

La Plenaria difende la Plenaria nell'eterno conflitto tra ricorso incidentale e ricorso principale.

di Marco Giustiniani

Data di pubblicazione: 26-2-2014

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 25 febbraio 2014, n. 9

Presidente Giovannini; Estensore Poli

1. Il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

2. Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

3. Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non verrà esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

4. Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale.

5. L'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che ha aggiunto l'inciso "Tassatività delle cause di esclusione" nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011.

6. Il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice.

7. Sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali.

8. Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co. 1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

9. Nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 23 di A.P. del 2013, proposto dalla società Palumbo s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Migliarotti e Luciano Filippo Bracci, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via del Teatro Valle n. 6;

contro

Autorità portuale di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Nuova Meccanica Navale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Soprano e Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Giovanni Paisiello n. 55;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. della Campania – Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità portuale di Napoli e della Nuova Meccanica Navale s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti prima davanti alla VI Sezione del Consiglio di Stato e successivamente in vista della udienza pubblica celebrata innanzi all'Adunanza plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Bracci, Scoca, e Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. LA PROCEDURA OGGETTO DEL PRESENTE GIUDIZIO.

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura competitiva, indetta dall'Autorità portuale di Napoli, per l'assegnazione della concessione di uno specchio d'acqua nel porto di Napoli per l'ormeggio di un bacino galleggiante di proprietà privata destinato allo svolgimento di attività di riparazione navale (cfr. avviso di gara del 26 gennaio 2011).

1.2. Alla gara hanno partecipato due società: la Nuova Meccanica Navale s.r.l. (in prosiegua ditta Navale) e la società Palumbo s.p.a.

1.3. La ditta Palumbo, aggiudicataria provvisoria in quanto collocatasi al primo posto della graduatoria, è stata esclusa per non aver accluso nelle buste B e C la fotocopia di un valido documento di identità del proprio legale rappresentante, in violazione della legge di gara nella parte in cui ha imposto che *<<l'offerta tecnica dovrà essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore (in tal caso deve essere allegata la relativa procura) e dovrà essere corredata da fotocopia d un valido documento di identità a pena di esclusione>>* (cfr. art. 5, sezione busta B, ultimo periodo, sezione busta C, n. 4).

1.4. Giova sin da ora precisare che:

a) la legge di gara non ha mai fatto riferimento esplicito o rinvio formale al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), pur avendo nella sostanza riprodotto alcune disposizioni del medesimo;

b) in base alla lettera delle disposizioni della legge di gara contenute negli artt. 3 –*Requisiti di ordine generale per la partecipazione alla procedura* – e 5 – *Modalità di presentazione della domanda di concessione* - al direttore tecnico non era imposto, a pena di esclusione, di corredare la dichiarazione di possesso dei vari requisiti generali con una fotocopia del documento di identità.

1.5. La concessione è stata conseguentemente assegnata alla ditta Navale unica concorrente rimasta in gara (cfr. delibera presidenziale n. 390 dell'8 luglio 2011 recante anche il provvedimento formale di esclusione della ditta Palumbo).

2. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.

2.1. La ditta Palumbo ha impugnato dinanzi al T.a.r. della Campania - con ricorso principale

allibrato al nrg. 4596/2011 sostenuto da due atti di motivi aggiunti – i seguenti provvedimenti:

- a) l'aggiudicazione della concessione in favore della ditta Navale;
- b) la propria esclusione dalla gara;
- c) tutti gli atti della procedura inclusa la legge di gara nella parte in cui ha previsto che le offerte tecniche ed economiche dovevano essere corredate, a pena di esclusione, da una fotocopia del documento d'identità del legale rappresentante dell'impresa;
- d) la mancata esclusione della ditta vincitrice per non aver correato la dichiarazione del direttore tecnico, attestante il possesso dei requisiti generali, di una fotocopia del documento di identità.

2.2. Radicati il contraddittorio con l'Autorità portuale e la ditta Navale, quest'ultima ha proposto ricorso incidentale sostenendo che la ditta Palumbo avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per ragioni ulteriori rispetto a quelle individuate dall'amministrazione concedente.

2.3. L'impugnata sentenza - T.a.r. della Campania – Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012 - in dichiarata adesione ai principi formulati dall'Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4:

- a) ha respinto il ricorso principale proposto dalla ditta Palumbo; in particolare ha disatteso la domanda di annullamento delle clausole escludenti contenute nella legge di gara e del provvedimento di esclusione, ritenendo che la produzione della fotocopia del documento di identità del legale rappresentante dell'impresa costituisca elemento centrale della stessa dichiarazione di volontà;
- b) ha dichiarato inammissibili, per difetto di legittimazione al ricorso, tutte le rimanenti censure sviluppate dalla ditta Palumbo avverso gli atti di gara e il provvedimento di assegnazione, incluse quelle finalizzate alla caducazione della scelta dell'Amministrazione di indire la gara per cui è causa (in particolare, incompetenza del presidente dell'Autorità portuale e violazione degli artt. 36 del codice della navigazione e 18 del regolamento di esecuzione);
- c) ha respinto la domanda di risarcimento del danno;
- d) ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della ditta Navale;
- e) ha condannato la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

3. IL GIUDIZIO DI APPELLO DAVANTI ALLA VI SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

3.1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – allibrato al nrg. 4939/2012 – la ditta Palumbo ha interposto appello principale.

A) Con il primo mezzo ha dedotto, sotto diversi profili, l'illegittimità del bando nella parte in cui ha previsto, a pena di esclusione, l'allegazione del documento di identità del titolare dell'impresa all'offerta economica e all'offerta tecnica; la relativa clausola sarebbe affetta da violazione di legge, in relazione all'art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), all'art. 46, co. 1-bis del codice dei contratti pubblici e all'art. 23 della Costituzione; si evidenzia che l'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 prevede espressamente l'obbligo di allegare la fotocopia del documento di identità solo con riferimento alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà e non anche con riferimento alle dichiarazioni di natura negoziale, quali sarebbero, appunto, l'offerta economica e l'offerta tecnica, pertanto, l'introduzione da parte del bando di tale obbligo di allegazione si tradurrebbe nella "imposizione" ai soggetti che partecipano alla gara di una "prestazione" di allegazione che, in assenza di una base legale, si porrebbe in contrasto con l'art. 23 della Costituzione e con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), n. 2, d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106); sotto questo profilo viene criticata la sentenza del T.a.r. che ha, invece, ritenuto che la mancata allegazione della fotocopia di un valido documento d'identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreti proprio la fattispecie prevista dalla novella normativa innanzi citata, integrando un'ipotesi di <<incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali>>.

B) Con il secondo mezzo ha lamentato l'omessa pronuncia in relazione al motivo di primo grado incentrato sull'eccesso di potere per disparità di trattamento; il presidente dell'Autorità portuale, pur avendo avuto contezza dai verbali che anche la società Navale non aveva allegato alla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 del proprio direttore tecnico la copia fotostatica del relativo documento di identità, ha chiesto all'Avvocatura dello Stato un parere con riferimento alla sola eventuale esclusione della società Palumbo; inoltre, le stesse ragioni che avevano indotto l'Amministrazione a chiedere il parere dell'Avvocatura dello Stato, riguardavano anche la società Navale, atteso che pure essa, come la ricorrente, non aveva allegato la fotocopia del documento di identità.

