n.d.r.*] a più porte, anziché più TdR distinte come richiesto dall'amministrazione» (ciò, per le sedi di Tortona e di Casale Monferrato). Per quanto riguarda l'offerta di Fastweb, è emersa una «macroscopica incongruenza» con riferimento all'ampiezza della banda totale per la sede di «Alessandria Patria»: infatti, come si esprime il verificatore, «la banda totale (4Mb/s) non è pari alla somma (6.4Mb/s + 1.6 Mb/s = 8 Mb/s) delle bande ripartite che, pure, Fastweb si impegna correttamente ad offrire per tale sede. Tale discrepanza non trova giustificazione tecnica: ad esempio, non è possibile garantire una banda di 6.4 Mb/s (6400 kb/s) su una linea di soli 4Mb/s, e non esistono soluzioni applicative, o anche solo teoriche, che rendano tali garanzie applicabili».

5. Una corretta disamina, nel merito, dei motivi di gravame sollevati in via principale da Fastweb ed in via incidentale da Telecom, pertanto, dovrebbe condurre all'accoglimento sia del ricorso principale (perché l'offerta di Telecom è risultata, in effetti, non idonea rispetto a quanto era stato richiesto dalla ASL AL) sia del ricorso incidentale (perché anche l'offerta di Fastweb si è mostrata non in linea con le richieste dell'amministrazione essendo carente di un requisito minimo). L'esito sostanziale sarebbe, pertanto, quello di annullare tutta la gara, in quanto entrambe le partecipanti (le uniche due partecipanti) non hanno avanzato offerte degne di trovare aggiudicazione. Una tale situazione, come è evidente, sarebbe comunque soddisfacente per il cd. interesse strumentale di cui è portatrice la ricorrente principale Fastweb: non potendo quest'ultima aggiudicarsi la gara (perché anche la sua offerta, al pari di quella della rivale, non è risultata idonea) essa otterrebbe almeno la non aggiudicazione in capo a Telecom e la conseguente ripetizione delle operazioni di gara, così mantenendo una *chance* di aggiudicazione futura a seguito della rinnovazione della procedura. Un esito del genere, tuttavia, non è attualmente ammesso nell'ordinamento giuridico italiano, quale risultante dal diritto vivente nell'elaborazione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Con la decisione n. 4 del 7 aprile 2011 (in *Foro It.* 2011, III, 306 ss., in www.giustizia-amministrativa.it) il massimo consesso giurisdizionale amministrativo italiano ha infatti chiarito, enunciando un apposito principio di diritto, che 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. Secondo l'Adunanza Plenaria, in parti-

colare, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva: l'eventuale accertamento dell'illegittimità dell'ammissione alla gara ha portata pienamente retroattiva, sicché la definitiva esclusione del ricorrente principale dalla gara impedirebbe di assegnargli la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. L'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dal ricorrente principale, non dimostra da solo la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso: tale aspettativa non si distingue - secondo l'Adunanza Plenaria - da quella di qualsiasi altro operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione. La conseguenza è che il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, deve sempre essere esaminato prioritariamente e con portata pregiudiziale, a prescindere dal numero dei concorrenti che hanno preso parte alla gara: quindi anche quando - come nel caso qui in esame - i concorrenti siano stati solo due, ossia il ricorrente principale ed il ricorrente incidentale. Siffatto esito, nel comportare l'inammissibilità dell'impugnazione principale allorché risulti fondata l'impugnazione incidentale, anche allorché i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due (coincidenti con il ricorrente principale e con quello incidentale, l'uno mirante all'esclusione dell'altro), non appare tuttavia al Collegio in linea con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e - in definitiva - con il principio di libera concorrenza che sono sottesi alla direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE (direttiva del Consiglio 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 recentemente modificata dalla direttiva n. 2007/66/CE. Tale direttiva, come è noto, si preoccupa di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria (art. 1, par. n. 1), 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. Le procedure di ricorso, in particolare, devono poter mirare «ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime» (art. 2, par. n. 1, lett. b), in un'ottica di effettività della tutela, dunque, che sembra inconciliabile con l'affermata incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale. Nel caso in cui residui al ricorrente principale - nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale - l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, reso evidente dalla fondatezza dei motivi mediante i quali si è contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'impresa aggiudicataria (anche nell'ipotesi in cui, come accade nella presente fattispecie, l'offerta dell'impresa aggiudicataria si sia rivelata non idonea rispetto ai fabbisogni della stazione ap-

paltante), quell'interesse - a giudizio di questo Collegio - deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena altrimenti l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata (così come dimostrato dalla fondatezza del ricorso principale) in modo non corretto o non legittimo. Diversamente ragionando, 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 perché si attribuirebbe al ricorrente incidentale, di fatto, una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I-ter, 10 gennaio 2012, n. 197, in www.giustizia-amministrativa.it).

6. Ai fini della risoluzione del presente gravame, pertanto, il Collegio giudica rilevante ed opportuno sollevare la seguente questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE: «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».

IL COMMENTO

di Mariano Protto

Dopo che la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale sembrava finalmente risolta dalla Plenaria n. 4/2011, il TAR Piemonte ne ha rimesso l'esame alla Corte di giustizia CE con una insolita ordinanza in cui si chiede al giudice comunitario di interpretare i principi di effettività della tutela giurisdizionale, parità delle parti e libera concorrenza, onde vagliare se sia coerente o meno con essi il principio di diritto statuito dalla citata Plenaria n. 4/2011.

