

E' possibile seguire la giurisprudenza di una adunanza plenaria in contrasto con il diritto comunitario? Il C.G.A. richiede nuovamente l'intervento della Corte di Giustizia sulle tematiche del ricorso incidentale in materia di appalti

di Riccardo Rotigliano

Data di pubblicazione: 20-10-2013

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, Sezione giurisdizionale, ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848

Presidente FF de Francisco; Estensore Carlotti

1. Si rimettono alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni interpretative:

1- 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 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 giudizio amministrativo, di guisa che la res controversa risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese;

2- 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; e, in particolare,

- se la Sezione o il Collegio del Consiglio di 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 del Consiglio di Stato possano, o piuttosto 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'Unione europea;

- se – nell'ipotesi in cui la risposta alla domanda posta nel precedente alinea fosse nel senso di riconoscere a ogni Sezione e Collegio del Consiglio di 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 del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea 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'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla CGUE;

- se, infine, un'esegesi del sistema processuale amministrativo della Repubblica italiana nel senso di 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 – 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 (nella specie: sull'art. 99, comma 3, del c.p.a. della Repubblica italiana).

REPUBBLICA ITALIANA

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 248 del 2013, proposto da:

PFE s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Umberto Ilardo, con domicilio eletto presso Nino Bullaro in Palermo, via Leonardo da Vinci, n. 94;

contro

Airgest s.p.a. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Trapani-Birgi;

nei confronti di

Gestione Servizi Ambientali s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Gentile, Fulvio Ingaglio La Vecchia, con domicilio eletto presso l'avv. Fulvio Ingaglio La Vecchia in Palermo, via Francesco Laurana, n. 3; Zenith Service Group s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del TAR SICILIA - PALERMO: Sezione I, n. 00351/2013, resa tra le parti, concernente appalto servizio di pulizia e manutenzione aree verdi dell'aeroporto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 79, comma 1, cod. proc. amm.;

Viste le "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2012/C 338/01; d'ora in poi anche "Raccomandazioni") della Corte di giustizia dell'Unione europea (nel prosieguo: CGUE);

Visti gli artt. 19, par. 3, lett. b), del Trattato sull'Unione europea (TUE) e 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

Visti lo Statuto e il regolamento di procedura della CGUE;

Visto l'art. 79, comma 1, del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, allegato 1 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), recante il Codice del processo amministrativo (c.p.a.);

Vista la sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 847 del 15 ottobre 2013;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2013 il Cons. Gabriele Carlotti e uditi, per le parti, gli avvocati U. Ilardo, D. Gentile e F. Ingaglio La Vecchia;

A) Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.

A1. - La PFE s.p.a. (in seguito: PFE) ha impugnato in parte la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (T.a.r.), sede di Palermo, ha accolto sia il ricorso principale proposto in primo grado dall'odierna appellante sia quello incidentale interposto dalle imprese, Gestione Servizi Ambientali s.r.l. (GSA) e Zenith Service Group s.r.l. (Zenith), in proprio e nelle rispettive qualità di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento.

A2. - Con il primitivo ricorso la PFE propose,

a) una domanda di annullamento, tra gli altri, dei seguenti atti:

- tutti i verbali di gara, pubblici e riservati, relativi alla procedura aperta, indetta dall'Airgest s.p.a., società di gestione dell'Aeroporto civile di Trapani Birgi (Airgest), avente ad oggetto "l'Affidamento del servizio di pulizia e manutenzione aree verdi presso l'aeroporto civile V. Florio di Trapani Birgi", per un periodo di tre anni, nella parte in cui era stata ammessa in gara la costituenda ATI tra le imprese GSA (capogruppo) e la Zenith (mandante), nonché nella parte in cui era stata disposta l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della stessa ATI (classificatasi prima, con 98,630 punti, avanti alla PFE, quest'ultima con il punteggio di 93,290);

- il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'associazione temporanea di imprese (ATI) tra la GSA e la Zenith, adottato in data 22 maggio 2012, prot. int. n.602/12, comunicato alla PFE, a mezzo telefax, in data 23 maggio 2012;

b) in via consequenziale, una domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto;

c) in via subordinata, una domanda di risarcimento, per equivalente, del danno subito.

A3. - Il ricorso incidentale delle imprese controinteressate fu, a sua volta, rivolto contro:

- i verbali della medesima procedura di evidenza pubblica, ma nella parte in cui con detti atti era stata ammessa alla gara la PFE e ne era stata valutata l'offerta tecnica ed economica;
- la graduatoria di gara e della relativa approvazione, nella parte in cui la PFE risultava inserita in graduatoria.

A4. – In secondo grado si è costituita per resistere all'impugnazione la GSA, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento costituendo con la Zenith: in particolare, la GSA ha depositato un controricorso e ha interposto un autonomo appello incidentale avverso la medesima sentenza impugnata dalla PFE. L'Airgest, invece, non si è costituita in giudizio.

