

## **Il Tar Bari propone una lettura “riduttiva” dei principi affermati dalla Corte di Giustizia sul tema dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale “escludente” nella sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13**

*di Marco Lesto*

*Data di pubblicazione: 16-1-2017*

*1. L'accoglimento contestuale del ricorso incidentale paralizzante e del ricorso principale (entrambi fondati) proposti da imprese nell'ambito di una gara caratterizzata dalla presenza di due sole partecipanti (in via originaria o in via successiva, per via delle esclusioni disposte dall'amministrazione) fa emergere un interesse “strumentale” alla partecipazione ad una futura gara indetta dalla stazione appaltante a seguito dell'“azzeramento” giurisdizionale della precedente (in conseguenza dell'accoglimento di entrambi i ricorsi).*

*2. Tale interesse, all'opposto, non sarebbe ravvisabile nell'ipotesi in cui le partecipanti siano più di due e quindi un ipotetico contestuale accoglimento del ricorso incidentale paralizzante (fondato) della prima classificata e del ricorso principale (parimenti fondato) della seconda classificata costituirebbe un inammissibile giovamento della posizione della terza classificata (non esclusa), nell'ambito di un giudizio amministrativo cui quest'ultima non è interessata e non ha partecipato.*

*3. L'omessa dichiarazione da parte di un'impresa dell'avvenuta risoluzione di un precedente rapporto contrattuale con altra pubblica amministrazione ne comporta l'esclusione dalla gara.*

OMISSIS-in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Silvio Dodaro, con domicilio eletto in Bari, Via F.S. Abbrescia, 82/B;

contro

ARO BA/2, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Felice Ingravalle, con domicilio eletto in Bari, corso Vittorio Emanuele, 185;

Comune di Modugno, Comune di Palo del Colle, Comune di Giovinazzo, Comune di Binetto, Comune di Sannicandro di Bari, Comune di Bitetto, Comune di Bitritto;

U.T.G. - Prefettura di Roma, U.T.G. - Prefettura di Bologna, U.T.G. - Prefettura di Bari, Autorità

Nazionale Anticorruzione non costituiti in giudizio;

nei confronti di

-OMISSIS-, in proprio e nella qualità di mandataria del RTI con -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Andrea Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Ugo Patroni Griffi in Bari, piazza Luigi di Savoia, 41/A;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento del 18.11.2015 n. 882 recante aggiudicazione definitiva dell'appalto dei servizi di igiene urbana dell'ARO BA/2 (comunicato a mezzo pec con l'impugnata lettera prot. n. 56526);

- dei verbali della Commissione di gara nei limiti indicati in ricorso;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, comunque lesivo, ancorché non conosciuto ed, in particolare, ove occorra, del bando, del candidato speciale di appalto, del disciplinare di gara e di tutti gli altri atti meglio indicati in ricorso;

nonché per la reintegrazione in forma specifica mercé l'assegnazione della commessa in favore della ricorrente con conseguente affidamento dei servizi de quibus nei suoi confronti previa declaratoria di inefficacia del contratto di appalto;

e/o comunque per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni per equivalente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ARO BA/2 e di -OMISSIS-;

Visto il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, di -OMISSIS-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2016 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

L'ARO BA/2 avviava una procedura di gara di appalto per l'affidamento novennale dei servizi di igiene urbana nei Comuni di Modugno, Palo del Colle, Giovinazzo, Binetto, Bitetto, Bitritto e Sannicandro di Bari.

Nonostante la partecipazione di n. 6 compagini, la graduatoria finale a seguito dell'esclusione di -OMISSIS-) e del mancato ottenimento, da parte di altro concorrente (Linea Gestioni), del punteggio minimo per l'offerta tecnica è risultata essere la seguente:

- 1) -OMISSIS-- punti: 77,5/100;
- 2) -OMISSIS-- punti: 71,3/100;
- 3) -OMISSIS-- punti: 38/100.