È la prima volta che alla sbarra del giudice comunitario finisce non una disposizione di legge nazionale (l'ordinanza del TAR Piemonte non cita alcuna disposizione), ma direttamente la decisione di un massimo organo giurisdizionale, quale è la Plenaria del Consiglio di Stato.

Ordine di esame di ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti: breve prequel

La giurisprudenza degli anni '90-2000, anteriore alla Plenaria del 2008

La questione dell'ordine di esame di ricorso incidentale e principale in caso di gare di appalto e, segnatamente, in caso di gare di appalto con due soli concorrenti, è stata posta all'attenzione della giurisprudenza ben prima delle due decisioni della Plenaria del 2008 e 2011.

Già a partire dagli anni '90, una consistente giurisprudenza osservava 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 della legittimazione e interesse a ricorrere del ricorrente principale, perché, pur profilandosi come questioni di merito, producano effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito (1).

Tale ipotesi ricorre 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 della selezione.

In tale eventualità, quando il ricorso incidentale si rivolge contro l'ammissione del ricorrente principale, si prospetta una questione riguardante la stessa legittimazione ad agire, che di regola deve essere esaminata con priorità rispetto alle altre (2).

In concreto, tale giurisprudenza riteneva che in materia di gare d'appalto, l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principa-

le qualora l'impresa vincitrice deduca che l'impresa pretermessa doveva essere in radice esclusa dalla gara.

E ciò perché se, in questo ordine, l'incidentale è accolto il principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo alla impresa originaria ricorrente.

E la giurisprudenza aveva ribadito che, in tali ipotesi, la proposizione del ricorso incidentale costituisce un passaggio logico necessario ed insostituibile per contestare la legittimazione del ricorrente principale (3).

A metà degli anni 2000 su tale filone giurisprudenziale se ne era innestato un altro, diverso, con specifico riferimento alla questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel caso di gara di appalto con due soli concorrenti utilmente classificati, vale a dire i concorrenti incidentale e principale.

Secondo tale diverso orientamento, fermo l'esame prioritario del ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione del ricorrente principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale il ricorso principale non diventerebbe improcedibile: nel caso di gare con due soli concorrenti utilmente classificati, il ricorrente principale vanterebbe un interesse all'esame nel merito della sua impugnazione anche qualora l'accoglimento del ricorso incidentale *ex adverso* proposto abbia pregiudicato la sua possibilità di conseguire in via immediata l'appalto.

Tale interesse secondario - che sarebbe quello strumentale al rinnovo integrale della procedura se-

Note:

(1) Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367; Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2002, n. 1695; Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468.

(2) Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456.

(3) Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 1990, n. 262.

lettiva - sopravviverebbe all'effetto di paralisi che l'accoglimento del ricorso incidentale determina sull'interesse primario all'aggiudicazione perseguito dal ricorrente principale (4).

In tale eventualità, in caso di fondatezza di entrambi i ricorsi, potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali (5), atteso che il ricorrente principale, nell'ipotesi di fondatezza del ricorso incidentale, vanterebbe un interesse strumentale al rinnovo della gara, mentre il ricorrente incidentale, attraverso l'accoglimento della propria domanda otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'amministrazione (6).

Tale diverso orientamento non era rimasto incontestato, essendovi invece decisioni che ribadivano l'impostazione tradizionale, secondo cui il criterio generale di rito (secondo cui l'accoglimento del ricorso incidentale relativo ad una causa di esclusione dalla gara del ricorrente principale rende improcedibile il ricorso principale, basandosi sul mero riscontro della perdita di legittimazione e quindi del venir meno di una condizione dell'azione, la quale invece deve permanere in capo all'istante fino alla decisione) non può trovare deroga nell'ipotesi in cui i ricorsi sono stati proposti dagli unici due partecipanti ad una gara d'appalto.

Anche in questo caso infatti l'accoglimento del ricorso incidentale mette in discussione lo stesso titolo di legittimazione dell'impresa originaria ricorrente a proporre il gravame principale. Per effetto di tale accoglimento, invero, l'impresa medesima risulta esclusa dalla gara d'appalto *de quo*, il che vuol dire che viene meno la legittimazione stessa della ricorrente originaria all'impugnazione: la legittima partecipazione alla gara costituisce l'indispensabile presupposto legittimante, che radica nell'impresa concorrente l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione e, di contro, l'estromissione dalla procedura concorsuale è fonte della perdita del titolo a dedurre vizi inerenti alle ulteriori fasi della medesima procedura, atteso che nel vigente ordinamento processuale chi non ha legittimazione all'impugnazione non può far valere vizi a carico del controinteressato (7).

La rimessione della questione alla Plenaria e la decisione della Plenaria nel 2008

Nel perdurare del contrasto di giurisprudenza, la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nella materia dei contratti pubblici

quando si sia in presenza di due sole imprese, era stata rimessa all'esame della Plenaria (8).

Sul punto l'ordinanza di rimessione aveva manifestato la propria adesione all'orientamento per il quale - quando alla gara siano state ammesse due offerte - va dapprima esaminato il ricorso incidentale contro l'atto di ammissione alla gara del ricorrente principale e poi, nel caso di sua fondatezza, vanno esaminate le censure di questi contro l'ammissione dell'aggiudicatario, concludendo nel senso che il giudice amministrativo può annullare entrambi gli atti di ammissione, con la conseguente indizione di una ulteriore gara.