A5. - All'udienza pubblica del 26 settembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione. Questo Consiglio, con sentenza non definitiva n. 847/2013, deliberata in pari data, ha respinto l'appello proposto da PFE nella parte di esso recante la censura della sentenza gravata per non aver il T.a.r. dichiarato l'improcedibilità del ricorso incidentale – interposto in primo grado dalla GSA - per mancata impugnativa dell'aggiudicazione definitiva.

A6. - Per obbligo di concisione (v. il punto 22 delle Raccomandazioni) il Collegio ritiene di potersi astenere dal richiamare, in questa sede, tutto il materiale cognitorio e decisorio devoluto in secondo grado e di dover invece riferire dei soli profili della controversia per la cui decisione si è ravvisata la necessità di formulare una domanda di rinvio pregiudiziale. In ogni caso, onde corrispondere a eventuali esigenze conoscitive della CGUE circa altri aspetti della lite, si dispone che la sunnominata sentenza non definitiva sia inclusa tra la documentazione da inviare alla Corte.

A7. – Ai fini del rinvio pregiudiziale è sufficiente segnalare quanto segue:

- la PFE adì il T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo, onde ottenere l'annullamento dei provvedimenti sopra indicati;
- l'ATI GSA/Zenith replicò alle censure avversarie e propose un ricorso incidentale, cd. "escludente" o "paralizzante", mirante cioè a contestare l'omessa esclusione dalla gara della PFE e, quindi, diretto a far valere il conseguente difetto di interesse della suddetta PFE alla coltivazione dell'impugnativa; ciò in considerazione del fatto che, nell'ordinamento italiano, il giudizio amministrativo assume tipicamente le caratteristiche di un puro processo di parti, e non già di diritto oggettivo, di guisa che l'interesse a ricorrere – al quale deve sempre corrispondere una correlativa utilità pratica unicamente realizzabile per via giurisdizionale - costituisce un'indefettibile requisito per la proposizione e la prosecuzione di qualunque azione;
- con la sentenza impugnata il T.a.r. accolse entrambe le impugnative, principale e incidentale, così espressamente disattendendo i principi enunciati al riguardo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 7 aprile 2011 (in seguito anche: sentenza n. 4/2011), in tema di priorità dell'esame del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale;

- con l'appello principale la PFE è insorta contro la sunnominata sentenza del T.a.r. nelle parti recanti statuizioni in ordine a) al rigetto dell'eccezione preliminare di inammissibilità o di improcedibilità del ricorso incidentale della GSA, b) all'accoglimento dei due motivi del medesimo ricorso incidentale e c) al rigetto della domanda risarcitoria, sia in forma specifica sia per equivalente, nonché delle ulteriori e consequenziali domande formulate in prime cure;

– con l'appello incidentale la GSA ha impugnato la medesima sentenza gravata dalla PFE, ma nella parte in cui il Primo Giudice ha definito l'ordine di esame dei ricorsi, principale e incidentale, in violazione dei principi enunciati dalla suddetta pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e, in via subordinata, nella parte in cui il T.a.r. ha accolto il primo dei motivi del ricorso proposto in primo grado dalla PFE;

- in particolare, con il primo motivo dell'appello incidentale, la GSA ha dedotto la sussistenza di un *error in iudicando* per aver il T.a.r. ritenuto comunque necessaria, nonostante la proposizione di un ricorso incidentale di natura escludente, la disamina anche dei motivi del ricorso principale, giacché - qualora fossero stati rispettati i principi affermati dalla sentenza n. 4/2011 – il Tribunale, una volta accolto il ricorso incidentale della GSA, avrebbe dovuto conseguentemente dichiarare inammissibile quello proposto in via principale dalla PFE, consentendo così alla GSA di vincere la causa e di conservare in tal modo l'utilità rinveniente dall'aggiudicazione della gara;

- con le ultime memorie depositate in appello le parti hanno ribadito le rispettive posizioni e, in dettaglio, la GSA ha affrontato il tema dell'applicabilità, o no, al caso di specie dei principi dichiarati dalla CGUE con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12; inoltre, riguardo alla sorte della gara in contestazione, entrambe le imprese in lite hanno allegato che, successivamente alla pubblicazione della sentenza del T.a.r. oggetto di gravame, la stazione appaltante dapprima escluse dalla procedura sia la PFE sia l'ATI GSA e poi, una volta fatta scorrere la graduatoria, l'Airgest escluse altresì tutte le altre imprese ammesse per inidoneità delle rispettive offerte, poiché tutte carenti del requisito rappresentato dalla specifica indicazione dei costi per la sicurezza;

- in effetti, con lettera di invito, inviata dall'Airgest a norma dell'art. 125, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, risulta esser stata indetta una procedura negoziata mediante cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di pulizia dell'aeroporto civile "V. Florio" di Trapani-Birgi e di manutenzione delle aree verdi, della durata di tre mesi, prorogabili di ulteriori tre mesi; nel preambolo di siffatta lettera di invito si dà conto dell'intervenuta esclusione di tutte le offerte presentate nell'ambito della procedura aperta al centro del contendere e anche si subordina risolutivamente l'efficacia della gara e dei relativi esiti all'eventuale riforma, da parte di questo Consiglio, dell'impugnata sentenza del T.a.r.;

- come già riferito, con la sentenza non definitiva, n. 847/2013, questo Consiglio ha respinto in parte l'appello principale proposto da PFE; inoltre si è comunicata alle parti la decisione di disporre, con separato provvedimento, un rinvio pregiudiziale alla CGUE onde ottenere un'interpretazione del diritto eurounitario.