C) con il terzo mezzo è stata dedotta la violazione del principio della parità delle parti nel processo amministrativo in considerazione del fatto che il T.a.r., dopo aver respinto, ritenendoli infondati, i motivi di ricorso con i quali la società Palumbo contestava la sua esclusione dalla gara, ha dichiarato inammissibili - per difetto di legittimazione - le ulteriori doglianze (proposte sia nel ricorso principale che nei motivi aggiunti) contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della società contro interessata; pur dovendosi dare atto che le conclusioni cui è pervenuta la sentenza appellata appaiono in linea con i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, si auspica una riconsiderazione di tale indirizzo o, comunque, una applicazione restrittiva, ai soli casi in cui il soggetto concorrente è privo di qualsiasi situazione giuridica per la radicale mancanza dei requisiti costitutivi per la partecipazione alla gara e non anche, invece, al caso, come quello oggetto del presente giudizio, in cui il ricorso sia proposto da un soggetto che, in conseguenza dell'aggiudicazione provvisoria, ha già acquisito una sua posizione differenziata di interesse legittimo; in tal caso, i principi espressi dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 non potrebbero trovare applicazione, traducendosi altrimenti in una ipotesi di denegata *potestas judicandi* del giudice amministrativo sull'atto lesivo dell'interesse

legittimo già riconosciuto con il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

D) Auspicandosi, quindi, la rivisitazione o la mancata applicazione al caso di specie dei principi affermati dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, la società Palumbo ha riproposto i motivi dichiarati inammissibili in primo grado per difetto di legittimazione e, in particolare, il motivo diretto a dedurre che la società Navale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il direttore tecnico, nel rendere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, *m-ter*), del codice dei contratti pubblici, non ha allegato la copia fotostatica del documento di identità; ciò in quanto la dichiarazione di cui alla lettera *m-ter*) dell'art. 38, cit. (disposizione, si badi, riprodotta nella sostanza nella clausola *m-ter*) a pag. 8 dell'avviso), doveva essere resa nelle forme della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà e, quindi, presentata unitamente a copia fotostatica del documento di identità.

3.2. Si sono costituite in giudizio l'Autorità Portuale e la ditta Navale eccependo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

3.3. La ditta Navale ha proposto rituale appello incidentale reiterando le doglianze poste a sostegno dell'originario ricorso incidentale di primo grado dichiarato inammissibile dal T.a.r.

3.4. Con ordinanza n. 3017 del 1 agosto 2012 è stata respinta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

4. L'ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CAUSA ALL'ADUNANZA PLENARIA.

Con ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, la VI Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver disegnato un affresco, in chiave storica e sistematica, degli istituti giuridici applicabili nella presente vicenda contenziosa, ha sottoposto all'Adunanza plenaria le seguenti quattro questioni.

4.1. *Se, ed eventualmente in che misura, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. n. 70 del 2011 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo 46 del codice dei contratti pubblici e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis, ai sensi del quale <<La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.>> - possa già ritenersi vigente un principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici.*

Si sostiene che la norma sancita dal riportato comma 1 bis abbia una natura non innovativa ma interpretativa e dunque produca effetti naturalmente retroattivi.

4.2. *Se debbano ritenersi illegittime, per la violazione dei principi di tassatività, del dovere del soccorso istruttorio e di proporzionalità, le clausole che impongono, a pena di esclusione, adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa.*

Si propone una lettura del comma 1-bis dell'art. 46 cit., non atomistica ma congiunta alla norma sancita dal primo comma del medesimo articolo, secondo cui <<Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati>>; le due norme sarebbero il diretto precipitato di un istituto di carattere generale – di cui costituirebbe espressione, in relazione alla disciplina generale del procedimento amministrativo, l'art. 6, co.1, lett. b), l. n. 241 del 1990 secondo cui <<Il responsabile del procedimento.....accerta d'ufficio i fatti...adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete...>> - che nel settore delle gare pubbliche soddisfa la primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione orientando l'Amministrazione alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e delle capacità dei concorrenti, correggendo l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica "della caccia all'errore"; tale esegesi, inoltre, si muoverebbe secondo l'autentico *Zeitgeist* improntato a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e le imprese ed a riconoscere giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto siffatta inosservanza impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua esternazione.

4.3. *Se, ed in che misura, ove si dovesse al contrario concludere per la validità di dette clausole "atipiche" di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, invitare il concorrente, prima di disporre l'esclusione, ad una "regolarizzazione" documentale, consentendogli l'eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui l'omissione formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente.*

Si suggerisce di superare il tradizionale orientamento di questo Consiglio - autentico diritto vivente improntato ad una esegesi ed applicazione rigorosa del potere di soccorso – in favore del più recente minoritario indirizzo sviluppatosi nei T.a.r., che valorizza invece il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme, donde la tendenza a privilegiare, proprio attraverso l'invito alla regolarizzazione, il dato sostanziale su quello meramente formale in tutti i casi in cui non sia in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell'impresa; si ammette, pertanto, che la mera previsione (di adempimento cartolare), inserita nella *lex specialis* a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti i casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta; la richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione

dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale, non impedirebbe il raggiungimento del risultato avuto di mira.

4.4. Se sussiste o meno la legittimazione del soggetto escluso dalla gara per atto dell'Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale), ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo (ed eventualmente gli altri concorrenti non vincitori ma utilmente graduati), doveva essere escluso dalla gara e soddisfare in tal modo l'interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura.

La Sezione VI sollecita un *revirement* dell'Adunanza plenaria rispetto alle acquisizioni dommatiche elaborate dalla sentenza n. 4 del 2011.

A tal fine:

a) ha riproposto gli argomenti spesi dalla precedente sentenza dell'Adunanza plenaria 10 novembre 2008, n. 11, basati sul presupposto che non esisterebbe un preciso ordine logico da seguire nell'esame delle questioni, così che il giudice amministrativo potrebbe definire, sulla base del principio di economia processuale o di altri principi, come il principio di parità delle parti, quali questioni esaminare per prime; in casi particolari, come quello del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale proposto dalle uniche due imprese partecipanti a una gara d'appalto, ciò consentirebbe, proprio sulla base dell'asserita applicazione del principio di parità delle parti, di esaminare entrambi i ricorsi, in modo da non condizionare l'esito della lite alla scelta della questione da decidere per prima e da tutelare l'interesse strumentale di ciascuna impresa al rinnovamento dell'intera procedura di gara;

b) ha richiamato il recente arresto delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza del 21 giugno 2012 n. 10294) che in un *obiter dictum* - pur rilevando che l'ordine di esame fra ricorso principale ed incidentale non attiene ad una questione di giurisdizione ai fini dell'art. 111. u.c., Cost. - ha affermato che il principio di diritto enunciato dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 4 del 2011 suscita *<<indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato>>*;

c) ha evidenziato la necessità di tenere conto dell'esito del giudizio pendente presso la Corte di giustizia dell'Unione europea chiamata dal T.a.r. del Piemonte a stabilire, in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (FUE), se il principio della necessaria priorità di analisi del ricorso incidentale rispetto a quello principale sia in contrasto con le norme europee e, in particolare, con i principi di parità delle parti e non discriminazione di cui alla direttiva n. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989.