La Plenaria nel 2008 aveva nella sostanza aderito alla soluzione prospettata dall'ordinanza di rimessione, facendo leva sulla nozione di interesse strumentale al ricorso e sul principio di imparzialità del giudice e parità delle parti, a cui veniva data prevalenza rispetto alle regole relative all'ordine di trattazione delle questioni (9).

È bene ricordare che la Plenaria del 2008 si fondeva su un quadro normativo diverso rispetto a quello su cui si fonderà poi, come si vedrà, la Plenaria del 2011, messa oggi in discussione dal TAR Piemonte.

Infatti, prendeva le mosse dalla disamina delle norme sul ricorso incidentale, contenute nella L. TAR (L. n. 1034/1971), nel R.D. n. 1054/1924 e nel R.D. n. 642/1907.

Sulla base di tale quadro normativo, anteriore al c.p.a., rilevava come non vi fossero disposizioni puntuali sull'ordine di esame del ricorso principale e incidentale, e che, di conseguenza, fosse possibile, per il giudice, ispirarsi liberamente, nell'esaminare detti ricorsi, ai principi di effettività della tutela e interesse ad agire.

Rilevava la Plenaria n. 11/2008 che le disposizioni processuali rilevanti erano: l'art. 22, L. TAR

Note:

(4) Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2095; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6285; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583.

(5) T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 21 febbraio 2007, n. 1527.

(6) Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 novembre 2007, n. 11322.

(7) Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265; Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8005.

(8) Cons. Stato, sez. V, ord. 5 giugno 2008, n. 2669.

(9) Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in questa *Rivista*, 2009, 1, 41, con nota di L. Tarantino, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*.

che a sua volta richiamava l'art. 37, R.D. n. 1054/1924 e l'art. 44, R.D. n. 642/1907.

Tali disposizioni disciplinavano le modalità formali ed il termine per la proposizione del ricorso incidentale, mentre per la sua incidenza sul contenuto della sentenza il citato art. 37 si limitava a disporre che «il ricorso incidentale non è efficace se è prodotto dopo la rinuncia al ricorso principale o se questo è dichiarato inammissibile per essere stato proposto fuori termine».

Al di fuori di tale ipotesi normativa, proseguiva la Plenaria, vale a dire qualora il ricorso principale sia stato tempestivamente notificato e depositato, e non seguito dalla perenzione o dalla rinuncia, nell'assenza di indicazioni normative sul ricorso incidentale, sull'ordine di trattazione dei due ricorsi e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, spetta al giudice amministrativo fissare l'ordine di esame, sulla base dei principi di economia processuale e di logicità.

Nel caso specifico di ricorso principale e di ricorso incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara, secondo la Plenaria, il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio dell'improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con più di due offerte ammesse.

In siffatta evenienza la ricorrente principale, pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara - in base al principio "il più contiene il meno" conserva l'interesse "minore" e "strumentale" a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione dell'aggiudicataria e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore.

La nuova rimessione della questione alla Plenaria con l'ordinanza n. 351/2011

La questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel contenzioso sugli appalti era stata nuovamente rimessa alla Plenaria, da un'ordinanza che contestava la ricostruzione dell'interesse strumentale come interesse legittimo concreto e attuale meritevole di tutela e stigmatizzava l'estrema litigiosità favorita se non incoraggiata dal precedente orientamento (10).

Osservava, in particolare, l'ordinanza di rimessione che il sistema elaborato dalla giurisprudenza in materia di contratti della p.a., oltre a favorire una

litigiosità esasperata, da una parte, non garantirebbe la soddisfazione dell'interesse primario del concorrente (l'aggiudicazione dell'appalto) e, dall'altra, renderebbe estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l'esecuzione dell'opera pubblica.

Invero, alla stregua dell'indirizzo della Plenaria n. 11/2008 la fondatezza sia dei ricorsi principali che di quelli incidentali, comportando l'esclusione di tutti i concorrenti, permetterebbe il rinnovamento della gara, e ciò costituirebbe oggetto di un interesse giuridicamente rilevante.

Si assume dunque che sarebbe meritevole di tutela l'interesse di due (o più) soggetti - la cui domanda dall'esame incrociato dei ricorsi risulta priva dei requisiti richiesti - subordinato ai seguenti 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.

A fronte di questo interesse, a dir poco ipotetico, vengono invece sacrificati l'interesse pubblico, indubbio e attuale, all'esecuzione dell'opera (quanto meno all'esecuzione in tempi ragionevoli come auspicato e preteso in tutti i modi dal legislatore) e l'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione sia pure illegittima; interesse quest'ultimo da riconoscere in base ad un principio di buon senso, prima ancora che giuridico (... *melior est condicio possidentis*), e che lo pone in una situazione obiettivamente più forte non distante da quella di chi abbia già stipulato il contratto (ed è inutile ricordare la "tutela" di cui gode tale posizione, anche in sede comunitaria).

La diversa consistenza degli interessi, come prospettata dall'ordinanza di rimessione, mette anzitutto in discussione il richiamo alla *par condicio* fatto dalla Plenaria n. 11/2008 e che costituisce uno dei cardini del ragionamento; ma più radicalmente quello che occorre rimeditare è la configurazione dell'interesse al rinnovo della gara - il cd. interesse strumentale - come interesse legittimo.