B) Contenuto delle pertinenti disposizioni eurounitarie e nazionali, nonché della pertinente

giurisprudenza della CGUE e del Consiglio di Stato.

B1. - Le disposizioni eurounitarie rilevanti ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), sono le seguenti:

- art. 1, parr. 1 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:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, 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.

[...]

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»;

- art. 267 del TFUE, nella versione in vigore dal 1° dicembre 2009:

«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.»;

- art. 47, parr. 1 e 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale":

«Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.»;

- art. 6, par. 1, comma 1, TUE, nella versione in vigore dal 1° dicembre 2009:

«1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.»;

- art. 19, par. 1, TUE, nella versione in vigore dal 1° dicembre 2009:

«1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati.

Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.».

B2. - Le disposizioni interne, della Repubblica italiana, rilevanti ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), sono le seguenti:

- art. 111, ultimo comma, della Costituzione della Repubblica italiana: *«Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso per cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti la giurisdizione.»;*

- art. 99, commi 3 e 4, c.p.a., rubricato "Deferimento all'adunanza plenaria":

«3. 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.

4. 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.»;

- art. 1, comma 2, del D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato).

«2. Il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono sezioni staccate del Consiglio di Stato.».

B3. - La sentenza della CGUE, rilevante ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), è la seguente: CGUE, decima sezione, 4 luglio 2013, in causa C-100/12.

B4. - La sentenza del Consiglio di Stato, rilevante ai fini del presente rinvio pregiudiziale, per le ragioni che saranno illustrate nella successiva sezione C), è la seguente: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, del 7 aprile 2011, n. 4

C) Motivi del rinvio pregiudiziale: oggetto e rilevanza.

C1. - Con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta alla Corte dal T.a.r. per il Piemonte con decisione del 25 gennaio 2012, la CGUE ha conclusivamente dichiarato che: *«L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, 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 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 conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.».*

C2. - Con la sunnominata sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12 ha, in particolare, verificato la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della regola stabilita dalla ridetta sentenza n. 4/2011 (il cui contenuto non si riassume poiché già conosciuto ed esaminato dalla CGUE) con la quale si è, in sostanza, imposto - per le ragioni che saranno di seguito spiegate - alle Sezioni e ai Collegi del Consiglio di Stato, chiamati a pronunciarsi sugli appelli avverso sentenze pronunciate dai T.a.r., di attenersi al principio di diritto secondo cui, nei processi di

primo grado in cui siano stati proposti sia un ricorso principale sia uno incidentale escludente, l'ordine di esame delle impugnative da parte dei T.a.r. debba essere nel senso di riservare prioritario esame al ricorso incidentale escludente e, in caso di accertata fondatezza di quest'ultimo, di dichiarare improcedibile il ricorso principale (per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione, appunto in conseguenza dell'accoglimento di detto ricorso incidentale), senza valutarne il merito.

C3. - Dalla lettura del tenore della questione pregiudiziale rimessa dal T.a.r. per il Piemonte e dei punti 31, 32 e 33 della motivazione della sentenza della CGUE del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, si evince che la fattispecie concreta, in relazione alla quale è stata resa la dichiarazione riportata nel precedente §. C1, riguardava un caso in cui i concorrenti rimasti in gara erano soltanto due e coincidevano dal punto di vista soggettivo, rispettivamente, con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario-ricorrente incidentale, aventi ciascuno di mira, in maniera speculare, il risultato di ottenere in via giurisdizionale l'esclusione l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta. In tale ipotesi è evidente che, in caso di accoglimento di ambo le contrapposte impugnazioni, la sentenza realizza l'azzeramento della gara che – ove ribadita – consente ad entrambe le parti, come ad ogni altro operatore del settore, di avere l'ulteriore *chance* di poter ripresentare domanda per la partecipazione alla nuova gara.

C4. - Nel caso che occupa questo Consiglio la fattispecie concreta è almeno in parte differente da quella testé descritta, poiché le imprese ammesse a partecipare alla procedura della cui legittimità si controverte furono più di due; nondimeno, dal punto di vista processuale e sostanziale - in disparte i distinti profili che sorreggono le reciproche censure di pretesa illegittimità delle rispettive ammissioni alla gara delle due imprese in lite (non essendo stata contestata, nel caso che occupa il Collegio, la conformità delle offerte alle specifiche tecniche, ma unicamente la validità delle dichiarazioni relative al possesso di taluni requisiti generale previsti dalla legge italiana per la partecipazione a procedure di affidamento di appalti pubblici) - anche il presente contenzioso vede contrapposte, come segnalato, soltanto due imprese, la PFE e la GSA: ed invero, soltanto dette imprese hanno proposto ricorsi (principali e incidentali) nel primo e nel secondo grado del giudizio e, per quanto consta a questo Consiglio, nessuna delle altre imprese, successivamente escluse dalla gara, hanno contestato in sede amministrativa o giurisdizionale siffatta esclusione. Inoltre, come riferito nella superiore narrativa del fatto, la stazione appaltante, intervenuta la pubblicazione della gravata sentenza del T.a.r. per la Sicilia, ha escluso tutte le imprese che presero parte alla gara. In forza delle riferite circostanze, il presente giudizio ha ad oggetto, a ben vedere, soltanto le reciproche contestazioni di due imprese, la PFE e la GSA, le quali – uniche tra tutte quelle originariamente ammesse alla procedura di affidamento – conservano un interesse, processualmente tutelabile, alla decisione in ordine alla legittimità della gara.