A tal proposito, giova rilevare fin da ora che, successivamente al deposito dell'ordinanza di rimessione dell'affare a questa Adunanza plenaria (in data 17 maggio 2013), la Corte di giustizia si è pronunciata sul quesito interpretativo (cfr. sentenza Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb).

5. L'IRRETROATTIVITA' DEL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE PER L'AFFIDAMENTO DI APPALTI PUBBLICI.

5.1. Anticipando le conclusioni che saranno motivate in prosieguo (infra §§ 6 e 7), si evidenzia che il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici è stato introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia – convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 - e che precedentemente vigeva (e tutt'ora vige per le procedure competitive diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici), una regola opposta improntata all'atipicità delle cause di esclusione.

5.2. Sulla specifica questione concernente la retroattività del principio e della disposizione che lo ha introdotto nell'ordinamento giuridico, l'Adunanza plenaria osserva che non può essere condivisa la soluzione prospettata dalla Sezione rimettente, in quanto la norma in esame non ha natura di interpretazione autentica.

5.3. Una siffatta conclusione si impone perché non si rinviene alcuno degli indici rivelatori di tale peculiare categoria di norme, elaborati dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, europea ed amministrativa (cfr., da ultimo e fra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209; 6 dicembre 2004, n. 376; Cons. St., Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9).

In particolare:

a) manca il presupposto dell'incertezza applicativa della norma antecedente quella asseritamente di interpretazione autentica; addirittura, nel particolare caso di specie, non solo non si rinviene la presenza di alcuna situazione di incertezza presupposta, ma si registra, al contrario, la presenza di un principio generale consolidato in senso diametralmente opposto;

b) neppure si riscontra l'effetto tipico insito in tutte le norme di interpretazione autentica, ovvero l'incidere su rapporti pendenti; sul punto è dirimente l'art. 4, co. 3, d.l. n. 70 del 2011, secondo cui <<3. Le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), d), e-bis), i-bis), i-ter), l), dd) e ll), numero 1-bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte>>; dunque, la stessa fonte che ha introdotto il principio di tassatività, ha avuto cura di dettare una disposizione transitoria improntata al principio generalissimo *tempus regit actum* che esclude in radice ogni possibilità di applicazione del principio alle procedure in corso alla data della sua entrata in vigore (14 maggio 2011);

c) difetta, inoltre, anche il (pur non vincolante per l'interprete) requisito formale dato dalla auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica.

5.4. In conclusione, avuto riguardo alla prima questione sottoposta all'adunanza plenaria, deve enunciarsi il seguente principio di diritto: <<l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011>>.

6. IL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE SELETTIVE.

6.1. Prima dell'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, non si è mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l'oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche (cfr., da ultimo, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5, che ha generalizzato l'obbligo della gara per l'assegnazione a privati di beni o risorse pubbliche, con la conseguente applicazione di una serie di ricevuti principi, anche di derivazione comunitaria, fra cui quelli della trasparenza, della *par condicio*, della non discriminazione).

A tanto si è giunti per consentire la miglior tutela degli speciali interessi pubblici affidati alla cura dell'Amministrazione di settore, garantendo la duttilità dell'esercizio della funzione pubblica in relazione al caso concreto, in vista del perseguimento dei migliori livelli di legalità, trasparenza ed al contempo di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (valori compendati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost.).

Coerentemente, il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulle scelte compiute in sede di predisposizione del bando è stato conformato - in ossequio al principio costituzionale della separazione dei poteri e della riserva di amministrazione nonché dell'assenza, *in parte qua*, di norme attributive di giurisdizione di merito (arg. ex art. 134 c.p.a.) - ai parametri del controllo estrinseco, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* del vizio, evitando di sostituire il giudizio del giudice a quello dell'Amministrazione in ordine alle valutazioni che si mantengono nell'ambito dell'opinabilità (tecnica) e della opportunità (amministrativa); in questa prospettiva le scelte discrezionali (sia amministrative che tecniche), delle amministrazioni sono state filtrate attraverso il prisma dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche di sviamento dalla causa tipica: abnormità, manifesta sproporzione, irragionevolezza, travisamento dei fatti (cfr., da ultimo, nell'ambito di consolidati principi che questa Adunanza condivide, Corte giust. UE, Sez. II, 24 gennaio 2013, G-73/11; Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175; Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013; 8 marzo 2012, n. 3662; 9 novembre 2011, n. 23302; Cons. St., Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174; Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640).

6.1.1. Tali principi sono stati similmente declinati anche nell'ambito specifico delle gare per l'affidamento di contratti di appalto, dove è stata maggiore l'influenza delle norme e dei principi europei nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. Corte giust. CE, Sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07; grande sezione, 16 dicembre 2008, C-213/07):

a) è stata ribadita la facoltà, per la stazione appaltante, di individuare requisiti sostanziali (di carattere generale o speciale), o adempimenti formali, più rigorosi rispetto agli standard europei, fermo il rispetto delle norme di legge (si pensi, a mo di esempio, alla norma sancita dall'art. 13, co. 15, l. n. 180 del 2011, a tenore della quale è fatto divieto all'Amministrazione di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti), e dei principi che governano la materia (non discriminazione, proporzionalità, effettività);

b) è stato evidenziato che il punto di equilibrio tra discrezionalità della stazione appaltante e rispetto dei principi è di estrema delicatezza e richiede accertamenti caso per caso.

6.1.2. A cagione della straordinaria importanza che ha assunto il mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'economia di ciascuno Stato membro e dell'Unione europea nel suo complesso, sono state elaborate, nel tempo, una serie sempre più articolata e complessa di regole costitutive di un *corpus* normativo autonomo.

In quest'ambito, per soddisfare le esigenze della massima certezza e stabilità del quadro regolatorio a sostegno delle imprese e del mercato, per porre un freno al dilagante fenomeno dei c.d. "bandi fotografia", e per accelerare la definizione delle procedure (e dei processi) in materia di appalti, il legislatore italiano è intervenuto nel 2011 operando su tre fonti:

a) è stato introdotto, unicamente in questo settore, il principio di tassatività delle cause di esclusione;

b) sono stati previsti i c.d. "bandi tipo" da cui le amministrazioni possono discostarsi solo con adeguata motivazione;

c) è stato ampliato l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive.

La novità più significativa è stata senza dubbio quella relativa alla tassatività delle clausole di esclusione il cui esame approfondito consentirà di rispondere al correlato quesito sottoposto all'Adunanza plenaria.

6.1.3. Si riporta per comodità di lettura l'art. 46 del codice dei contratti pubblici –*Documenti e informazioni complementari – Tassatività delle clausole di esclusione* - quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011: <<1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. 1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla

provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.>>.