Che si tratti di un interesse privo di attualità e concretezza lo dimostra del resto il fatto che a se-

Nota:

(10) Cons. Stato, sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351.

guito dell'annullamento della gara la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale: 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.

Nel caso in cui l'impresa partecipi alla gara, così spendendo le proprie *chances*, l'interesse da riconoscere è quello alla vittoria nella specifica gara a cui ha partecipato, e non anche quello al rinnovo della gara previo nuovo bando, altrimenti si perviene di fatto a rimettere in corsa un concorrente di cui *per tabulas* è stato accertato il difetto dei requisiti di partecipazione.

Sul punto l'ordinanza di rimessione ricorda 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 (11).

Secondo l'ordinanza di rimessione, allora, sembra più corretto e più rispondente alla reale portata degli interessi in gioco affermare la regola della necessaria precedenza dell'esame del ricorso incidentale e dedurne senz'altro, ove si accerti la sua fondatezza, l'inammissibilità per carenza di interesse di quello principale.

La decisione della Plenaria nel 2011: la vicenda fattuale

La Plenaria nel 2011 (12) ha esaminato la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel contenzioso sulle procedure di affidamento di contratti pubblici, scostandosi da quanto statuito nella precedente decisione n. 11/2008.

L'intervento è stato occasionato da una complessa vicenda contenziosa: si trattava di un appalto nel settore speciale ferrovie, con tre classificati in gara, e con proposizione di due ricorsi principali e tre ricorsi incidentali in primo grado:

a) un ricorso principale contro l'ammissione della prima classificata (proposto dalla seconda);

b) un ricorso principale contro l'ammissione della prima e della seconda classificata, nonché contro lo svolgimento della gara (proposto dalla terza);

c) e d) due ricorsi incidentali contro l'ammissione della seconda e della terza classificata (proposti dalla prima classificata);

e) un ricorso incidentale contro l'ammissione della terza classificata, proposto dalla seconda.

Il TAR si era pronunciato con due separate sentenze, sostanzialmente di puro rito, che affrontavano una sola questione di merito delle decine proposte.

In particolare, in relazione al ricorso della seconda classificata il TAR aveva affermato che:

a) è improcedibile l'originario ricorso per sopravvenuto difetto di interesse (si contestavano i termini di gara troppo brevi, ma la p.a. li aveva prorogati);

b) sono irricevibili per tardività i motivi aggiunti (ignorando il contrasto di giurisprudenza sul punto, risolto, dopo la sentenza del TAR, dalla Plenaria n. 1 del 2010);

c) conseguentemente è improcedibile il ricorso incidentale della seconda nei confronti della terza;

d) conseguentemente è improcedibile il ricorso incidentale della prima nei confronti della seconda.

In relazione al ricorso della terza classificata, il TAR:

a) accoglieva i ricorsi incidentali della seconda e della prima (in relazione ad un solo motivo, assorbendo tutti gli altri);

b) dichiarava improcedibile il ricorso principale (ignorando la Plenaria n. 11 del 2008).

In sede di appello risultavano proposti due appelli principali e tre incidentali.

In particolare, l'appello principale della seconda classificata:

a) contestava l'irricevibilità;

b) riproponeva tutti i motivi del ricorso di primo grado.

In relazione all'appello principale della seconda classificata proponeva ricorso incidentale la prima, riproponendo le censure di cui al ricorso incidentale di primo grado.

L'appello principale della terza classificata:

a) contestava l'accoglimento dei ricorsi incidentali di primo grado;

b) riproponeva tutti i motivi del proprio ricorso incidentale di primo grado.

Note:

(11) Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 675.

(12) Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in questa *Rivista*, 2011, 6, 674 con nota di C. Lamberti, *L'Adunanza Plenaria "boccia" l'interesse strumentale*; in *Giur. It.*, 2011, 1651 con nota di G. Tropea, *I rapporti tra 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 relazione agli appelli incidentali la prima e la seconda, riproponendo le censure assorbite dei ricorsi incidentali di primo grado.

La decisione della Plenaria del 2011: i principi di diritto e la motivazione

La decisione della Plenaria n. 4/2011 esamina la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale, in cinque tappe (§ 27 della sentenza):

a) la parità delle parti e l'imparzialità del giudice non intaccano le regole sull'ordine di esame di questioni di rito e di merito, che anzi ne sono espressione e applicazione; il c.p.a. ha fissato l'ordine di esame delle questioni, con portata ricognitiva della disciplina previgente, prima le questioni di rito, poi quelle di merito (art. 76 c.p.a. e art. 276 c.p.c.) (§§ 28-30) (13);

b) la questione della legittimazione al ricorso è prioritaria rispetto al merito: detta questione è rilevabile d'ufficio, e va introdotta mediante ricorso incidentale se il difetto di legittimazione deriva dall'accertamento dell'illegittimità di un atto amministrativo, trattandosi di questione di rito che nell'ordine di esame delle questioni deve precedere l'esame di quelle di merito (§§ 31-32);

c) il ricorso incidentale nel c.p.a. (art. 42) serve a introdurre non solo eccezioni, ma anche domande, e domande di accertamento pregiudiziale, perciò non necessariamente deve essere esaminato dopo il ricorso principale; va esaminato prima se introduce una questione di legittimazione del ricorrente principale (§ 33);

d) la legittimazione è un *prius* rispetto all'"interesse strumentale": il "vizio" della Plenaria n. 11/2008 è aver valorizzato l'interesse strumentale senza essersi prima interrogata sulla sussistenza della legittimazione al ricorso (§§ 34-36);

e) a chi spetta la legittimazione al ricorso?