In data 18.11.2015 è stata quindi comunicata l'aggiudicazione definitiva in favore del -OMISSIS-.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio e con i successivi motivi aggiunti l'odierna ricorrente -OMISSIS-in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con -OMISSIS-, contestava gli atti di gara e l'aggiudicazione in favore del RTI -OMISSIS-, invocando altresì tutela risarcitoria in forma specifica e per equivalente.

Si costituivano l'ARO BA/2 e la controinteressata -OMISSIS-., resistendo al gravame.

CNS proponeva ricorso incidentale paralizzante, successivamente integrato da motivi aggiunti da ultimo depositati in data 3.10.2016.

Con ordinanza collegiale n. 677/2016 questo Tribunale ordinava alla ricorrente -OMISSIS-s.r.l. di chiamare in giudizio la Prefettura di Roma, la Prefettura di Bologna, la Prefettura di Bari e l'ANAC, ed alle citate Amministrazioni di fornire chiarimenti al fine di verificare la situazione complessiva di-OMISSIS-con riferimento alla osservanza della normativa antimafia.

Successivamente la ricorrente -OMISSIS-provedeva alla richiesta integrazione del contraddittorio, mentre le menzionate Amministrazioni fornivano risposta ai chiarimenti.

Nel corso dell'udienza pubblica del 23.11.2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che debba essere accolto il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto dal-OMISSIS-e, per l'effetto, dichiarato inammissibile il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, proposto -OMISSIS-.

Deve, infatti, preliminarmente essere esaminato, secondo l'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 e Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, il ricorso incidentale (successivamente integrato da motivi aggiunti) proposto da-OMISSIS-in quanto avente contenuto "paralizzante" della pretesa azionata in via principale.

Nel caso di specie, infatti, il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, è diretto a contestare la legittimazione di -OMISSIS-ricorrente principale e seconda classificata mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara.

Questo Collegio non ignora il principio di diritto recentemente affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza del 5.4.2016 nella causa C-689/13 su rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia con ordinanza n. 848 del 17.10.2013 [ricorso proposto dalla società Puligienica]):

“L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.”.

Al punto 29 della motivazione della sentenza del 5.4.2016 la Corte di Giustizia afferma che:

“29. Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448).”.

Detta statuizione sembra *prima facie* superare i limiti imposti dall'Ad. Plen. n. 9/2014 all'esame contestuale di ricorso incidentale paralizzante e ricorso principale (precetto affermato dalla sentenza *Telecom - Fastweb* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 luglio 2013 C-100/12 su rimessione operata dal T.A.R. Piemonte, Torino con ordinanza n. 208/2012 con riferimento alla cd. vicenda “*Telecom - Fastweb*”).

Infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2014 aveva costruito sostanzialmente un rapporto di regola (esame prioritario del ricorso incidentale paralizzante, principio affermato in precedenza dall'Ad. Plen. n. 4/2011) ed eccezione (esame contestuale del ricorso incidentale paralizzante e del ricorso principale, subordinatamente al ricorrere di stringenti condizioni: 1) si versi all'interno del medesimo procedimento; 2) gli operatori rimasti in gara siano solo due; 3) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe [cosiddetta simmetria escludente], condizioni enucleate alla luce della peculiarità del caso *Telecom - Fastweb* [gara con due sole partecipanti]).

La sentenza della Corte di Giustizia del 5.4.2016 sembra sancire il principio in forza del quale si debba procedere in ogni caso all'esame contestuale del ricorso incidentale paralizzante e del ricorso principale (eventualmente accogliendo entrambi se fondati), a prescindere dal

numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e dalla divergenza dei motivi dai medesimi dedotti.