6.1.4. La disposizione sancita dal comma 1-bis è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento e mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali.

Sotto il profilo strettamente lessicale è appena il caso di evidenziare che la formula prescelta dalla legge di gara può essere la più varia, nel senso che rientra nel fuoco della norma qualunque adempimento imposto non solo a pena di esclusione, ma anche di inammissibilità, decadenza, irricevibilità e simili.

Sotto il profilo funzionale, le cause di esclusione vengono individuate sulla scorta di due diversi criteri:

a) da un lato, si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi; il richiamo generico alle leggi va precisato, in una con la giurisprudenza costituzionale, nel senso che si tratti esclusivamente di leggi statali, posto che: I) *<<... l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato; in particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione >>* (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Corte cost. 7 novembre 2013, n. 259; 26 febbraio 2013, n. 28); II) le norme di semplificazione amministrativa sono ricondotte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in quanto *«anche l'attività amministrativa, [...] può assurgere alla qualifica di "prestazione" (quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere), della quale lo Stato è competente a fissare un "livello essenziale" a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici ed, in generale, di soggetti privati»* (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Corte cost., 5 aprile 2013, n. 62; 20 luglio 2012, n. 207; 16 luglio 2012, n. 188; 27 giugno 2012, n. 164);

b) dall'altro lato, il comma 1-bis (*in parte qua* recettore di prassi ed elaborazioni giurisprudenziali consolidate), enuncia direttamente una serie di cause di esclusione: I) incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta; II) non integrità dei plichi; III) altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da dimostrare in concreto la violazione del principio di segretezza delle offerte.

6.1.5. Si tratta, a ben vedere, di ipotesi ampie, da riempirsi di contenuti da parte della stazione appaltante (nei limiti di seguito precisati) e dell'Autorità di vigilanza in sede di predisposizione dei bandi tipo, il cui filo conduttore non è però rappresentato solamente dalla distinzione fra violazioni formali e sostanziali (come si dirà meglio in prosieguo); del resto lo stesso codice in alcuni casi afferma espressamente che talune violazioni non sono causa di esclusione (art. 73, co. 4, e 74, co. 3, in tema di mancato utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante; art. 153, co. 21, in tema di esclusione di alcuni soggetti proponenti nella finanza di progetto).

La nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*.

Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall'Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, co. 1-*bis*, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21).

La cogenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività – ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante.

Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante.

6.2. Individuati lo scopo, il contenuto e gli effetti del principio di tassatività delle cause di esclusione, si evidenzia che la legge lo ha poi rafforzato attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, cioè delle clausole della legge di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici.

La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, co. 2, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la

nullità dell'intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l'esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela (cfr., per una recente applicazione del principio *vitiatur se non vitiat* in materia di gare pubbliche, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14).

E' appena il caso di precisare, per ragioni di completezza, che la nullità di tali clausole incide sul regime dei termini di impugnazione e sui meccanismi di rilievo di tale radicale forma di invalidità, atteso che la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente ovvero rilevata dal giudice d'ufficio (art. 31, co. 4, c.p.a.).

6.2.1. In relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno quindi verificare le seguenti ipotesi:

a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce *de plano* all'esclusione dell'impresa;

b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);

c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;

d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall'applicazione di consolidati principi (espressi da questa Adunanza e che si confermano *in toto*, cfr. Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; 24 maggio 2011, n. 9; 27 gennaio 2003, n. 1; 4 dicembre 1998, n. 1/ord.), secondo cui il bando: I) è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo),

con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

6.3. Una volta assodati la natura giuridica e l'ambito applicativo (profondamente innovativi), della norma che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, e circoscritti i suoi effetti alle gare in materia di appalti e affidamenti disciplinati dal codice dei contratti pubblici, emerge nitidamente che non è predicabile l'applicazione del principio di tassatività:

a) alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici prima dell'entrata in vigore (al 14 maggio 2011), della norma che lo ha introdotto nel micro ordinamento di settore (*retro* § 5);

b) alle procedure selettive non disciplinate direttamente o indirettamente (per auto vincolo dell'Amministrazione procedente), dal codice dei contratti pubblici.

6.4. In conclusione, avuto riguardo alla seconda questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a) *<<il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice>>;*

b) *<<sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali>>.*

7. IL PRINCIPIO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.

7.1. Come si è visto in precedenza, il c.d. "soccorso istruttorio" è previsto dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici (non inciso dalla novella recata dal più volte richiamato d.l. n. 70 del 2011), secondo cui *<<1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. >>.*

Tale norma – mutuando una regola già contenuta negli artt. 16, d.lgs. n. 157 del 1995 e 15, d.lgs. n. 358 del 1992, rubricati *<<documenti e informazioni complementari>>* - sia prima che dopo la novella del 2011, è stata oggetto di una costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato dalla quale l'Adunanza plenaria non vede ragioni per discostarsi (cfr., fra le tante e più recenti, Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; Sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; Sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717).

Tale impostazione risulta viepiù confermata dopo l'introduzione dell'autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione che, come si è visto in precedenza (*retro* §§ 6.1.3. – 6.1.5.), ha drasticamente diminuito le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi

meramente formali), riducendo, a monte, le occasioni di invocare l'esercizio del c.d. "potere di soccorso" in funzione sanante; ovviamente rimane ferma (ed è anzi implementata in considerazione della riduzione dell'area delle fattispecie escludenti), la piena operatività del "potere di soccorso" in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

7.2. Si riportano in sintesi i condivisi principi (ed i relativi argomenti a sostegno), di matrice giurisprudenziale, elaborati nel corso del tempo dal Consiglio di Stato, in relazione al "soccorso istruttorio" disciplinato dal codice dei contratti pubblici:

a) il "soccorso istruttorio" si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma <<...invitano, se necessario...>>) e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati;

b) il "soccorso istruttorio", dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara;

c) l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;

d), l'esegesi rigorosa del "soccorso istruttorio" trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione;

e) per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

f) giusta il tenore testuale dell'*incipit* del comma 1 in esame (<<1. Nei limiti previsti dagli articoli

da 38 a 45...>>), il “soccorso istruttorio” consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell’impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell’offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l’offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi;

g) il “soccorso istruttorio” ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la *par condicio* e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita;

h) il “soccorso istruttorio”, infine, si sostanzia anche nella interpretazione di clausole ambigue onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della *par condicio*, la successiva integrazione documentale; siffatta attività di interpretazione, a fronte di clausole ambigue appare necessaria specie se sollecitata da appositi quesiti dei candidati; la relativa risposta, ovviamente, deve essere comunicata a tutti i partecipanti alla gara (c.d. *ruling* contrattuale).

7.3. In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell’inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l’invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell’Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell’offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara.