e.1) salvo puntuali eccezioni, la legittimazione spetta a chi partecipa alla gara (§§ 37-40);

e.2) le eccezioni alla regola sono (§ 39):

– la contestazione in radice della scelta di indire la procedura: legittimazione in capo al titolare di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento;

– la contestazione dell'affidamento diretto senza gara: legittimazione dell'impresa di settore;

– la contestazione di una clausola del bando escludente;

e.3) puntualizzazione dirimente: la legittimazione al ricorso spetta a chi partecipa legittimamente alla gara (avendone i requisiti) (§ 41), ergo:

– non può contestare la gara il concorrente definitivamente escluso (che non ha impugnato l'atto di esclusione, o il cui ricorso contro l'esclusione sia stato respinto) (§§ 42-44);

– non può contestare la gara il concorrente illegittimamente ammesso in gara, ancorché non escluso (§§ 45-47);

e.4) temperamenti se il ricorso principale attacca il bando (§§ 48-49):

1) non rileva, nell'ordine di esame dei ricorsi, il criterio "cronologico" basato sulla priorità del "vizio più antico", dunque prima i vizi del bando;

2) soluzione caso per caso verificando se il ricorso incidentale pone questioni di legittimazione al ricorso principale; due esempi

e.5) irrilevanza del tipo di vizio denunciata con il ricorso incidentale (§ 51);

e.6) irrilevanza delle domande di parte volte ad alterare l'ordine logico delle questioni (§ 52);

e.7) temperamento dell'economia processuale, caso per caso: va esaminato prima il ricorso principale quando sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità (§ 53).

Il principio di diritto espresso dalla Plenaria (§ 54) è il seguente: «In conclusione, quindi, deve essere affermato il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità» (14).

La decisione della Plenaria non disconosce il rilievo centrale del canone di imparzialità del giudice

Note:

(13) Negli stessi termini, ma prima dell'Adunanza Plenaria del 2011, v. G. Tropea, *Commento all'art. 42*, in F. Caringella, M. Protto, *Il Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 478.

(14) Negli stessi termini della Plenaria si sono espressi, prima della sua pubblicazione, R. Villata, L. Bertonazzi, *Commento all'art. 42 c.p.a.*, in *Il processo amministrativo - commentario al D.Lgs. n. 104/2010*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Milano, 2011, 422-423.

e di parità delle parti e che, in termini generali, debba trovare ingresso, nel sistema della giustizia amministrativa, anche la tutela dell'interesse strumentale, in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa.

Tuttavia, proprio la piena e armonica applicazione di questi principi impone di assegnare il necessario peso anche ad altre regole essenziali del processo amministrativo, che fondano il procedimento logico di formazione della decisione.

In questo senso, deve essere accuratamente valorizzato, in tutte le sue implicazioni, il principio della domanda, che contrassegna il sistema attuale della giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione "di diritto soggettivo".

Inoltre, deve essere sottolineata la funzione difensiva del ricorso incidentale, che affonda le proprie radici nelle elaborazioni più consolidate della teoria del processo ed è recepita dalla nuova disciplina positiva introdotta dal codice.

Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale, poi, va correttamente definito in funzione della dialettica processuale (ovviamente paritaria) tra le parti, tenendo conto del ruolo "terzo" del giudice, chiamato a risolvere la controversia seguendo, imparzialmente, il corretto ordine logico di esame dei temi proposti.

Alla luce di tali regole processuali:

a) l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall'attore;

b) il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali;

c) il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda;

d) la nozione di "interesse strumentale" non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore;

e) salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva.

La piena attuazione dei canoni essenziali di pari-

tà delle parti e di imparzialità del giudice non contraddice affatto l'esigenza logica di definire il corretto ordine di esame delle questioni. L'affermazione o la negazione delle richieste di tutela formulate dalla parte attrice, infatti, deve conseguire, all'esito del completo confronto processuale delle parti, al puntuale riscontro della esistenza dei prescritti requisiti della domanda.

L'alterazione della corretta sequenza dei punti sottoposti allo scrutinio del giudice rappresenterebbe, all'evidenza, proprio la contraddizione del principio di parità delle parti, snaturando la regola della equidistanza rispetto alle posizioni espresse dai litiganti.

È superfluo ricordare che, nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice.

Poiché il ricorso non è mera "occasione" del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.

L'eventuale reiezione della domanda per "ragioni processuali", collegate alla riscontrata carenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), non rappresenta l'affermazione di un risultato meramente "formale". Al contrario, costituisce l'esito fisiologico, pienamente congruente con le regole costituzionali in materia di tutela giurisdizionale, della valutazione in ordine alla titolarità, in capo all'attore, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce una espressa regola positiva, stabilita dal c.p.a.

In virtù dell'art. 76, comma 4, c.p.a. «Si applicano l'art. 276, secondo, quarto e quinto comma 2, del c.p.c. e gli artt. 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile».

Il richiamato art. 276, comma 2, prevede che «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».

Si tratta, del resto, di una regola di giudizio rite-

nuta pacificamente applicabile al processo amministrativo anche prima dell'entrata in vigore del c.p.a.