Tuttavia, un attento esame della fattispecie concreta (cfr. ordinanza di rimessione del CGA n. 848 del 17.10.2013) nell'ambito della quale è sorta la rimessione alla Corte di Giustizia (successivamente definita con la sentenza del 5.4.2016) evidenzia che nella vicenda oggetto di giudizio le imprese partecipanti alla procedura di gara controversa, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla Amministrazione aggiudicatrice senza che un ricorso sia stato proposto dalle imprese diverse da quelle - nel numero di due appunto - coinvolte nel procedimento principale (v. quesito D1 della ordinanza di rimessione del CGA n. 848 del 17.10.2013 e punto 22 della sentenza della Corte di Giustizia del 5.4.2016).

È pertanto evidente che se nel caso Telecom - Fastweb (definito con sentenza della Corte di Giustizia n. 100/2013) le imprese partecipanti erano ab origine due, nel caso di cui alla sentenza della Corte di Giustizia del 5.4.2016 le imprese partecipanti sono analogamente soltanto due (non già ab origine ma) in via successiva, in considerazione del fatto che tutte le altre erano state escluse in modo inoppugnabile (senza cioè che risultasse l'intervenuta impugnazione di dette esclusioni da parte delle imprese diverse da quelle coinvolte nel giudizio principale).

Pertanto, le due fattispecie concrete (quella oggetto della sentenza della Corte di Giustizia del 2013 e quella oggetto della sentenza della stessa Corte del 2016) sono sostanzialmente identiche e non vi è ragione di distinguere sol perché nel secondo caso le partecipanti sono rimaste in due in un momento successivo, costituendo il dato temporale un elemento neutro.

La giustificazione del peculiare ed "eccezionale" trattamento processuale previsto nel caso di due sole partecipanti (originarie, oppure in via successiva nel senso dinanzi evidenziato) alla procedura di gara va individuata nel principio di "parità delle armi" (ex artt. 111, comma 2 Cost., 2 cod. proc. amm. e 6 CEDU) e di uguaglianza concorrenziale (tale per cui a fronte di due sole partecipanti e del ricorrere delle altre condizioni individuate da Ad. Plen. n. 9/2014 risulterebbe non accettabile escludere solo l'offerta della ricorrente principale / seconda classificata in accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla prima graduata e dichiarare inammissibile il ricorso principale) e nell'applicazione dei principi processuali che caratterizzano il sistema di giustizia amministrativa italiano (non caratterizzato da una giurisdizione di tipo oggettivo, come evidenziato da Ad. Plen. n. 9/2014).

Invero, nel sistema *de qua* l'accoglimento contestuale del ricorso incidentale paralizzante e del ricorso principale (entrambi fondati) proposti da imprese nell'ambito di una gara caratterizzata dalla presenza di due sole partecipanti (in via originaria o in via successiva, è indifferente) fa comunque emergere un interesse "strumentale" alla partecipazione ad una futura gara indetta dalla stazione appaltante a seguito dell'"azzeramento" giurisdizionale della precedente (in conseguenza dell'accoglimento di entrambi i ricorsi).

Tale interesse, all'opposto, non sarebbe ravvisabile nell'ipotesi in cui le partecipanti siano più

di due e quindi un ipotetico contestuale accoglimento del ricorso incidentale paralizzante (fondato) della prima classificata e del ricorso principale (parimenti fondato) della seconda classificata costituirebbe un inammissibile giovamento della posizione della terza classificata (non esclusa), nell'ambito di un giudizio amministrativo cui quest'ultima non è interessata e non ha partecipato.

Peraltro, nello stesso dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia del 5.4.2016 si fa riferimento ad "un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto", ricorso - secondo l'impostazione seguita dal Giudice europeo - meritevole di esame nonostante la proposizione di un ricorso incidentale paralizzante.

È evidente che in una gara con più di due partecipanti (ove le altre imprese non siano state escluse) la ricorrente principale non potrebbe vantare un interesse (concreto ed attuale) ad ottenere l'aggiudicazione in considerazione del fatto che la stessa potrebbe essere disposta in favore della terza classificata (peraltro non intervenuta nel giudizio principale).

Pertanto, il riferimento, contenuto nel dispositivo della sentenza europea del 2016, all'"interesse della ricorrente principale ad ottenere l'aggiudicazione" deve essere posto in correlazione con le peculiarità del caso concreto oggetto della rimessione alla Corte di Giustizia, vale a dire una gara in cui inizialmente erano state ammesse offerte in numero maggiore di due e successivamente erano state "inoppugnabilmente" escluse dall'amministrazione aggiudicatrice tutte le altre offerte diverse dalle due rispettivamente della ricorrente principale e della ricorrente incidentale.

Dunque, l'"interesse ad ottenere l'aggiudicazione" è l'interesse di una ricorrente principale / seconda classificata che ha partecipato ad una gara con due soli partecipanti (sia pure, nel caso di specie, in via successiva e non già originaria). Ed è evidentemente l'interesse "strumentale" (non solo della ricorrente principale, ma anche della ricorrente incidentale, ove entrambi i ricorsi dovessero risultare fondati) a partecipare ad una futura gara indetta dalla stazione appaltante a seguito dell'"azzeramento" giurisdizionale della precedente (in conseguenza dell'accoglimento di entrambi i ricorsi principale ed incidentale).

Ciò premesso, anche alla luce del principio di diritto di cui alla citata sentenza della Corte di Giustizia del 5.4.2016 è possibile riaffermare il rapporto di regola ed eccezione di cui alla decisione dell'Ad. Plen. n. 9/2014 ove la regola è costituita dal necessario esame prioritario del ricorso incidentale paralizzante e l'eccezione dall'esame contestuale del ricorso incidentale paralizzante e del ricorso principale, subordinatamente al ricorrere delle stringenti condizioni in precedenza esaminate: 1) si versi all'interno del medesimo procedimento; 2) gli operatori rimasti in gara siano solo due (in via originaria ovvero in via successiva); 3) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe (cosiddetta simmetria escludente).

Detti principi regolatori dell'ordine logico della trattazione dei ricorsi (principale ed incidentale) sono stati di recente ribaditi da T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 20 luglio 2016, n. 959 e da Cons. Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708 (cfr. par. 3.3).

Nella fattispecie in esame dagli atti del processo risulta che le partecipanti al procedimento di gara per cui è causa erano originariamente sei, divenute successivamente, a seguito di esclusioni, tre.

Pertanto, non ricorre la cd. "eccezione Fastweb" (di cui alla sentenza della Corte di Giustizia n. 100/2013 come interpretata da Ad. Plen. n. 9/2014), né il caso Puligienica (di cui alla sentenza della Corte Giustizia del 5.4.2016, come interpretata da Cons. Stato n. 3708/2016 e da T.A.R. Puglia Bari n. 959/2016) poiché i partecipanti alla procedura de qua sono tre (quindi più di due).

Invero, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente principale -OMISSIS- nella memoria depositata in data 8.10.2016, l'altro concorrente (terzo classificato) rimasto in gara (-OMISSIS-) non risulta essere stato escluso da parte della stazione appaltante resistente ARO BA/2 (né vi è stata impugnazione sul punto da parte della stessa società -OMISSIS- al fine di far valere l'interesse alla rinnovazione della gara) e non rileva la circostanza della esclusione dell'-OMISSIS- da parte di diversa stazione appaltante (ARO BA/5) relativamente a diversa gara.

Conseguentemente, in applicazione del principio di diritto in precedenza enunciato ed in considerazione del fatto che non ricorre nel caso di specie l'eccezione di cui sopra è necessario procedere all'esame prioritario del ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto da-OMISSIS-.

Ritiene questo Giudice che il suddetto ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, sia fondato nei termini di seguito esposti.

Deve essere accolto in particolare il motivo di ricorso incidentale sub I (pagg. 3 e ss.).

Invero, come correttamente rilevato dalla controinteressata-OMISSIS-, la mandante -OMISSIS-I. del raggruppamento secondo classificato (mandataria -OMISSIS-s.r.l. ricorrente principale) ha ommesso di indicare nella propria domanda di partecipazione ex art. 38 dlgs n. 163/2006 (risalente al 12.12.2014) una precedente risoluzione contrattuale per "grave negligenza" della stessa -OMISSIS- risultante dalla deliberazione di Giunta Comunale del Comune di San Marco in Lamis n. 117 del 26.6.2013.

Né può assumere rilevanza la circostanza che l'autorità comunale di San Marco in Lamis con successiva delibera n. 126 dell'8.7.2013 sia addivenuta, con riferimento alla stessa vicenda, ad una risoluzione consensuale a contenuto transattivo al fine di evitare l'instaurarsi di un contenzioso poiché la stessa Amministrazione nella deliberazione succitata ha chiarito: "Ferma restando la valutazione negativa del servizio reso alla ditta -OMISSIS-".

Ne consegue che in applicazione del condivisibile principio di diritto di cui a Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 802:

"Ai sensi dell'art. 1 lett. f), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 per i partecipanti a gare pubbliche è obbligatorio dichiarare la sussistenza di pregresse risoluzioni contrattuali anche a prescindere

dalla stazione appaltante, la “stessa” presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente, o “altra”, posto che ciò attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta comunque all’Amministrazione la valutazione dell’errore grave, che può essere accertato con qualunque mezzo di prova.”.

Analogamente Cons. Stato, Sez. V, 19 agosto 2015, n. 3950 ha rimarcato:

“Sussiste l’obbligo per la stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica, da essa indetta, una impresa che in sede di dichiarazione del possesso dei requisiti di ammissione richiesti, non le aveva dichiarato, come invece prescritto dalla legge e dalla disciplina di gara, l’avvenuta risoluzione di un precedente rapporto contrattuale con altra pubblica amministrazione, atteso che tale omissione non consentiva alla stazione appaltante l’esercizio del potere valutativo di cui all’art. 38 comma 1, lett. f), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163.”.

La questione è stata recentemente affrontata in termini analoghi da questo T.A.R. con ordinanza cautelare n. 349/2015 e con sentenza n. 58/2016, quest’ultima decisione relativa ad una vicenda che processualmente veniva risolta in termini analoghi alla presente controversia (i.e. accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla aggiudicataria / declaratoria di inammissibilità del ricorso principale sulla base della condivisa interpretazione dell’art. 38, comma 1, lett. f) dlgs n. 163/2006).

Peraltro, la suddetta interpretazione trova espressa conferma nel nuovo codice dei contratti pubblici (cfr. art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016: “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all’articolo 105, comma 6, qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; ...”).

Proprio lo spazio lasciato all’apprezzamento dell’amministrazione, e quindi alla necessità che la stessa abbia contezza di come si siano svolti i pregressi rapporti contrattuali del partecipante alla gara al fine di poter compiutamente esprimere la propria valutazione, rende ragione dell’ampiezza con cui deve essere inteso l’obbligo di informazione in capo all’impresa.

Questa ragione giustifica l’estensione del dovere di esternazione dei fatti, atteso che “si tratta



di dichiarazione/prescrizione essenziale che prescinde dalla stazione appaltante, la stessa o altra, perché attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta comunque all'Amministrazione la valutazione dell'errore grave che può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova. La circostanza pertanto assume il carattere di elemento sintomatico in ogni caso apprezzabile, anche se proveniente da altra Amministrazione, e che può fornire elementi oggettivi per le determinazioni della stazione appaltante" (in termini, Consiglio di Stato, Sez. III, 5 maggio 2014, n. 2289).

È stato, inoltre, costantemente ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e di questo T.A.R. (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 802 e T.A.R. Puglia, Bari n. 58/2016) che la grave negligenza o malafede ex lett. f) dell'art. 38 dlgs n. 163/2006 rileva sia nel caso in cui si verifichi nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante, sia da differente stazione appaltante (ipotesi, quest'ultima ricorrente, nel caso di specie).

Ne consegue che la mandante -OMISSIS- avrebbe dovuto dichiarare nella domanda ex art. 38 dlgs n. 163/2006 il precedente di cui alla deliberazione di Giunta Comunale del Comune di San Marco in Lamis n. 117 del 26.6.2013.

L'omissione dichiarativa sul punto non può che determinare l'esclusione della ricorrente principale -OMISSIS-e, di conseguenza, il difetto di legittimazione della stessa a proporre il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, che deve essere, pertanto, dichiarato inammissibile.

In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento del ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla controinteressata-OMISSIS-e, per l'effetto, la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, proposto -OMISSIS-.

Ogni altra doglianza formulata con il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, deve essere assorbita.

In considerazione della complessità e della peculiarità della presente controversia sussistono giuste ragioni per compensare le spese di lite.

omissis

**Guida alla lettura**

Sono due le principali questioni giuridiche sottoposte allo scrutinio della prima sezione del Tar Puglia-Bari nel giudizio in esame: una preliminare, riguarda i rapporti fra il ricorso incidentale “*escludente*” [1] e quello principale, e in particolare la contestualità o la priorità dell'esame del primo rispetto al secondo quando il numero dei partecipanti alla gara sia superiore a due; l'altra, di merito, attiene alle conseguenze sulla partecipazione alla procedura di gara dell'omessa dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. f) del previgente Codice (D.lgs. 163/2006) da parte di un'impresa concorrente.

La prima questione è stata recentemente affrontata dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza C-689 del 5 aprile 2016 (caso *Puligienica*), che, ampliando la prospettiva in precedenza assunta dalla giurisprudenza sovranazionale [2] e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato [3], ha stabilito il principio secondo il quale “**sussiste il dovere del giudice di esaminare sia il ricorso principale che il ricorso incidentale cd. escludente senza distinzioni o condizioni o riserve e indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura.**”

Secondo la Corte **ciò che rileva non è il numero dei concorrenti, bensì un eguale interesse legittimo delle parti in causa ad “escludersi” giudizialmente dalla gara, in vista della possibile riedizione di quest'ultima.** La presenza di tale interesse non può essere a priori esclusa per il solo fatto che vi siano altri “*offerenti*” ammessi a partecipare alla procedura; è, infatti, possibile che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione sia idonea a inficiare la legittimità delle altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per l'amministrazione di avviare una nuova procedura.

Nella suddetta pronuncia la Corte di Giustizia sembra, quindi, aver superato la regola, che si era prima cristallizzata, secondo cui il ricorso principale dev'essere esaminato nel merito nelle sole ipotesi in cui le imprese rimaste in gara non siano più di due e le relative offerte siano affette da un vizio ascrivibile alla medesima fase procedimentale, e pare aver enunciato il diverso principio per cui **il ricorso principale dev'essere comunque esaminato (anche, cioè, in seguito all'accoglimento di quello incidentale), a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione con esso dedotta.**

Tale principio è stato, tuttavia, declinato in maniera a volte differente dai giudici nazionali. In particolare, a fronte di un prevalente orientamento secondo il quale, per effetto della richiamata sentenza, sussiste il dovere del giudice di esaminare sia il ricorso principale che il ricorso incidentale cd. *escludente* **senza distinzioni o condizioni o riserve e indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara** [4], in alcune pronunce la detta regola ha trovato, invece, un temperamento.

In tal senso, la terza sezione del Consiglio di Stato [5] ha, per esempio, stabilito che l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “*escludente*”) è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo

riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento. Per altro verso, **resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità, neanche in via mediata e strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio).**

Secondo questa prospettiva, un'interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, si rivelerebbe del tutto incoerente sia con l'art. 1 della direttiva n. 89/665 CEE<sup>[6]</sup> sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.). Osserva la Sezione che, per quanto possa estendersi la nozione di "*interesse processualmente rilevante*" fino a comprendervi l'accezione anche di "*interesse strumentale alla rinnovazione della procedura*", non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione qualora dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura, non potendosi scardinare il principio generale secondo cui "*per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse*" (art. 100 c.p.c.)<sup>[7]</sup>.

In questo filone giurisprudenziale si iscrive la sentenza in commento nella quale il Tar Bari offre una lettura della decisione assunta dalla Corte di Giustizia volta a ridimensionarne lo spettro applicativo.

La vicenda sottoposta allo scrutinio del tribunale barese origina da un ricorso proposto contro l'aggiudicazione di un appalto. A questa iniziativa giudiziaria l'impresa aggiudicataria ha reagito attraverso la presentazione di un ricorso incidentale al fine di conseguire l'esclusione della ricorrente principale sul rilievo dell'omessa dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del previgente Codice.

In rito, il giudice ha ritenuto dover previamente esaminare il ricorso incidentale della controinteressata riconducendo la regola consacrata dalla Corte europea nella più volte menzionata sentenza del 5.4.2016 all'interno dei confini tracciati nella precedente decisione del 2013 relativa al caso "*Telecom-Fastweb*" (e nella pronuncia n. 9/2014 dell'Ad. Plenaria).

Osserva, in particolare, il Collegio, che le due fattispecie esaminate dal giudice comunitario nelle richiamate decisioni sono identiche; infatti, "*se nel caso .....definito.. con sentenza della Corte di Giustizia n. 100/2013 le imprese partecipanti erano ab origine due, nel caso di cui alla sentenza della Corte di Giustizia del 5.4.2016 le imprese partecipanti sono analogamente soltanto due (non già ab origine ma) in via successiva, in considerazione del fatto che tutte le altre erano state escluse in modo inoppugnabile (senza cioè che risultasse l'intervenuta impugnazione di dette esclusioni da parte delle imprese diverse da quelle coinvolte nel giudizio principale)*".

In ambedue i casi "*l'accoglimento contestuale del ricorso incidentale paralizzante e del ricorso*

*principale (entrambi fondati) ... fa comunque emergere un interesse "strumentale" alla partecipazione ad una futura gara indetta dalla stazione appaltante a seguito dell'"azzeramento" giurisdizionale della precedente (in conseguenza dell'accoglimento di entrambi i ricorsi). Tale interesse, all'opposto, non sarebbe ravvisabile nell'ipotesi in cui le partecipanti siano più di due e quindi un ipotetico contestuale accoglimento del ricorso incidentale paralizzante (fondato) della prima classificata e del ricorso principale (parimenti fondato) della seconda classificata costituirebbe un inammissibile giovamento della posizione della terza classificata (non esclusa), nell'ambito di un giudizio amministrativo cui quest'ultima non è interessata e non ha partecipato."*

Seguendo questa linea di pensiero il tribunale barese ha ritenuto che nel caso di specie non ricorresse la cd. "eccezione *Fastweb*" (di cui alla sentenza della Corte di Giustizia n. 100/2013 come interpretata da Ad. Plen. n. 9/2014), né il caso *Puligienica* (di cui alla sentenza della Corte Giustizia del 5.4.2016, come interpretata da Cons. Stato n. 3708/2016 e nella decisione in commento) poiché i partecipanti alla procedura *de qua* erano tre (quindi più di due)[\[8\]](#).

Conseguentemente il Collegio ha proceduto all'esame prioritario del ricorso incidentale, accogliendolo (e dichiarando, quindi, al contempo l'inammissibilità del ricorso principale) sul rilievo dell'accertata violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.lgs. 163/2006, per avere la ricorrente principale sottaciuto una precedente risoluzione contrattuale in suo danno, in tal modo contravvenendo ai principi di lealtà e affidabilità che presiedono agli appalti e ai rapporti con l'amministrazione appaltante e precludendo alla stessa amministrazione ogni valutazione in ordine alla gravità dell'errore professionale contestato alla ditta[\[9\]](#).

La cogenza del suddetto obbligo dichiarativo trova, peraltro, espressa conferma nel nuovo codice dei contratti pubblici (cfr. art. 80, comma 5, lett. c) D.lgs n. 50/2016[\[10\]](#)), ove l'ampio spazio lasciato all'apprezzamento dell'amministrazione, e quindi alla necessità che la stessa abbia contezza di come si siano svolti i pregressi rapporti contrattuali del partecipante alla gara al fine di poter compiutamente esprimere la propria valutazione, giustifica l'estensione e la pregnanza dell'obbligo di informazione in capo all'impresa.

[\[1\]](#) Cosiddetto perché mira a paralizzare il ricorso principale facendo venir meno le condizioni dell'azione del ricorrente principale.

[\[2\]](#) Cfr. Corte di Giustizia Europea, sent. 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*. Al punto 33 della sentenza *Fastweb* la Corte ha considerato che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, in quanto in una situazione del genere 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. Al punto 34 della succitata sentenza la Corte ha pertanto interpretato

l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 nel senso che tale disposizione osta a che il ricorso di un offerente la cui offerta non è stata prescelta sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare dell'eccezione di inammissibilità sollevata nell'ambito del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, senza che ci si pronunci sulla conformità delle due offerte in discussione con le specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. La sentenza in parola fa riferimento a quelle circostanze nelle quali, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione. In una situazione siffatta ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di entrambi gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto.

[3] Cfr. sentenza n. 9 del 25.02.2014. Nell'occasione il Supremo Collegio della giustizia amministrativa italiana aveva stabilito un rapporto di regola (esame prioritario del ricorso incidentale paralizzante, principio affermato in precedenza dall'Ad. Plen. n. 4/2011) ed eccezione (esame contestuale del ricorso incidentale paralizzante e del ricorso principale, subordinatamente al ricorrere di stringenti condizioni: 1) si versi all'interno del medesimo procedimento; 2) gli operatori rimasti in gara siano solo due; 3) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe, cosiddetta **simmetria escludente**). L'eventuale partecipazione alla gara di più di due concorrenti eliderebbe la stessa sussistenza di un interesse strumentale, poiché in esito ad un ipotetico accoglimento di entrambi i gravami proposti dai ricorrenti incidentale e principale, lo scorrimento della graduatoria consentirebbe alla stazione appaltante di disporre l'assegnazione della commessa pubblica in favore della terza graduata. In tal caso troverebbe, quindi, conferma la regola del prioritario esame del ricorso incidentale escludente che, ove fondato, preserva l'utilità conseguita dall'aggiudicatario controinteressato, determinando l'inammissibilità del ricorso principale.

[4] Cfr., ex plurimis, T.A.R. Lazio - Latina - Sez. I, 28.06.2016 n. 437; Consiglio di Stato - Sez. V, 31.08.2016, n. 3752; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 18 novembre 2016, n. 2519; TAR Veneto, sez. I, 24 agosto 2016, n. 977.

[5] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708.

[6] L'art. 1, comma 3, direttiva n. 89/665 CEE, richiamato come parametro normativo di riferimento dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza C-689/15 5 aprile 2016 – cit., riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di **interesse**, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a *“chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”*.

[7] Una lettura in senso riduttivo della portata del principio enucleato dalla CGE è, altresì, proposta dal Tar Sicilia – Palermo nella n. 2244 del 22 settembre 2016 laddove si afferma il seguente principio: *“la “non pregiudizialità” del ricorso incidentale, rispetto al ricorso principale, presuppone che con quest'ultimo il ricorrente miri all'esclusione del concorrente che si è aggiudicato l'appalto e, quindi, miri all'aggiudicazione della gara”*.

[8] Le ditte partecipanti al procedimento di gara erano originariamente sei, divenute successivamente, a seguito di esclusioni, tre.

[9] Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 802; Cons. Stato, Sez. V, 19 agosto 2015, n. 3950.

[10] *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali*

*da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; ..."*