In relazione alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l’introduzione della tassatività delle cause di esclusione e l’esatta individuazione dell’essenza del “potere di soccorso”, sanciti dal novellato art. 46 del medesimo codice, rendono evidenti, da un lato, il venir meno di talune criticità messe in luce dall’ordinanza di rimessione, dall’altro, l’inaccogliabilità di alcune suggestioni esegetiche prospettate dalla medesima ordinanza; in particolare:

a) l’innovativa novella al codice dei contratti pubblici, ha ridotto drasticamente la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che l’Amministrazione ha perso la facoltà di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione;

b) in quest’ottica è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa Amministrazione di prescindere dall’onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente

da ogni verifica sulla valenza “sostanziale” della forma documentale omessa;

c) parimenti non può trovare ingresso, al contrario di quanto suggerito dalla VI Sezione, l'applicazione del principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale.

7.4. Quanto sin qui detto vale per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

Per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, in base alla quale <<...il responsabile del procedimentopuò chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete...e ordinare esibizioni documentali>>.

E' evidente che il “potere di soccorso” costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

7.4.1. Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al “potere di soccorso” disciplinato dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, l. n. 241 del 1990 cit., si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il “potere di soccorso”, mentre l'art. 46 cit. obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al “potere di soccorso”, sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione, giova ribadirlo, vige solo per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito:

a) il “potere di soccorso” nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore;

b) in relazione ai procedimenti comparativi (ferme le conclusioni cui si è giunti circa la necessità di una interpretazione rigorosa ed in ordine al suo contenuto ed ai suoi effetti stante l'*eadem ratio* con gare propriamente contrattuali, *retro* § 7.2.), il “potere di soccorso” è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest'ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, *ab externo* e senza sostituirsi all'Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l'inadempimento di oneri meramente formali.

7.4.2. Tali conclusioni non sono però incondizionate dovendo essere temperate dalle ulteriori

seguenti considerazioni che contribuiscono a precisare l'ambito del "soccorso istruttorio" al di fuori del codice dei contratti pubblici.

Nell'ambito del procedimento amministrativo e, in particolare, in relazione alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti (ad es. reclutamenti di pubblici dipendenti):

a) si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti ecc. (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; successivamente, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408; Sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; antecedentemente alla Plenaria cfr. Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291);

b) il divieto del formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano);

c) la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo), di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono *ex se* illegittime;

d) la manifesta irragionevolezza e sproporzione si coglie, invece, nella conseguenza dell'inadempimento dell'onere richiesto al privato, ovvero nella esclusione dalla procedura; tali clausole sono pertanto illegittime e, se ritualmente e tempestivamente impugnate, devono essere annullate.

7.4.3. Per completezza si evidenzia che queste clausole non possono ritenersi nulle e dunque inefficaci (e disapplicabili dall'Amministrazione procedente ovvero dal giudice amministrativo), a prescindere da una rituale impugnazione, perché:

a) la sanzione della nullità è prevista espressamente dall'art. 46 cit. solo per le procedure di gara disciplinate dal medesimo codice (come si è già detto *retro* al § 6.2.);

b) la nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono;

c) non ricorrono le condizioni perché si possa configurare la nullità dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, in quanto non si riscontrano, *ictu oculi*, gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: l) mancanza degli elementi essenziali del

provvedimento; II) difetto assoluto di attribuzione; III) violazione o elusione del giudicato.

7.4.4. Rimane inteso che l'Amministrazione ben potrà prevedere a carico del partecipante alla procedura, come conseguenza dell'inadempimento degli oneri formali previsti dalla legge di gara, altre, diverse, proporzionate misure di carattere organizzatorio ovvero pecuniario (ad es. rimborso dei costi sostenuti per il rallentamento della procedura anche forfettizzati in sede di bando), che traggono fondamento dai su richiamati doveri di solidarietà ed auto responsabilità.

7.4.5. Da tutto quanto fin qui esposto, emerge con nettezza che il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. 46 prospettata dall'ordinanza di rimessione, in quanto il d.l. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici (*retro* § 7.1.).

L'interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di certezza, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa e delle imprese di settore.

7.5. In conclusione, avuto riguardo alla terza questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a) <<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali>>;

b) <<nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale >>.

8. IL RAPPORTO FRA RICORSO INCIDENTALI E RICORSO PRINCIPALE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIE DI GARE PUBBLICHE.

Prima di affrontare nel merito la questione sottoposta all'Adunanza plenaria, è opportuno precisare che il problema del rapporto fra ricorso principale (proposto dallo sconfitto), e ricorso incidentale (proposto dal vincitore), anche se storicamente affermatosi nelle controversie

aventi ad oggetto gare di appalto, si atteggia, nella sostanza, in modo analogo per tutti i giudizi concernenti procedure selettive, anche per quelli in relazione ai quali è certamente non applicabile il codice dei contratti pubblici ovvero il diritto dell'Unione europea.

Tale impostazione si spiega con l'esigenza, da sempre avvertita e praticata dalla prassi forense, che i principi di carattere processuale elaborati dalla Corte di giustizia nella materia delle controversie sulle gare di appalto (pur nei limiti che saranno oggetto di maggior approfondimento nel prosieguo), sebbene a rigore formalmente riferibili alle sole fattispecie in cui trova applicazione necessaria il diritto europeo (c.d. contratti sopra soglia), siano in realtà applicati a tutte le controversie, per manifeste ragioni di equità, semplicità e uguaglianza; ne discende la rilevanza della questione sollevata dalla VI Sezione anche se la procedura oggetto del giudizio riguarda la concessione di un bene demaniale (e dunque un rapporto contrattuale attivo per l'Amministrazione che percepisce un canone annuo).

8.1. E' necessario a questo punto riportare sinteticamente i principi elaborati dalla sentenza n. 4 del 2011 e i sottostanti snodi argomentativi:

a) il principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice presiedono alla norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., che impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito dall'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10); l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito non rientra nella disponibilità delle parti e non subisce eccezioni neppure se venga impugnata, da parte del ricorrente principale, la legge di gara;

b) l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla *causa petendi* della domanda e non *secundum eventum litis*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la *legitimatatio ad causam* (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo);

c) in termini generali trova ingresso nel sistema della giustizia amministrativa anche la tutela del c.d. interesse ad agire strumentale, ma solo se ed in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa, dovendosi rifiutare, a questi fini, il riferimento ad una utilità meramente ipotetica o eventuale che richiede per la sua compiuta

realizzazione il passaggio attraverso una pluralità di fasi e atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'Amministrazione; pertanto *<<la facoltà di agire in giudizio non è attribuita, indistintamente, a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall'accoglimento della domanda>>*;

d) in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui *res inter alios acta* – venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando: I) si contesti in radice l'indizione della gara; II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti;

e) la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva; tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione e, soprattutto, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara;

f) l'ordine di esame delle questioni risente di tali presupposti, pertanto, non è subordinato alla veste formale utilizzata per la loro deduzione, ma dipende dal loro oggettivo contenuto; ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale;

g) tali conclusioni sono pienamente compatibili con la disciplina del ricorso incidentale recata dal codice del processo amministrativo (art. 42): il dato più significativo riguarda la qualificazione formale del ricorso incidentale come strumento per la proposizione di «domande», il cui interesse sorge solo in dipendenza della proposizione del ricorso principale; si chiarisce, in questo modo, che il ricorso incidentale può assumere un contenuto complesso, ancorché innestato nella matrice comune della «difesa attiva» della parte intimata, rivestendo la fisionomia dell'atto con il quale la parte intimata: I) formula un'eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale; II) propone una vera e propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto; III) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, ad ottenere una pronuncia che precluda l'esame del merito del ricorso principale;

h) in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.; questa facoltà non deve essere negata, a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia; in linea di principio resta ferma la priorità logica della questione pregiudiziale, ma eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite.