La pregiudizialità logica della verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso si manifesta sempre, indipendentemente dallo strumento processuale utilizzato per evidenziare la questione.

L'ordinanza del TAR Piemonte

In tale contesto normativo e giurisprudenziale si inserisce l'ordinanza del TAR Piemonte, 9 febbraio 2012 n. 208, resa in un caso di gara di appalto con due soli concorrenti, in cui il secondo classificato aveva proposto ricorso principale e l'aggiudicatario ricorso incidentale "paralizzante".

Il TAR, dopo aver compiuto una verifica istruttoria, sulla base della quale conclude che entrambi i ricorsi sarebbero fondati, sicché l'esito dovrebbe essere l'annullamento dell'intera gara, osserva che, se dovesse applicare il principio di diritto enunciato dalla Plenaria n. 4/2011, dovrebbe accogliere il ricorso incidentale e dichiarare inammissibile quello principale.

Ad avviso del TAR tale risultato non sarebbe tuttavia conforme ai principi di effettività della tutela, parità delle parti e libera concorrenza, perché brucerebbe la *chance* di vittoria del ricorrente principale in una futura gara.

Pertanto, il TAR ritiene rilevante e sottopone alla Corte di giustizia CE la seguente questione pregiudiziale: «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 decisione del Consiglio di Stato n. 3655/2011

Giova anzitutto ricordare che in una vicenda processuale immediatamente successiva alla decisione della Plenaria, le parti avevano sollevato in giudizio questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale.

Tali questioni sono state disattese da Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2011 n. 3655 sulla scorta delle seguenti considerazioni:

a) la direttiva 2007/66/CE dispone 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»;

b) sono così posti, in sintesi, i due principi: b.1) di non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto; b.2.) della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire una asserita illegittima lesione della sua posizione;

c) i principi enunciati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 non contrastano con quelli ora richiamati, essendo chiaro che un'impresa può risultare ingiustamente pregiudicata a favore di un'altra nell'ambito della procedura di gara, ovvero essere oggetto di una illegittima preclusione al ricorso, solo in quanto sia titolare di una posizione sostanziale che dà titolo a partecipare alla gara stessa, ed è perciò tutelabile in giustizia; soltanto in questo caso, infatti, si configura il presupposto della situazione di parità con un'altra impresa suscettibile di essere lesa, poiché solo chi ha una corretta posizione sostanziale che lo legittimi ad essere parte nella gara ha poi un titolo a lamentare un eventuale *deficit* di tutela giurisdizionale al riguardo. In ipotesi contraria verrebbe affermato che i suddetti principi 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 lesa rispetto ad una gara alla quale, proprio a seguito di suo ricorso, è stato accertato che non ha titolo a partecipare, e della quale, pur data tale situazione, non sussistono gli eccezionali presupposti di impugnabilità richiamati più sopra;

d) ne consegue che non si riscontra l'asserita lesione del principio della libera concorrenza; la 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. Questo titolo non sussiste, in particolare, se, nel corretto ordine logico della decisione, è accertata preliminarmente dal giudice la mancanza delle dichiarazioni dovute ai sensi dell'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, e tale inadempimento sia previsto come causa di esclusione dalla gara, con clausola che per la stazione appaltante assume valenza non soltanto formale, ma sostanziale, poiché le preclude la certezza che un soggetto suscettibile di divenire aggiudicatario sia in possesso di requisiti essenziali; la contestazione della mancanza delle medesime dichiarazioni 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; non è in contrasto con ciò la previsione delle disposizioni specifiche sui giudizi in materia di appalti pubblici da ultimo normative con il c.p.a., volte di certo, come in generale, al sindacato pieno dell'esercizio del potere amministrativo, ma nell'ambito di un giudizio soggettivo e di parti e non già del controllo oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa;

e) si è perciò concluso che non vi è la base per procedere al richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE ai sensi dell'art. 267 del TFUE (sulla mancata dichiarazione del possesso dei requisiti per la gara che comporta l'inammissibilità del ricorso, sull'interesse all'aggiudicazione dell'appalto che esclude quello alla sua rinnovazione; sulla sufficienza della dimostrata lesione della libera concorrenza per integrare la legittimazione al ricorso), perché si tratta di un caso in cui la corretta applicazione del

diritto comunitario si impone con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione processuale sollevata;

f) anche poi a prescindere dall'assorbente e preliminare circostanza che compete alla giurisdizione nazionale configurare i caratteri essenziali del processo amministrativo (tra cui quello, ricordato, soggettivo), e che le questioni pregiudiziali dell'art. 267 sono quelle semmai che afferiscono all'uniforme applicazione del diritto europeo per quel che riguarda i contratti pubblici e l'esistenza della possibilità di una tutela giurisdizionale, non circa il processo amministrativo e i suoi presupposti; e anche a prescindere dall'altrettanto assorbente e preliminare circostanza che, perché sorgano i presupposti del rinvio pregiudiziale occorre comunque che ci sia un giudizio sull'oggetto del processo e non sull'esistenza delle condizioni del processo; e considerato comunque che l'appellante ha avuto piena occasione, senza alcuna discriminazione, di tutela giurisdizionale verso la presunta violazione delle norme di gara e che non può che essere alla stessa imputata la circostanza che andava estromessa dalla gara e perciò difettava di legittimazione a ricorrere, non si rinviene 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 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. Non sussistono dunque i presupposti per dar corso alla questione pregiudiziale comunitaria dell'art. 267, comma 1: per la medesima ragione non ricorre l'ipotesi del comma 3, che comunque postula i medesimi presupposti di materia e di incertezza interpretativa perché sorga l'obbligo di rimessione.