C5. - Alla stregua di tutto quanto fin qui osservato, questo Consiglio, avanti al quale è stato evocato il principio di diritto dell'Unione europea sancito dalla CGUE nella sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, si interroga, e ritiene di essere obbligato a rivolgere l'interrogativo alla CGUE, se il suddetto principio di diritto dichiarato dalla CGUE possa o debba ritenersi applicabile – in disparte il non rilevante profilo dei motivi di diritto per i quali la PFE e la GSA ritengono, specularmente, che la rispettiva controparte dovesse essere esclusa

dalla gara – anche al caso sopra descritto sub A, ossia se la situazione che si è venuta a determinare nella vicenda oggetto della presente controversia sia sostanzialmente assimilabile, in ragione del concreto isomorfismo che si ravvisa nei termini sopra spiegati, a quella in relazione alla quale è stata pronunciata la sentenza della CGUE del 4 luglio 2013, in causa C-100/12 (il quesito è meglio precisato, *infra*, sub D1). Infatti, nel caso odiernamente in esame, parrebbe ipotizzabile – proprio in quanto tutte le altre imprese partecipanti alla gara ne sono state escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati e ormai inoppugnabili – che l'interesse processuale delle due parti ora in causa si atteggi nel medesimo modo che se tali due parti fossero state le uniche a partecipare alla gara (com'era nel caso che fu deciso dalla citata sentenza di codesta C.G.U.E.): sicché entrambe le parti potrebbero avere interesse all'accoglimento (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.

C6. - Non a caso questo Consiglio ha prudenzialmente asserito, nel precedente §. C5, di ritenere di dover sottoporre alla CGUE la sopra indicata questione pregiudiziale, posto che tale doverosità del rinvio (nelle ipotesi in cui, ovviamente, ricorrano le condizioni richiamate anche nel punto 12 delle Raccomandazioni), in virtù delle regole che attualmente governano il processo amministrativo di appello, non è prevista e, anzi, potrebbe apparire vietata, quanto meno nei sensi della possibilità di instaurare una diretta relazione tra il giudice amministrativo di ultima istanza (Sezione del Consiglio di Stato tabellarmente competente per la trattazione della causa) e la CGUE.

C7. - Onde chiarire il senso di quanto testé affermato, occorre muovere dalla considerazione che, secondo il diritto giurisprudenziale amministrativo italiano, pure al caso concreto oggetto del presente giudizio, al pari di quello già deciso dalla CGUE con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, dovrebbero applicarsi i principi di diritto enunciati dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4/2011. Sennonché, mentre per la fattispecie sottoposta al vaglio del T.a.r. per il Piemonte, è per l'appunto intervenuta la decisione della CGUE, nella vicenda al centro del contenzioso instaurato avanti a questo Consiglio difetta una pronuncia analoga né può con certezza reputarsi, stante quanto sopra considerato dubitativamente sub C4 e C5., che, nonostante la presenza di forti somiglianze tra le due cause, i principi stabiliti dalla CGUE nel precedente citato siano automaticamente trapiantabili anche nel presente contenzioso; al contempo è evidente come la soluzione della questione dell'applicabilità, o no, di detti principi nel caso in esame sia fondamentale per le sorti del giudizio, incidendo sensibilmente sull'esito della controversia.

C8. - Tanto premesso, va tuttavia osservato che la situazione appena descritta, risultando ad essa residualmente applicabile (a cagione della diversità della fattispecie concreta) la *regula iuris* dettata dalla sentenza n. 4/2011, imporrebbe a questo Consiglio – in forza della vincolatività del precetto recato dall'art. 99, comma 3, c.p.a., che obbliga a conformarsi al principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ovvero, come unica alternativa, a rimettere a quest'ultima la decisione della causa – di astenersi dal rinviare direttamente la questione sopra esposta alla CGUE e ciò nonostante questo Consiglio sia a tutti gli effetti un giudice di ultima istanza delle controversie amministrative.

C9. - L'ultima affermazione merita un precisazione. Il punto 12 delle Raccomandazioni ricorda, tra l'altro, ai giudici nazionali che, a norma dell'art. 267 TFUE, le Corti di ultima istanza sono tenute a proporre alla CGUE una domanda di pronuncia pregiudiziale. Orbene, non vi è dubbio che, secondo il diritto della Repubblica italiana, il Consiglio di Stato sia giudice di ultima istanza delle controversie appartenenti alla giurisdizione amministrativa. Vero è che contro le decisioni del Consiglio di Stato l'ordinamento interno ammette la possibilità di ricorrere alla Corte suprema di cassazione, ma tale mezzo di impugnazione – per espresso dettato costituzionale (art. 111, ultimo comma, Cost.) – non potrà mai riguardare la cognizione della *res litigiosa*, dovendo invece rimanere circoscritto ai soli profili di corretto riparto del contenzioso tra le varie giurisdizioni italiane (civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria, delle acque, ecc.). In altre parole, la Corte suprema di cassazione può verificare “se” il Consiglio di Stato abbia potestà di decidere una determinata controversia, ma non anche di stabilire “come” il Consiglio di Stato debba decidere la causa, con il che il Consiglio di Stato è sicuramente giudice di ultima istanza del merito delle liti amministrative e in tal senso è anche la giurisprudenza della CGUE.

C10. - Ora, se il Consiglio di Stato è giudice di ultima istanza, tale è anche questo Consiglio, poiché così espressamente stabilisce l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 che configura le due sezioni di cui si compone questo Consiglio alla stregua di altrettante sezioni, sebbene staccate, del Consiglio di Stato.

C11. - Al pari di ogni altro giudice di ultima istanza, dunque, questo Consiglio dovrebbe poter domandare alla CGUE una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea; senonché tale potestà in talune ipotesi, e tra queste quella che viene in rilievo nel presente giudizio, parrebbe non essere direttamente esercitabile; e ciò appunto in ragione della vigenza di una norma processuale, l'art. 99, comma 3, c.p.a., che obbliga tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato ad applicare, ai fini del decidere sul rito e sul merito delle controversie amministrative, i principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, fatta salva la facoltà di rimettere le questioni alla stessa Adunanza Plenaria (onde sollecitarne un *revirement* solo eventuale) quando la Sezione o il Collegio intendano da detti principi discostarsi.

Va osservato che l'art. 99, comma 3, c.p.a. è sorretto da una *ratio legis* in astratto meritoria, atteso che il Legislatore interno ha ritenuto di poter accrescere in tal modo, attraverso cioè il rafforzamento del potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle materie appartenenti alla giurisdizione amministrativa, la certezza del diritto “giurisprudenziale” interno; tuttavia, ad avviso di questo Consiglio, siffatto vincolo procedurale, qualora riferito anche alle questioni di diritto eurounitario, finisce per entrare in conflitto con più di un principio dell'ordinamento sovranazionale e, principalmente, con la riserva dell'interpretazione del diritto dell'Unione europea al magistero della CGUE e con il correlato e sinergico obbligo di rinvio pregiudiziale gravante su tutti i giudici di ultima istanza degli Stati membri (solo per completezza argomentativa, va peraltro segnalato in via incidentale che l'art. 99, comma 3, c.p.a. tende ad orientare l'evoluzione del diritto processuale amministrativo italiano verso un modello di “*common law*”, incentrato sulla regola dello “*stare decisis*”, che pure confligge con il primato del diritto scritto, su quello di creazione giurisprudenziale, stabilito chiaramente dall'art. 100, primo comma, della Costituzione della Repubblica italiana, secondo

cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, fatta salva la primazia del diritto dell'Unione, a garanzia della loro indipendenza e quale corollario della separazione dei poteri; l'esame della questione costituzionale interna è però necessariamente postergato alla prodromica soluzione di quella eurounitaria).

C12. - Onde chiarire quanto appena osservato, è d'uopo illustrare con un esempio come operi, nel caso di specie, il vincolo procedurale derivante dall'art. 99, comma 3, c.p.a. Innanzitutto, non può revocarsi in dubbio che l'oggetto del presente giudizio investa una materia, cioè quella delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, che promana direttamente dall'ordinamento dell'Unione europea. Si è però sopra chiarito che la fattispecie in esame ricade, ancora, nell'alveo applicativo del principio dettato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4/2011; pertanto, a questo Consiglio si pone la seguente alternativa: o questo Consiglio, ignorando la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12 e i connessi dubbi sopra esternati in ordine alla possibile applicabilità nella fattispecie dei principi in quella sentenza affermati, opta per la decisione della controversia seguendo acriticamente la regola del prioritario scrutinio del ricorso incidentale (rischiando però in tal modo di violare il diritto dell'Unione europea) oppure questo Consiglio, ritenendo che pure nel caso di specie possano attagliarsi i principi enunciati nella ridetta sentenza della CGUE, applica l'art. 99, comma 3, c.p.a. e, per l'effetto, rimette la questione dell'applicabilità alla vicenda in esame dei principi dettati dalla sentenza n. 4/2011 all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, segnalandone il parziale contrasto con quelli ricavabili dalla sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12.

C13. - In ogni caso, ad avviso di questo Collegio, la situazione appena descritta collide sotto vari profili con il diritto dell'Unione, giacché:

- nel primo caso, si indeboliscono i fondamentali canoni del primato e del massimo effetto utile del diritto dell'Unione europea;

- nel secondo caso si limita sensibilmente la potestà, riconosciuta dal diritto dell'Unione europea a ogni giudice di ultima istanza degli ordinamenti degli Stati membri, di sottoporre in via diretta alla CGUE domande di pronunce pregiudiziali, atteso che tale potestà viene, nei fatti, ad esser concentrata nella sola Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, almeno ogniqualevolta essa abbia affermato principi di diritto, sì vincolanti per le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, ma non compatibili con quelli vigenti nell'Unione europea e dichiarati dalla CGUE;

- a quanto appena considerato, va altresì aggiunto che siffatta obbligatoria intermediazione del rapporto tra giudici amministrativi di ultima istanza e CGUE, attraverso la previsione di un vincolo procedurale rappresentato dalla preventiva sollecitazione di una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per un verso, incrina la riserva della CGUE sull'interpretazione del diritto dell'Unione (dal momento che il "filtro" sui rinvii pregiudiziali esercitato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato comunque esplica una funzione deflattiva e disincentivante delle relative domande e, in più, potrebbe anche non condurre ad alcun rinvio pregiudiziale, potendo ritenere l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'esercizio della sua autonoma discrezionalità giurisdizionale, che talune questioni non

meritino un vaglio incidentale della CGUE); per altro verso, infine, il “passaggio obbligato” della rimessione a norma dell’art. 99, comma 3, c.p.a. infirma anche il primato del diritto dell’Unione europea, almeno nella misura in cui il magistero nomofilattico dell’Adunanza Plenaria, sicuramente utile nella prospettiva di una maggiore certezza e unità dell’esegesi del diritto amministrativo nazionale, interferisca e finisca per imporsi sul magistero della CGUE nelle materie disciplinate dal diritto dell’Unione europea; infine, sotto un ultimo aspetto, il meccanismo disciplinato dall’art. 99, comma 3, c.p.a. incide anche negativamente sulla durata ragionevole del processo, che costituisce un valore tutelato dal diritto dell’Unione europea (v. gli artt. 6 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonché l’art. 1, par. 1, comma 3, della direttiva 89/665/CEE), atteso che – anche a voler prescindere da ogni altra considerazione – detto “passaggio obbligato” allunga notevolmente i tempi di un giudizio, dovendosi aggiungersi a quelli indispensabili per la definizione del rinvio pregiudiziale anche quelli della rimessione all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affinché essa proponga, eventualmente, la domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE.

C14. - Per tutte le ragioni sopra spiegate questo Consiglio dubita della compatibilità eurounitaria dell’art. 99, comma 3, c.p.a., qualora detta disposizione debba applicarsi anche in controversie che siano disciplinate dal diritto dell’Unione europea (o dal diritto interno che costituisca recepimento di quello sovranazionale) e nella misura in cui l’applicazione di detta disposizione si traduca, nei modi sopra illustrati, in un ostacolo al pieno esercizio della potestà di ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato, in quanto giudice di ultima istanza, di rinviare pregiudizialmente una questione alla CGUE; ovvero, e altresì, in un ostacolo al pieno esercizio della potestà di ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato, in quanto giudice di ultima istanza, di applicare direttamente, quale giudice comune del diritto dell’Unione europea, i principi del diritto euro unitario, per come declinati dalla CGUE, in guisa da assicurarne il maggiore (e più sollecito) “effetto utile”. I dubbi appena esposti sono condensati nell’articolato quesito di seguito declinato sub D2 e al quale ci si riporta.

D) Formulazione dei quesiti.

D1. - 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;

D2. - 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; e, in particolare,

- se la Sezione o il Collegio del Consiglio di 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 del Consiglio di Stato possano, o piuttosto 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'Unione europea;

- se – nell'ipotesi in cui la risposta alla domanda posta nel precedente alinea fosse nel senso di riconoscere a ogni Sezione e Collegio del Consiglio di 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 del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea 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'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla CGUE;

- se, infine, un'esegesi del sistema processuale amministrativo della Repubblica italiana nel senso di 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 – 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 (nella specie: sull'art. 99, comma 3, del c.p.a. della Repubblica italiana).

E) Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria.

E1. - In conclusione, si rimettono all'esame della CGUE le sopra esposte questioni di corretta interpretazione del diritto eurounitario.

E2. - Ai sensi delle Raccomandazioni si dispone che la segreteria di questo Consiglio trasmetta alla cancelleria della Corte, all'indirizzo di Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925

Lussemburgo, mediante plico raccomandato in copia i seguenti atti, debitamente numerati e preceduti da indice, ritenuti necessari e sufficienti alla decisione delle questioni di rinvio pregiudiziale sopra indicate:

- 1) gli atti di appello proposti dalla PFE e dalla GSA;
- 2) i ricorsi proposti in primo grado dalla PFE e dalla GSA;
- 5) la sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo, indicata in epigrafe;
- 6) la lettera di invito, inviata dall'Airgest a norma dell'art. 125, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006;
- 7) la sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 847 del 15 ottobre 2013;
- 8) la sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, del 7 aprile 2011, n. 4;
- 9) l'art. 111 Cost., nel testo integrale;
- 10) l'art. 99 c.p.a., nel testo integrale;
- 11) l'art. 1 del D.Lgs. n. 373/2003, nel testo integrale.