8.1.1. Per il forte impatto sistemico sulla gestione dei contenziosi in materia di gare, merita un approfondimento il punto specifico concernente l'asserita necessità che il ricorso incidentale sia sempre esaminato prima del ricorso principale (anche quando prospetti carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria o vizi procedurali).

In proposito si osserva come dalla piana lettura della più volte menzionata sentenza n. 4 del 2011 (in particolare § 51), emerge in modo univoco che il discrimine è rintracciato nella introduzione, da parte del ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta; tale situazione *lato sensu* di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione (a titolo esemplificativo si pensi all'intempestività della domanda di partecipazione alla gara, alla carenza di requisiti soggettivi generali, di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell'offerta).

La situazione di contrasto fra la condotta dell'impresa che partecipa alla selezione e la legge di gara effettivamente rilevante per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale, è solo quella che produce, come ineluttabile conseguenza, la non ammissione *ab origine* alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l'estromissione successivamente deliberata in apposite fasi (anche solo in senso logico) deputate all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente: si pensi al caso classico in cui l'amministrazione proceda al riscontro della tempestività della presentazione delle domande di partecipazione cui seguono (soprattutto dal punto di vista logico, poiché sovente tali adempimenti sono effettuati in unico contesto temporale e procedurale), le ulteriori fasi relative all'accertamento dei requisiti soggettivi dell'imprenditore ovvero oggettivi dell'offerta.

Ne discende che tutte le criticità prospettate come incidenti su attività svolte a valle di quelle dedicate al riscontro dei suddetti requisiti, non impongono l'esame prioritario del ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso non mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

In questi casi, infatti, il ricorso incidentale si appunta su vizi della valutazione operata dall'organo tecnico a ciò preposto e le relative censure presuppongono, in definitiva, il superamento di ogni questione inerente la regolare presenza dell'impresa (o della sua offerta) nella gara.

Si pensi alla contestazione del punteggio tecnico o economico nonché alla valutazione di anomalia dell'offerta che, secondo le approfondite conclusioni cui è giunta questa Adunanza, attiene a <<...scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente>> (cfr. Ad. plen. 29 novembre 2012, n. 36).

Alle medesime conclusioni si perviene (per le ragioni sviluppate dalla sentenza di questa Adunanza n. 7 del 30 gennaio 2014, § 5.8.), in tutti i casi in cui il ricorso incidentale prospetti vizi *lato sensu* procedurali, tali cioè da imporre, se riconosciuti fondati, la caducazione totale (ad es. per incompetenza dell'organo che ha indetto la gara o redatto il bando), o parziale (ad es. per l'erronea composizione della commissione), degli atti di gara.

8.2. Si passa a questo punto ad illustrare, sinteticamente, il quadro dei principi forgiati dalla Corte di giustizia dell'UE relativamente ai processi aventi ad oggetto procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti.

8.2.1. Ma prima è indispensabile ricordare i limiti al cui interno tali principi sono originati (ed operano), in considerazione del fatto che il diritto dell'UE non contiene una disciplina generale del processo.

E' noto, infatti, che l'UE, si fonda, fra l'altro, sul principio delle tassative competenze di attribuzione (artt. 3, comma 6, e 4, co. 1, TUE); fra queste, vi rientrano la facilitazione dell'accesso alla giustizia attraverso il riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extra giudiziarie (art. 67, co. 4, FUE), e la cooperazione giudiziaria nelle materie civili transfrontaliere (art. 81 FUE, già art. 65 TCE).

L'UE, pertanto, mira all'armonizzazione e non all'unificazione del diritto processuale; tuttavia, oltre ad avere realizzato, sulle richiamate basi giuridiche, una serie di regolamenti su specifici aspetti (si pensi al noto regolamento CE n. 44/2001 che ha assorbito la Convenzione di Bruxelles, a sua volta sostituito a far data dal 2015 dal regolamento n. 1215/12), detta solitamente, nei settori di sua competenza, alcuni canoni fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, da cui possono desumersi taluni principi processuali generali (la stessa tecnica di tutela è stata realizzata in relazione alla materia dei diritti fondamentali dell'uomo, cfr. art. 47 della Carta di Nizza che, nella sostanza, riproduce il contenuto dell'art. 6 CEDU).

In tali settori vale, dunque, il c.d. "principio di autonomia processuale nazionale", cui la stessa Corte di giustizia ha mostrato di aderire, riconoscendo e dunque lasciando, nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali (cfr., *ex plurimis*, Corte giustizia UE, 22 dicembre 2010, C-507/08 Governo Slovacchia; 20 settembre 2010, C-314/09 Stadt Graz; sul versante italiano si vedano le conclusioni cui sono giunti Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 51531; Sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244/ord.).

Anticipando quanto si dirà meglio in prosieguo e fatto salvo il rispetto della particolare *regula iuris* introdotta dalla sentenza della Corte di giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb (*infra* § 8.2.4.), giova evidenziare sin da ora che, nei casi come quello rimesso

all'attenzione di questa Adunanza, non si possono certamente ritenere superati i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela posto che si deve al fatto proprio del ricorrente principale l'impossibilità dell'esame della sua domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

8.2.2. In materia di pubblici appalti di lavori, servizi e forniture, nonché di settori speciali, le direttive CEE 21 dicembre 1989, n. 665/89 e 25 febbraio 1992, n. 13/92 (modificate dalla direttiva n. 2007/66/CE), si sono proposte il fine di assicurare garanzie giurisdizionali efficaci e rapide (onde evitare di scoraggiare le imprese europee dal concorrere in paesi stranieri), attraverso l'introduzione dei seguenti vincolanti principi:

- a) rapidità ed efficacia dei ricorsi;
- b) assenza di discriminazioni basate sulla nazionalità;
- c) accesso ai rimedi giurisdizionali a chiunque, avendo interesse all'aggiudicazione, sia stato leso, o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto comunitario;
- d) essenzialità della tutela cautelare *ante causam*;
- e) effetto sospensivo automatico della stipulazione del contratto, per un determinato lasso temporale, in caso di ricorso avverso l'aggiudicazione (c.d. *stand still*);
- f) essenzialità della tutela risarcitoria.