Le criticità dell'ordinanza del TAR Piemonte

L'ordinanza del TAR Piemonte suscita alcune perplessità di ordine formale e sostanziale.

Sul piano formale, 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, tra l'altro, «riportare il contenuto delle disposizioni nazionali che possono trovare applicazione ed identificare, eventualmente, la giurisprudenza nazionale pertinente, indicando ogni volta i riferimenti precisi».

È vero che tali istruzioni non hanno carattere vincolante, però è anche vero, come esse ricordano, 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 TAR Piemonte, invece, non cita alcuna disposizione processuale nazionale, limitandosi a menzionare il principio di diritto espresso dalla Plenaria n. 4/2011.

Sul piano formale, si può dubitare della stessa ammissibilità di un rinvio pregiudiziale così formulato.

Sul piano sostanziale, poi, vanno fatti due rilievi critici.

Per il modo in cui l'ordinanza è formulata, vale a dire mediante l'omissione di puntuali riferimenti normativi e la menzione del solo principio di diritto enunciato dalla Plenaria, l'ordinanza potrebbe dare l'impressione, specialmente a soggetti estranei all'ordinamento nazionale, che il principio di diritto espresso dalla Plenaria sia vincolante per il TAR Piemonte, e che il TAR Piemonte voglia svincolarsi rinviando alla Corte di giustizia.

Ma la materia del contendere non è affatto questa.

Intanto, i principi di diritto enunciati dalla Plenaria non sono vincolanti per i TAR (come si evince da una piana lettura dell'art. 99 c.p.a.) (15).

Inoltre, la Corte di giustizia CE ha già 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 (16).

Sicché, è fuori discussione che il TAR Piemonte non avesse alcun ostacolo processuale a fare il rinvio pregiudiziale.

Il secondo rilievo critico di ordine sostanziale 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.

Il che non è perché da quanto sopra esposto si evince che la Plenaria n. 4/2011 si è attenuta al quadro processuale come risultante dal c.p.a. e dalle disposizioni del c.p.c. da esso richiamate.

Quadro processuale, si noti, è in parte diverso da quello su cui si era basata la Plenaria n. 11/2008, che aveva desunto la "libertà del giudice" nell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale dall'assenza di regole processuali puntuali.

Il vaglio del giudice comunitario, pertanto, non potrà certo svolgersi tenendo conto del breve sunto della Plenaria n. 4/2011 che ne dà l'ordinanza del TAR Piemonte.

La Corte di giustizia CE dovrà invece condurre il suo esame sulle disposizioni processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione processuale, verificando se tali regole processuali nazionali siano in contrasto con i principi comunitari di effettività della tutela, parità delle parti, libera concorrenza.

Sarà interessante verificare la posizione degli Stati membri diversi dall'Italia, che si costituiranno davanti alla Corte di giustizia CE, e come la questione controversa viene affrontata negli altri Paesi europei, alla luce delle rispettive disposizioni processuali nazionali.

Non sembra che la risposta della Corte di giustizia CE potrà essere diversa da quella che già si evince dalla stessa Plenaria n. 4/2011 e dalla successiva decisione del Consiglio di Stato n. 3655/2011, sopra riportata in sintesi.

Infatti l'effettività della tutela e la parità delle parti 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.

La giurisprudenza comunitaria ha, infatti, censurato quelle leggi nazionali che non prevedevano la possibilità, per i concorrenti non aggiudicatari, di impugnare l'aggiudicazione.

Note:

(15) Sul tema, v. S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011.

(16) Da ultimo in tal senso Corte giust. CE, 20 ottobre 2011, C-396/09, in *Foro It.*, 2011, IV, 537, con ampia nota di richiamo di altri precedenti della Corte; v. Corte giust. CE, 16 gennaio 1974, C-166/73; Corte giust. CE, 5 ottobre 2010, C-173/09.

Si ricordi la decisione Corte giust. CE, 24 giugno 2004, C-212/02 (Commissione c. Austria) ha ritenuto contraria all'art. 2, par. 1, lett. a) e b), direttiva 89/665 ed alla direttiva 92/13, una legge nazionale che non preveda una procedura di ricorso che permetta ad un concorrente in una gara d'appalto che sia stato escluso di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione; nel caso deciso la legislazione austriaca viene 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 (17).

Ma una volta che l'accesso alla giustizia sia garantito, il diritto comunitario non impinge sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e condizioni dell'azione, che non possono che appartenere alla cd. «autonomia processuale» dei diritti nazionali (18).

È sì vero che la Corte di giustizia ha riconosciuto l'accesso al ricorso a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'affidamento di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata (19).

Ma la nozione di "interesse all'affidamento di un determinato appalto pubblico" non può che implicare una verifica che tale interesse sia "legittimo" nel senso di essere fondato su ragioni legittime, e non sia un interesse di mero fatto.

E sotto tale profilo, l'interesse all'affidamento di un appalto pubblico spetta solo a chi ha tutti i requisiti per partecipare alla gara, non può spettare a chi dalla gara è stato escluso o deve essere escluso.

Pertanto, chi è stato legittimamente escluso non ha un interesse all'affidamento della gara fondato su ragioni legittime, con la conseguenza che, sul piano processuale, non ha legittimazione a contestare la gara.