E3. – Visto l'art. 79 c.p.a. e il punto 29 delle Raccomandazioni, il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva, una volta ricevuta la notificazione della decisione emessa dalla CGUE (v. il punto 34 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dispone:

- 1) a cura della segreteria, la trasmissione alla Corte di giustizia dell'Unione europea della presente ordinanza e di copia degli atti sopra indicati, con le modalità di cui in motivazione;
- 2) la sospensione del presente giudizio fino alla notificazione a questo Consiglio, da parte della cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte;
- 3) che rimanga riservata alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese del giudizio.

Manda la Segreteria per gli altri adempimenti di legge.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2013 con l'intervento

dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente FF

Gabriele Carlotti, Consigliere, Estensore

Silvia La Guardia, Consigliere

Pietro Ciani, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

L'ordinanza che si annota rimette alla Corte di Giustizia alcune importanti questioni interpretative circa la compatibilità col diritto comunitario di alcune norme processuali dell'ordinamento processuale domestico. Si tratta, in particolare, della *vexata quaestio* del rapporto tra ricorso principale e incidentale e dei limiti alla funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria nel caso in cui la Sezione semplice di Palazzo Spada dubita della legittimità comunitaria del principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria.

I PERCORSI ARGOMENTATIVI

L'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana segue, a distanza di pochi mesi, le ordinanze con le quali alcune sezioni giurisdizionali del Consiglio di

Stato (la III e la VI) hanno rimesso all'Adunanza Plenaria la questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. paralizzante. Questione sulla quale la stessa Adunanza Plenaria si era già pronunciata – con parole che sembravano definitive – già nel 2011 (sentenza n. 4/11), affermando (diversamente da quanto in precedenza ritenuto: vedi Ad. Pl., n. 11/08) la natura pregiudiziale dell'esame del ricorso incidentale, posto che il suo accoglimento incide, facendola venire meno, sulla *legitimitas ad causam* del ricorrente principale.

L'ordinanza segue altresì la recente sentenza *Fastweb* (Corte di Giustizia, 4 luglio 2103, causa C-100/12) con la quale, sia pure con riferimento (esplicito nell'ordinanza di rimessione del Tar Piemonte; implicito nella sentenza comunitaria) all'ipotesi in cui le uniche due imprese ammesse siano le sole due parti private che si oppongono l'una all'altra nel giudizio, è stata affermata la contrarietà al diritto comunitario del principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria nel 2011.

Il giudice di appello siciliano prende atto della sentenza comunitaria, chiedendo alla Corte lussemburghese di conoscere se il principio affermato in quell'occasione ("*L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, 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 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 conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale*") valga non solo nel caso (scrutinato dal giudice remittente di quel giudizio) in cui le due uniche offerte presentate siano quelle del ricorrente principale e di quello incidentale, ma anche nel caso (al vaglio del Consiglio di Giustizia) in cui vi siano sì altre offerte (diverse dalle due dei contraddittori), ma siano state successivamente escluse con provvedimenti non impugnati in sede giurisdizionale.

La seconda questione interpretativa sollevata con l'ordinanza che si annota riguarda un aspetto di portata ben più ampia. Si chiede, infatti, di conoscere se il diritto sovranazionale, nell'assegnare (art. 267 TFUE) in via esclusiva alla Corte di Giustizia il compito di interpretare il diritto comunitario e la conformità ad esso del diritto interno, osti ad una norma processuale, quale l'art. 99, co. 3, c.p.a., che obbliga la sezione semplice del Consiglio di Stato (giudice di ultima istanza e come tale obbligato a sollevare la questione interpretativa innanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE) a rimettere la decisione del ricorso all'Adunanza Plenaria nel caso in cui non ne condivida la giurisprudenza, anche quando l'orientamento dell'Adunanza Plenaria appaia in conflitto col diritto dell'Unione Europea. In particolare, il Giudice di appello siciliano chiede di conoscere se, in questi casi (sospetta illegittimità

comunitaria del principio espresso dell'Adunanza Plenaria), la Sezione giurisdizionale – come, invero, fatto mercé la proposizione del primo quesito, sia pure sotto l'usbergo del dubbio interpretativo circa la portata della sentenza comunitaria del luglio scorso – possa adire direttamente la Corte di Giustizia, ovvero debba necessariamente investire della questione l'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, co. 3, c.p.a. (sperando che anche l'Adunanza Plenaria condivida il dubbio). E se, nel caso in cui il Giudice comunitario faccia propria la prima opzione (rimessione diretta della questione interpretativa da parte della Sezione), la Sezione semplice possa dare immediata applicazione al principio espresso dalla Corte di Giustizia anche nel caso in cui esso sia di segno contrario a quello fatto proprio dall'Adunanza Plenaria, ovvero se, in questo caso, debba rimettere la questione al Supremo Consesso ai sensi della ridetta norma codicistica.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'ordinanza in commento si insinua nel solco delle più recenti pronunce del Giudice domestico e di quello europeo: sia delle ordinanze che sollecitano l'Adunanza Plenaria ad un ripensamento del proprio *dictum* del 2011, sia della sentenza del 4 luglio 2013, con la quale la Corte di Giustizia ha sconfessato il principio affermato dall'Adunanza Plenaria nel 2013 (n. 4), almeno nel caso in cui gli unici due concorrenti alla procedura di gara siano i ricorrenti (principale e incidentale).

La decisione della Corte di Giustizia arriverà con ogni probabilità in epoca successiva alla nuova pronuncia dell'Adunanza Plenaria e non si può escludere un contrasto tra i due plessi giurisdizionali, almeno nel caso in cui il Supremo Consesso di Palazzo Spada dovesse ribadire (specie se con gli stessi accenti di generalità, *id est* anche nel caso di due sole imprese ammesse alla procedura) il principio già espresso nel 2011. In tale evenienza, peraltro, non vi sarebbe altra via, per il Giudice nazionale, della rimessione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia, stante il palese contrasto che si determinerebbe tra l'orientamento del Giudice nazionale quello già espresso dalla Corte di Giustizia nel luglio scorso.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

V. Carbone, *Appalti pubblici ed esame del ricorso principale e incidentale: un rilevante contrasto interpretativo che merita un ampio inquadramento sistematico*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Ed. Dike, n. 4/2013.

F. Caringella, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Ed. Dike, pp. 610 ss..

F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo – V Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2013.

C. Varrone, *Il Consiglio di Stato sull'esame pregiudiziale del ricorso incidentale nelle procedure di evidenza pubblica: presupposti e limiti*, in questa Rivista.

R. Caponigro, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

M. Giustiniani, *Il potenziamento delle impugnazioni incidentali e la dequotazione dell'interesse strumentale: interesse al ricorso o interesse alla deflazione dei ricorsi?*, Nota ad Adunanza Plenaria, Cons. di Stato n. 4/2011, in *Il diritto per i concorsi*, Ed. Dike, n. 6/2011.

V. Caianiello, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Torino, 2003, pp. 690 ss..

R. Villata, *Annotando gli annotatori*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 3/11.

G. Pellegrino, *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*. Nota a Cons. di Stato, Sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811, in www.giustizia-amministrativa.it.

R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 1 bis legge n.287/1990*, in www.giustamm.it, ottobre, 2012.

M. Proto, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario* in www.giustizia-amministrativa.it.

M. Nunziata, *Tassatività delle cause di esclusione, ambito di applicazione del soccorso istruttorio, legittimazione al ricorso dell'impresa esclusa e rapporto tra ricorso principale e incidentale: tutte questioni rimesse all'Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 17 maggio 2013, n. 2681*, in questa Rivista.

M. Giustiniani, *Tentativi di riquotazione del ricorso principale nei confronti dell'incidentale in materia di appalti pubblici. Tar Sicilia, Palermo, Sezione I, 14 febbraio 2013, n. 351*, in questa Rivista.

F. Calzetta, *La Corte di Giustizia U.E. boccia il ricorso incidentale escludente. Corte di giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12*, in questa Rivista.

D. Archiletti, *La priorità logica del ricorso incidentale di nuovo rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria in un complesso caso di social housing. Consiglio di Stato, Sezione V, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2059*, in questa Rivista.

S. Saba, *Il Consiglio di Stato riafferma la priorità della trattazione del ricorso incidentale su quello principale e detta gli 'obblighi' delle mandanti cooptate. Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 14 novembre 2012 n. 5749*, in questa Rivista.

G. Pellegrino, *I rapporti fra ricorso principale e incidentale*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Ed. Dike, n. 1/2012.

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, 151.

A. Dorigo – F. Moschella, *Esame congiunto dei ricorsi principale e incidentale in materia di gare pubbliche. "Ritorno al Passato" nell'applicazione del principio della parità delle parti di giudizio*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Ed. Dike, n. 3/2013.

M. Giustiniani, T.F. Massari, *La vexata quaestio dei controlli sui requisiti: d'ufficio ex art. 15 della legge n. 183/2011 o su input del concorrente ex art. 48 del Codice? Il Tar Lombardia non aderisce alla chiave interpretativa del Consiglio di Stato e dell'AVCP. Tar Lombardia, Milano, Sezione III, sentenza 29 gennaio 2013, n. 245 / Consiglio di Stato, Sezione III, ordinanza 8 giugno 2012, n. 2226 / AVCP determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4.*

M. Giustiniani, *'Autunno caldo' in Consiglio di Stato: nuovo sollecito all'Adunanza Plenaria per 'ripensare' entro quest'anno i rapporti tra impugnative principali e incidentali (e per chiarire la natura del termine di prova dei requisiti post-aggiudicazione)*, *Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 30 luglio 2013 n. 4023*, in questa Rivista.