8.2.3. Le menzionate direttive sono state oggetto di una cospicua esegesi da parte della Corte di giustizia del Lussemburgo che ha elaborato i seguenti principi che, in sintesi e nella parte di interesse, si riportano (cfr., *ex plurimis*, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb; Sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09 Stadt Graz; 28 gennaio 2010, n. 406/08 Uniplex; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, Grossman; 19 giugno 2003, C-249/01 Hackermuller; 27 febbraio 2003, C-327/00 Santex):

- a) lo scopo delle norme comunitarie in materia, è quello di realizzare il valore della massima rapidità nella definizione del contesto procedimentale prima e processuale poi;
- b) conseguentemente, l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze (in senso analogo cfr. Ad. plen., n. 4 del 2011 cit.; 27 gennaio 2003, n. 1);
- c) è ammessa l'impugnativa diretta della legge di gara ma solo per le clausole discriminatorie escludenti (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 1 del 2003 cit.);
- d) sono ammessi termini processuali di impugnativa degli atti di gara particolarmente stringenti, salvo il limite della eradicazione del diritto di difesa (in senso analogo cfr. Corte cost. 10 novembre 1999, n. 427, relativamente all'art. 19, d.l. 25 marzo 1997, n. 67 norma fondamentale, dal punto di vista cronologico, in materia di dimezzamento dei termini del

processo in materia di appalti);

e) l'impresa che è stata esclusa (dalla stazione appaltante), ovvero che deve essere esclusa dalla gara (a tanto pervenendosi in forza del rilievo officioso del giudice ovvero per il tramite della proposizione di un ricorso incidentale), è priva di interesse ad agire contro l'aggiudicatario (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 4 del 2011 cit.).

8.2.4. La sentenza Fastweb, dopo aver richiamato e condiviso tutti i principi sopra riportati, ha così statuito: <<31. Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.

32. Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33. Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.>>.

In buona sostanza la sentenza Fastweb, una volta investita da parte del giudice *a quo* (sebbene in violazione della vincolante regola processuale che impone un rigido ordine di esame delle questioni –*retro* § 8.1. -), di una fattispecie all'interno della quale era stata accertata in concreto l'illegittimità di entrambe le offerte, non ha potuto fare a meno di somministrare la concreta *regula iuris* costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema. Tanto è vero questo che ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

8.3. Da quanto fin qui esposto discende la conferma dell'impianto teorico costruito dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, al cui interno si innesta la particolare *regula iuris* introdotta dalla sentenza Fastweb, di cui ovviamente si deve tenere conto, ma muovendo dalla constatazione della sua circoscritta portata, trattandosi comunque di una eccezione.

8.3.1. Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, in casi del genere non si ravvisa la lesione del principio della "parità delle armi" (la cui applicazione concreta, per altro, appare lontana da una chiara e stabile preventiva definizione del principio stesso e

sembra spesso lambire l'ambito delle ragioni di opportunità sottese al caso contingente).

L'Adunanza plenaria non intende discostarsi dalla nozione (e dai presupposti giustificativi), del principio di "parità delle armi" che si è andata affermando nella giurisprudenza costituzionale ed europea relativamente all'applicazione dei principi del giusto processo enucleabili dall'art. 6 della Cedu, secondo cui << *l'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte*>> (cfr. da ultimo Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; per un'analogia impostazione nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 3655). Del resto a risultati analoghi è pervenuta la giurisprudenza costituzionale quando ha affrontato il tema del principio della parità delle parti – sancito dall'art. 111, co. 2, Cost. e richiamato dall'art. 2 c.p.a. – nel processo amministrativo: si è ammessa la presenza di "legittime dissimmetrie" fra le parti del processo purché sorrette da una ragionevole giustificazione (cfr. Corte cost., 9 aprile 2009, n. 109).

8.3.2. Ebbene, il principio di "parità delle armi", come declinato dal giudice delle leggi e dalla Corte di Strasburgo:

- a) non avendo una portata precettiva puntuale - in quanto si limita ad esprimere una previsione fondata su una ragionevole possibilità di esternazione del proprio caso da parte di chi adisce il giudice - non comporta che il fascio di posizioni attive e passive di natura processuale, ricollegabile a ciascuna parte, sia assolutamente identico;
- b) non contrasta con una regola processuale di fonte legale che impone al giudice di rispettare la tassonomia propria delle questioni; siffatta regola, al contrario, garantisce ed attua il principio di "parità delle armi" perché predetermina, in astratto ed in via generale, per tutti i litiganti, le modalità di esercizio del potere giurisdizionale;
- c) la regola del processo italiano esige che la parte che introduce il giudizio, *inter alios*, superi il filtro costituito dalle condizioni dell'azione;
- d) nella specie, la parte che introduce effettivamente il giudizio instaurando il rapporto processuale, ovvero l'attore in senso sostanziale, è il ricorrente principale il soggetto, cioè, non risultato vincitore nella gara che, pur essendo consapevole di aver commesso un errore che lo priva della legittimazione e quindi di non poter risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha partecipato (che costituisce il bene della vita immediato e diretto cui possa aspirare), in violazione del divieto di abuso del processo, propone ugualmente la domanda di annullamento;
- e) ed è proprio la riconducibilità della negligenza - che ha provocato (o avrebbe dovuto provocare), l'esclusione dalla gara - al ricorrente principale che costituisce una ragionevole giustificazione della dissimmetria processuale la quale impedisce al giudice di pronunciarsi sulla illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicatario.

8.3.3. I principi di "effettività" e "parità delle armi", pertanto, sebbene siano ricognitivi di

preesistenti principi costituzionali ed europei, per la loro collocazione in testa al codice (artt. 1 e 2, co. 1, c.p.a.), ne assumono il ruolo di impalcatura e filo conduttore ma nei limiti del soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni emulative o pretestuose.

8.3.4. Come in precedenza illustrato (*retro* § 8.1.), l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva), che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale (sotto tale angolazione si esclude correttamente che sia possibile esperire una c.t.u. al fine di affermare o negare la sussistenza della legittimazione al ricorso o di altra condizione dell'azione, cfr. Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3404).

In aggiunta alle argomentazioni della sentenza n. 4 del 2011, sempre avuto riguardo alla prima delle condizioni dell'azione (ovvero il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione o legittimazione al ricorso), si osserva che la medesima non è configurabile allorquando ricorrano le seguenti condizioni:

a) soprattutto in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto e affidamenti di servizi, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata alla circostanza che l'instaurazione del giudizio non solo sia proposta da chi è legittimato al ricorso, ma anche che non appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto, pretese impossibili o *contra ius* (cfr. da ultimo, sul principio generale e sulla sua applicazione in materia di gare di appalto, Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6256; Sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5247; Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131; Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3084; Sez. V, 12 febbraio 2010, n. 746; Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5244);

b) nessuna posizione di interesse legittimo è enucleabile dall'esame della *causa petendi* di un ricorso principale che si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse materiale *contra ius*, (vedersi aggiudicata una gara cui non si aveva titolo a partecipare), se messo in relazione alle norme ed ai principi comunitari e nazionali che tutelano i valori della legalità, del libero mercato e della concorrenza;

c) tale conclusione è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto è sufficiente ricordare la prevalente tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di

approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto (cfr. da ultimo, per il processo civile, Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553; per il processo amministrativo, Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537; sul divieto di condotte processuali opportunistiche violative del dovere di mitigazione del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c., cfr. Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3);

d) il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda (*retro* § 8.3.3.), si coglie nei limiti delle norme che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo: non esiste una disposizione che esoneri l'attore dall'essere assistito dalle su menzionate condizioni dell'azione; pertanto, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina delle condizioni dell'azione che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità; sul punto è sufficiente porre mente alla circostanza che, accedendosi alla prospettazione dell'ordinanza di rimessione, si dovrebbe negare, in presenza dell'assodata invalidità dell'offerta aggiudicataria, la possibilità che il ricorrente principale rinunci al ricorso; una tale eventualità potrebbe ritenersi legittima solo in presenza di una espressa disposizione di legge capace di derogare al principio dispositivo: a tal proposito, è emblematica sul piano storico, la vicenda dell'art. 146, del codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), che, per un breve periodo (fino alla sostituzione del testo ad opera del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), ha stabilito che il ricorso avente ad oggetto l'autorizzazione paesaggistica è deciso anche se dopo la sua proposizione, ovvero in grado d'appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse; la breve esistenza della eccentrica disposizione conferma la necessità che la legge deroghi espressamente agli immanenti principi della domanda e dispositivo.