Inoltre "l'interesse all'affidamento" è riferito dalla Corte di giustizia CE a un "determinato appalto pubblico", ossia allo specifico appalto di cui si discute e alla cui gara ha partecipato il soggetto che contesta l'operato della stazione appaltante.

Le direttive ricorsi 89/665/CE e 92/13/CE sembrano tutelare l'interesse all'affidamento della specifica gara di cui si discute, e non sembra si spingano a tutelare l'interesse "strumentale" a far cadere la gara specifica per conseguire l'indizione di una nuova gara, in cui hanno una remota possibilità di vittoria.

E ciò, tanto più nei casi, come quelli concreti che hanno originato il contenzioso in questione, in

cui il concorrente merita l'esclusione dalla gara per difetto di requisiti.

L'interesse "strumentale" al rinnovo della gara è di dubbia rilevanza giuridica, se solo si considera che la stazione appaltante non ha alcun obbligo di rinnovare la gara e che, come spesso accade, si trova spesso nell'impossibilità di rinnovare la gara annullata dal giudice, atteso che nelle more della durata del contenzioso, vengono persi i finanziamenti pubblici necessari, spesso ancorati al rispetto di precisi tempi procedurali.

Sicché, dare rilevanza all'interesse strumentale del concorrente privo dei requisiti di far cadere l'intera gara per poter partecipare ad una ipotetica ed eventuale nuova gara, significa privilegiare un interesse di mero fatto rispetto all'interesse pubblico e generale alla celere aggiudicazione ed esecuzione degli appalti pubblici, con un effetto di rallentamento se non di paralisi assai lesivo della libera concorrenza.

Né sembra che le citate direttive ricorsi, nell'affermare la effettività della tutela e la parità delle parti, abbiano inteso incidere sulla connotazione del processo come "processo di parti" per trasformarlo in una giurisdizione oggettiva in cui il giudice esercita un controllo generalizzato sull'operato della stazione appaltante.

Il processo di parti è retto da regole del gioco e deve essere di durata ragionevole: se viene esclusa la legittimazione al ricorso in capo al ricorrente principale, il giudice non può e non deve esaminare d'ufficio la legittimità della gara di appalto sotto altri profili.

Quest'ultimo è semmai un compito della stazione appaltante, che ben può, in via di autotutela, annullare l'intera gara se ravvisi il difetto di requisiti in capo a tutti i concorrenti.

In definitiva, i principi comunitari invocati, effettività della tutela, parità delle parti, libera concorrenza, non possono non essere coniugati con altri basilari principi che sono quelli della celere esecuzione dei pubblici appalti, della lealtà processuale, del divieto di abuso del diritto di difesa, della ragionevole durata dei processi, della connotazione dei processi diversi da quelli penali come "processi di parti".

Note:

(17) V. anche Corte giust. CE, 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel Austria AG e altri*.

(18) Sia consentito rinviare a M. Protto, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, *passim*.

(19) Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, par. 40.

Del resto sembra impensabile che il diritto comunitario possa invertire l'ormai diffusa tendenza a considerare il processo amministrativo come giudizio sul rapporto e sulla pretesa sostanziale, con riferimento alla quale proprio la regola del previo esame del ricorso incidentale rispetto a quello principale era stata indicata, molti anni orsono, da autorevole e lungimirante dottrina, come uno dei punti di partenza (20).

In conclusione, e in due battute, i principi comunitari sul processo in materia di pubblici appalti, e segnatamente i principi di parità delle parti, effettività della tutela, libera concorrenza:

a) non sembrano incidere sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione al ricorso, processo di parti, ragionevole durata del processo, esclusione di una giurisdizione di tipo oggettivo con poteri ufficiosi del giudice;

b) sembrano tutelare l'interesse all'affidamento dell'appalto in capo ai concorrenti che hanno i re-

quisiti per ottenere l'affidamento, e non anche di coloro che non hanno detti requisiti, atteso che effettività della tutela non consente comunque di abusare del diritto di difesa;

c) 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 ricorso.

Nota:

(20) G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 227.

LIBRI

COLLANA: **Le nuove frontiere della responsabilità civile**
diretta da P. G. Monateri

La responsabilità civile del notaio **Criteria di configurabilità e casistica nel mercato delle regole** di Luca Siliquini Cinelli

Il libro è dedicato allo studio del ministero notarile e dei casi di responsabilità di tipo civile in cui il notaio incorre, per il tramite del suo esercizio, ai sensi della legislazione oggi vigente e secondo le posizioni espresse dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

Il percorso seguito è quello di un'attenta e ponderata analisi delle caratteristiche proprie dell'operato del notaio, nella sua duplice veste di pubblico ufficiale e professionista, unita ad un rigoroso esame della casistica di più marcato interesse notarile.

Nello specifico vengono esaminati i seguenti argomenti:

- il **diritto dell'edilizia**, con particolare attenzione al **diritto dell'ambiente**
- il **diritto societario**
- il **diritto di famiglia**

- il **diritto delle successioni**
- il **trust**.

Gli argomenti sono esaminati e trattati attraverso lo studio e la comprensione, oltre che della disciplina di diritto comune, anche di quella specialistica, nella quale assume un ruolo di assoluta rilevanza l'art. 28 della legge notarile e, soprattutto, di quella di stampo comunitario.

Ipsoa 2011, Euro 35,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>