8.3.5. La sentenza Fastweb, come in precedenza illustrato, ha introdotto una eccezione all'interno del quadro unitario laboriosamente ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria).

E' indubbio che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata.

In apparenza, potrebbe ritenersi che la sentenza Fastweb abbia introdotto una giurisdizione di tipo oggettivo basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo. Al contrario, la *ratio* della decisione Fastweb si fonda sul principio di "parità delle armi": questo fa sì che, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione, incerta perché fondata su una

posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno.

L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale.

In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante il cui esercizio richiederà un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara.

8.3.6. Si tratta adesso di stabilire quando ricorre l'eccezione definita dalla sentenza Fastweb, ovvero quando si configuri l'identità del vizio (e quindi del motivo) escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara.

Sul punto l'Adunanza ritiene che si debba utilizzare un criterio che, nel rispetto delle vincolanti indicazioni provenienti dalla Corte del Lussemburgo, contemperi la natura eccezionale della *regula iuris* forgiata dalla sentenza Fastweb, le esigenze di uguaglianza ed equità sostanziali di cui sono portatrici le imprese in gara, le ragioni di certezza del diritto e di pronta soluzione dell'accertamento demandato al giudice, le caratteristiche dello sviluppo del procedimento amministrativo posto in essere dalla stazione appaltante e gli interessi sostanziali presidiati dalle varie cause di esclusione.

8.3.6.1. Facendo applicazione dei menzionati criteri, deve escludersi che il <<motivo identico>> possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente).

In questa esegesi, infatti, non rileverebbe tanto il motivo o la causa per cui è stata disposta l'esclusione, quanto la conseguenza che ne è derivata e cioè appunto l'esclusione.

Questa conclusione in pratica ricondurrebbe la questione nell'alveo della teoria (rifiutata dalla Corte di giustizia e dall'Adunanza plenaria), dell'incondizionato riconoscimento dell'interesse strumentale.

Come in precedenza illustrato, l'esegesi basata sull'identità dell'effetto è da escludersi in base allo stesso testuale tenore della sentenza Fastweb la quale - ripetesi - non ripudia i propri precedenti ma, al contrario, si limita ad enunciare una singola eccezione.

L'eccezione è testualmente riconducibile quindi non già all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale.

Che si tratti della causa generatrice dell'effetto non pare dubbio e ciò si evince anche esaminando il testo della decisione Fastweb in lingue diverse dall'italiano: nel testo francese si fa riferimento a <<*motifs de nature identique*>>; nel testo inglese si parla di offerta contestata nello stesso procedimento <<*and on identical grounds*>>; nel testo spagnolo si specifica <<*por motivos de naturaleza idéntica*>>.

Le parole <<*motivo, motifs, grounds, motivos*>> fanno riferimento non già all'effetto bensì alla causa che ha dato luogo all'esclusione.

Resta da stabilire il significato dell'identità e cioè se si tratti di identità in senso stretto (quasi una riproposizione speculare dello stesso motivo del ricorrente principale), ovvero se e in che misura possano variare i presupposti di fatto o di diritto.

Il testo italiano potrebbe legittimare l'identità in senso stretto, ma non così le versioni nelle altre lingue che sembrano ricollegare l'identità più che all'aspetto formale all'aspetto sostanziale ovvero alla <<*natura del motivo*>> ed all'interesse sottostante alla disposizione che lo prevede.

Pertanto, deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

Tale esegesi, da un lato, è conforme al tenore testuale della sentenza (anche nelle versioni in lingua francese, inglese, spagnola), ed al contesto procedimentale all'interno del quale è stata resa (due offerte accomunate dalla carenza di elementi tecnici essenziali, perché previsti a pena di esclusione, ma di differente contenuto); dall'altro, è coerente, sotto il profilo diacronico ed organizzativo, con l'attività posta in essere dalla stazione appaltante nelle sue varie articolazioni (in particolare responsabile del procedimento e commissione o seggio di gara).

8.3.6.2. Devono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Esemplificando, sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti – solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Si pensi all'ipotesi in cui tali vizi (ed i correlati motivi di impugnazione), scaturiscano entrambi dalla intempestività della domanda ovvero da quest'ultima e dalla non integrità del plico; all'ipotesi della mancanza della qualificazione per la richiesta categoria di lavori dell'impresa ricorrente principale che si confronti con la mancanza di un requisito di affidabilità morale dell'impresa aggiudicataria ricorrente incidentale.

Viceversa non soddisfano il requisito di simmetria escludente (perché non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca), come richiesto dalla sentenza Fastweb, e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, i vizi sussumibili in diverse categorie: ad esempio, la dedotta (nel ricorso incidentale) intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria, a fronte della dedotta (nel ricorso principale) carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria.

8.3.7. Per completezza si evidenzia che nei casi come quello sottoposto alla Adunanza plenaria, non è configurabile neppure l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a.

L'interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti *extrema ratio*; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche.

In questi casi, posto che il ricorrente principale è privo della possibilità giuridica, per tutte le ragioni anzi dette, di risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha in concreto partecipato (anche in caso di rinnovo pedissequo della medesima in quanto permarrrebbe il medesimo sbarramento), egli dovrebbe auspicare che l'Amministrazione indichi una nuova gara, mutandone termini e condizioni, in modo tale da consentirgli di partecipare; ma, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta anche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché tale pretesa si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire.

8.4. In conclusione, avuto riguardo alla quarta questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a) <<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità

della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>;

b) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;

c) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;

d) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.

9. L'Adunanza plenaria restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a., affinché si pronunci sull'appello principale della ditta Palumbo ed eventualmente su quello incidentale della ditta Navale nel rispetto dei seguenti principi di diritto:

a) <<l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011>>;

b) <<il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice>>;

c) <<sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione,

anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali>>;

d) <<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali>>;

e) <<nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l’inosservanza di una prescrizione meramente formale >>;

f) <<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l’ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell’accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell’azione>>;

g) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione; tuttavia, l’esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;

h) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall’amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;

i) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell’Amministrazione ovvero nel corso del

giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere