

Il ricorso incidentale e l'interesse ad agire

di Adele Berti Suman

Data di pubblicazione: 6-9-2017

SOMMARIO: 1. Il principio espresso dalla sentenza *Puligienica* – 2. Le prime applicazioni del giudice amministrativo italiano – 3. I limiti oggettivi della sentenza *Puligienica* – 3.1 Gli ultimi orientamenti dei giudici amministrativi – 4. La sentenza *GesmbH*: un ripensamento? – 5. L'interesse del ricorrente definitivamente escluso dalla gara secondo la giurisprudenza amministrativa – 6. Il difetto di legittimazione ad agire della impresa non partecipante alla gara nella sentenza Corte Cost. n. 245/2016 – 7. Principio di effettività della tutela ed alta probabilità di non conseguire l'aggiudicazione: una nuova rimessione alla CGUE – 8. Ancora sulla legittimazione dell'impresa "non definitivamente" esclusa da una gara di appalto: la sentenza *Archus* – 9. L'ordine di esame dei ricorsi principale e incidentale: casistica giurisprudenziale – 10. Il contenuto delle pronunce di accoglimento dei ricorsi reciprocamente escludenti e gli effetti sulla procedura di gara – 11. Il contraddittorio processuale con i concorrenti terzi – 12. Il mancato esame del ricorso nel merito: un'ipotesi di "diniego di giurisdizione"? – 13. Questioni aperte: il nuovo rito dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a – 14. Nuovi profili di giurisdizione oggettiva: *quid prodest?*

1. Il principio espresso dalla sentenza *Puligienica*

La Corte di giustizia UE, Grande Camera, con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica c. Airgest s.p.a.*, è tornata a esprimersi sul rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale^[1] nel contenzioso in materia di appalti pubblici^[2].

La Corte chiarisce e sviluppa la *regula iuris* stabilita con la decisione *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), riaffermando il principio secondo cui la direttiva ricorsi^[3] "osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente."

La parte decisamente innovativa della pronuncia consiste nella precisazione secondo cui, ai fini dell'applicazione di questo principio, risulta irrilevante:

- A. l'eventuale divergenza di oggetto o di contenuto dei motivi dedotti rispettivamente con il ricorso principale e con quello incidentale;
- B. il numero dei partecipanti che abbiano presentato ricorso (principale o incidentale) e la circostanza che i concorrenti rimasti in gara siano stati tutti evocati in giudizio.

In tal modo, si è esteso di molto il principio espresso dalla sentenza *Fastweb*^[4], al fine di tutelare al massimo l'interesse strumentale dell'operatore economico e di proteggere, in prospettiva più generale, la legalità delle procedure di affidamento degli appalti pubblici^[5].

La Corte UE ha quindi superato quanto affermato dalla Adunanza Plenaria con la sentenza n.9 del 2014^[6], in coerenza con i principi affermati nella sentenza *Fastweb*.

Secondo la Plenaria, l'obbligo di procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti resta circoscritto alle sole ipotesi in cui:

- A. i vizi che affliggono le rispettive offerte attengano alla "medesima fase procedimentale" ("simmetria escludente");
- B. gli operatori rimasti in gara abbiano tutti proposto ricorsi escludenti nei confronti degli altri.

La stessa Plenaria aveva attentamente puntualizzato il corretto ordine di esame dei ricorsi. Si era, infatti, affermato che lo scrutinio del ricorso incidentale escludente, poiché riguarda la legittimazione e l'interesse del ricorrente principale, deve sempre precedere il vaglio del ricorso principale. Tuttavia, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, ma soltanto nel caso in cui "esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a."^[7].

Pertanto, in caso di riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale escludente, il giudice deve dichiarare inammissibile il ricorso principale per carenza di interesse, senza esaminarlo nel merito. Solo nei tassativi casi di accertata "simmetria" delle censure formulate e di proposizione di ricorsi escludenti nei confronti di tutti i concorrenti rimasti in gara, l'accoglimento del ricorso incidentale lascia intatto l'obbligo del giudice di esaminare anche il ricorso principale.

Per la Plenaria, in tali particolari circostanze appare, infatti, configurabile un interesse strumentale del ricorrente principale alla rinnovazione della procedura di gara, in quanto l'accoglimento contestuale dei ricorsi determinerebbe l'annullamento dell'intera procedura di gara con conseguente sua ripetizione^[8].

Al contrario, qualora i ricorsi reciprocamente escludenti non investano la posizione di altri concorrenti utilmente collocati nella graduatoria, l'accoglimento del ricorso incidentale preclude in radice l'esame del ricorso principale. In tale eventualità poiché la stazione appaltante dovrebbe affidare l'appalto al terzo, l'operatore economico che ha proposto il ricorso principale non potrebbe far valere alcun interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Il duplice criterio interpretativo espresso della Plenaria n. 9/2014 risulta adesso radicalmente ripensato e modificato dalla sentenza *Puligienica*.

La controversia di cui al procedimento principale riguardava una procedura di gara con più di

due partecipanti, ove in primo grado, il Tar Sicilia^[9], a fronte di censure reciprocamente escludenti sollevate dal ricorrente principale e da quello incidentale, aveva esaminato e ritenuto fondati entrambi i ricorsi, e, per l'effetto, annullato l'aggiudicazione e l'ammissione alla gara delle due società ricorrenti. Successivamente alla pubblicazione della sentenza, la stazione appaltante dapprima aveva escluso dalla procedura le due ricorrenti e poi, una volta fatta scorrere la graduatoria, aveva altresì provveduto all'esclusione di tutte le altre imprese ammesse per inidoneità delle rispettive offerte, poiché tutte carenti del requisito rappresentato dalla specifica indicazione dei costi per la sicurezza, con provvedimenti successivamente divenuti inoppugnabili.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, adito per l'appello, si era ritrovato quindi a giudicare su censure escludenti in merito ad una vicenda venuta a configurarsi, a seguito dell'esclusione definitiva di tutti gli ammessi alla procedura, come una gara a soli due partecipanti.

L'ordinanza di rinvio, si preoccupa di distinguere la concreta vicenda esaminata da quelle finora vagliate dalle precedenti Plenarie e, soprattutto, dalla sentenza *Fastweb*, ove, come noto, alla gara avevano partecipato, sin dall'origine, le due sole imprese che avevano proposto i ricorsi reciprocamente escludenti e le censure proposte erano, anche nel contenuto, perfettamente speculari (c.d. simmetria escludente).

Il Collegio siciliano, pur evidenziando l'*isomorfismo* delle situazioni^[10], dubita che si possa applicare il principio di diritto espresso dalla sentenza *Fastweb* anche al caso *de quo*, in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, con provvedimenti divenuti definitivi, di guisa che la controversia, alla luce della evoluzione suddetta, risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese.

I giudici europei, tuttavia, paiono non considerare il particolare caso loro sottoposto dai giudici siciliani, non limitandosi ad affermare la piena equivalenza tra il caso *Fastweb* e la situazione dei ricorsi incrociati proposti dai concorrenti "rimasti in gara", ma affermando il generale principio – di portata dirompente^[11] – secondo cui la finalità di tutela dell'interesse strumentale delle parti impone sempre:

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

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

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

Nello specifico, la Corte ribadisce il principio generale ricavabile dalla sentenza *Fastweb*, secondo cui *“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”*.

Ma la pronuncia sostiene che l'interesse strumentale dell'operatore economico sussiste anche nei casi in cui nella procedura siano rimasti in gara altri concorrenti, le cui offerte non abbiano formato oggetto di censure “escludenti”. A parere del giudice europeo, infatti, *“non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura”*.

Ciò ha condotto la Corte a concludere nel senso che *“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*”*. [\[12\]](#)

2. Le prime applicazioni del giudice amministrativo italiano

L'evidente portata innovativa della sentenza *Puligienica* merita di essere attentamente analizzata alla luce delle sue prime applicazioni pratiche da parte del giudice amministrativo italiano.

Il primo principio espresso dalla Corte, riguardante l'irrilevanza della “simmetria” tra i vizi fatti valere rispettivamente con il ricorso principale e con il ricorso incidentale, per quanto “rivoluzionario” non ha posto particolari dubbi interpretativi. Anzi, la regola affermata dalla Corte ha determinato una evidente semplificazione applicativa, consentendo di superare le numerose incertezze riguardanti la corretta qualificazione dei vizi escludenti prospettati dai due ricorsi incrociati e il riferimento alla “medesima” fase procedimentale.

Ha determinato numerosi dubbi, invece, la nuova regola riguardante l'asserita indifferenza del numero dei partecipanti alla procedura selettiva in contestazione e la loro presenza o assenza nel giudizio.

Schematizzando, le decisioni del giudice amministrativo hanno esaminato le seguenti questioni:

1. i limiti oggettivi di applicazione del nuovo principio;
2. la necessità, o meno, di esaminare sempre entrambi i ricorsi escludenti incrociati;

3. l'esatto ordine di esame dei ricorsi;
4. il contenuto delle pronunce di accoglimento di entrambi i ricorsi e gli effetti sulla procedura di gara;
5. il contraddittorio processuale con i concorrenti "terzi".

Più nel dettaglio, un primo problema concerne la portata oggettiva nel principio espresso nella *Puligienica* e l'esistenza di possibili limiti oggettivi all'applicazione dello stesso.

Tale questione, è stata oggetto di una recente pronuncia della Terza Sezione del Consiglio di Stato (sent. 26 agosto 2016, n. 3708), in cui si è modulato quanto statuito dalla Corte di Giustizia con riferimento alla nozione di interesse strumentale. L'orientamento seguito dai giudici della Terza, dapprima minoritario, è stato ripreso poi da una serie di pronunce successive.

Inoltre, la stessa Corte di Giustizia, con la sentenza *GesmbH* del 21 dicembre 2016, ha, in un certo senso, riformulato il principio di diritto prima espresso, ribadendo il difetto di legittimazione a ricorrere all'offerente definitivamente escluso dalla procedura, in quanto portatore di un mero interesse di fatto alla riedizione della gara, alla stregua di un *quisque de populo*.

Sul punto, peraltro, si è espressa anche la Corte Costituzionale con la sentenza del 22 novembre 2016, n. 245, a seguito della quale, con ordinanza del 29 marzo 2017, n. 263, il Tar Liguria ha rimesso alla Corte di Giustizia UE un questione pregiudiziale concernente la legittimazione di un operatore economico a contestare in radice i termini di una procedura di gara alla quale il medesimo non ha presentato domanda di partecipazione, nel particolare caso in cui la disciplina di gara renda certa o altamente probabile la sua impossibilità a conseguire l'aggiudicazione della gara stessa.

Invero, ancor più di recente, i giudici di Lussemburgo, con la sentenza *Archus* dell'11 maggio 2017, sono nuovamente tornati sulla questione della legittimazione dell'impresa "non definitivamente" esclusa dalla procedura di gara, riprendendo quanto statuito nella *Puligienica* e ribadendo che la prima vanti, in ogni caso, un interesse ad ottenere la rinnovazione della gara.

La seconda e la terza questione attengono all'ordine con cui procedere, alla luce del principio *Puligienica*, nell'esame dei due ricorsi (principale e incidentale).

Al riguardo, in particolare, si è posto il problema se il giudice, applicando il nuovo criterio dettato dalla CGUE, sia ora tenuto ad esaminare sempre e comunque, tutti e due i ricorsi (principale ed incidentale), a prescindere dall'esito.

In caso di risposta positiva, evidentemente, il problema dell'ordine di esame dei ricorsi sarebbe svuotato di ogni rilievo, poiché il giudice sarebbe sempre tenuto a vagliare entrambi i ricorsi: la sentenza della Corte avrebbe, quindi, posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici [\[13\]](#).

In caso invece di risposta negativa – e, dunque qualora si ritenesse ancora sussistente, sempre, un ordine di esame - attraverso l'analisi della prime pronunce in tema si possono enucleare diverse soluzioni.

Chiaramente, le possibilità alternative sono due:

- A. Si esamina prioritariamente il ricorso incidentale (escludente);
- B. Si valuta per primo il ricorso principale (a sua volta escludente).

L'impostazione di cui alla lettera A) ha condotto, sul piano pratico, all'esame necessario anche del ricorso principale solo nel caso in cui il ricorso incidentale sia dichiarato infondato.

Diversamente, considerata la fondatezza del ricorso incidentale, si è proceduto a dichiarare il ricorso principale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, ritenendo necessario esaminarlo nel merito (alla luce delle precisazioni contenute nella sentenza della Terza Sezione del Consiglio di Stato prima richiamata) solo se contenente censure che, ove accolte, sarebbero tali da comportare in via immediata la riedizione della procedura ovvero l'estensione, in esito a riesame e con effetto conformativo, alle offerte delle altre concorrenti collocate in graduatoria e non coinvolte nel processo *de quo*.

Le decisioni di cui alla lettera B), ove si è partiti dall'analisi del ricorso principale, presentano altresì esiti differenziati e soluzioni ancora non omogenee.

Occorre anche qui distinguere, anzitutto, le due ipotesi speculari di accoglimento e di reiezione del ricorso principale. Non vi è dubbio che, in caso di accoglimento del ricorso principale, il giudice sia tenuto ad esaminare il ricorso incidentale. In caso, viceversa, di rigetto del ricorso principale, al momento prevale la scelta di dichiarare improcedibile il ricorso incidentale, per sopravvenuta carenza di interesse.

Tuttavia, applicando il nuovo principio espresso dalla CGUE, si potrebbe ritenere di esaminare comunque nel merito anche il ricorso incidentale, esito che si potrebbe avere anche nel caso indicato alla lettera A) (necessità di esaminare comunque entrambi i ricorsi).

Nei casi in cui entrambi i ricorsi incrociati siano stati ritenuti fondati, è interessante analizzare i contenuti delle pronunce dei giudici, i quali si sono espressi sulla sorte della procedura di gara, annullandola con eventuale declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

Al riguardo, questione connessa - affrontata per ora solo in via "ipotetica", in quanto non risulta, allo stato, verificabile in concreto - concerne l'attività della p.a. successiva alle statuizioni suddette, che, da quanto si rileva finora, parrebbe essere del tutto discrezionale, potendo la stessa scegliere se rinnovare la procedura ovvero preferire lo scorrimento della graduatoria.

In tale ambito, l'aspetto più delicato consiste nel definire l'assetto di interessi scaturito dall'accertata illegittimità dell'ammissione in gara dei due concorrenti che hanno presentato i ricorsi simmetrici escludenti, considerando che, sullo sfondo della vicenda, si colloca la

posizione del concorrente “terzo”, la cui ammissione in gara non risulta contestata dalle parti del giudizio.

In particolare, sorge il problema del rispetto del principio del contraddittorio nei confronti dei “terzi”, qualora i ricorrenti facciano valere la validità o l’invalidità dell’offerta di altri partecipanti alla gara, estranei al giudizio.

Si anticipa fin d’ora che, in generale, i Tar, pur prendendo atto della presenza di ulteriori concorrenti, non hanno proceduto all’integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri partecipanti in gara, estranei al giudizio. La questione, come anticipato, è stata affrontata anche dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, che ha indagato più nello specifico la posizione sostanziale e processuale del “terzo”, facendo riferimento alla nozione di interesse strumentale.

Infine, si evidenzieranno brevemente ulteriori profili problematici, sia interpretativi che applicativi, che potrebbero, anche in futuro, derivare dall’applicazione *tout court* del principio espresso dalla sentenza *Puligienica*, nonostante lo scenario attuale sia, in parte, mutato, stante l’introduzione, ad opera del d.lgs. n. 50/16, del nuovo comma 2-*bis*, art. 120, c.p.a. che prevede la nuova regola dell’onere della immediata impugnabilità degli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti.

3. I limiti oggettivi della sentenza *Puligienica*

Una prima questione di grande rilevanza, tenuto conto dell’evidente portata innovativa del principio espresso dalla CGUE, attiene alla portata oggettiva[\[14\]](#) di quest’ultimo e all’esistenza di possibili suoi limiti di applicazione.

Tale problema è stato trattato analiticamente dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, nella recente sentenza del 26 agosto 2016, n. 3708, la quale è stata poi ripresa dai giudici amministrativi nelle pronunce successive.

Quest’ultima ha proposto la tesi secondo cui, in presenza di concorrenti terzi di cui non si contesti l’ammissione alla gara, per l’esame del ricorso principale deve essere verificata l’insussistenza di possibili ostacoli alla piena operatività della tutela dell’interesse strumentale della parte ricorrente[\[15\]](#).

La soluzione seguita dalla Terza Sezione può definirsi di tipo “panprocessuale”, in quanto il principio da ultimo espresso dalla Corte UE è stato applicato alla fattispecie concreta oggetto del giudizio principale, chiarendo l’effettiva portata conformativa e applicativa dello stesso, e riconoscendo che, pur dopo l’estensione della nozione di interesse processualmente rilevante data dalla *Puligienica*, non possono ravvisarsi gli estremi di tale condizione dell’azione nei casi in cui dall’accoglimento del ricorso non possa invero derivare alcun effetto per il ricorrente, neppure limitatamente all’indizione di una nuova procedura[\[16\]](#).

La controversia *de qua* aveva ad oggetto l'impugnazione della sentenza del Tar Piemonte che aveva dichiarato improcedibile il ricorso principale proposto dalla seconda classificata in una procedura di affidamento di forniture, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla aggiudicataria.

La ricorrente si doleva che il Tar avesse ommesso di esaminare il suo ricorso principale, sostenendo che avrebbe invece dovuto analizzarlo, applicando i principi enunciati dalla Corte UE nella *Puligienica*, nella misura in cui dal suo accoglimento sarebbe derivata la rinnovazione della procedura e la soddisfazione del relativo interesse strumentale.

Dopo una disamina della questione processuale sollevata ed una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema, la Terza Sezione ha ricordato la particolarità del caso *Puligienica/Airgest s.p.a.*, trattandosi di una gara a cui avevano partecipato anche altre imprese, le quali, tuttavia, erano rimaste estranee al giudizio e delle quali i relativi provvedimenti di esclusione erano rimasti inoppugnati, con conseguente consolidamento degli effetti giuridici di questi ultimi. Di conseguenza, l'eventuale accoglimento del ricorso principale avrebbe soddisfatto l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, riconoscendo al ricorrente una *change* di aggiudicazione dell'appalto controverso.

Nello specifico, la pronuncia ha ripreso i principi della sentenza *Puligienica*, modulando quanto statuito dalla Corte di Giustizia con riferimento alla nozione di interesse strumentale, ritenendo che *“ciò che la Corte di Lussemburgo ha inteso declinare e garantire con la sentenza c.d. Puligienica postula logicamente che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto”*.

Si è dunque rilevato che la nozione di interesse strumentale processualmente rilevante ex art. 100 c.p.c. non può estendersi fino a ricomprendere anche *“la situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura”*.

A tal riguardo, si è evidenziato che l'art. 1, comma 3, della direttiva n. 89/665 CEE (c.d. direttiva ricorsi), sulla cui formulazione letterale si è basato l'assunto della *Puligienica*, riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, imponendo agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a *“chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”*.

Stando alla lettera della norma, la presenza di un effettivo, concreto e attuale interesse strumentale alla rinnovazione della procedura dovrebbe dunque considerarsi elemento imprescindibile per procedere all'esame del ricorso principale, non ostando il diritto comunitario alla mancata analisi dello stesso nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità, neanche in via mediata e strumentale.

Infatti, nel caso di due imprese rimaste in gara, ma di ulteriori partecipanti alla stessa

procedura di aggiudicazione, è lecito riconoscere l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura del ricorrente principale solo nelle ipotesi - come nel caso in questione - in cui il vizio dedotto a carico della offerta del ricorrente principale sia presente con le stesse caratteristiche anche nelle offerte delle altre imprese partecipanti, rimaste però estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe - o, potrebbe ragionevolmente derivare - l'esclusione anche di queste ultime, con conseguente rinnovazione della procedura da parte della stazione appaltante.

Si deve infatti escludere che la Corte, con il principio affermato nella *Puligienica*, "*abbia inteso prescrivere l'esame del ricorso principale anche nella situazioni di fatto in cui, dal suo accoglimento, il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale*". Tale situazione si verificherebbe ad esempio qualora, considerata la presenza di altri *partecipanti* alla gara, dei quali non sia contestato alcun vizio nell'offerta, risulti probabile o sia provato che la stazione appaltante, a seguito della declaratoria di fondatezza di entrambi i ricorsi (principale e incidentale c.d. escludente), preferisca procedere allo scorrimento della graduatoria e non alla rinnovazione della procedura. In tali casi, l'eventuale accoglimento del ricorso principale non sarebbe idoneo a soddisfare alcun interesse strumentale alla rinnovazione della gara, non conservando il ricorrente alcuna *chance* di aggiudicazione dell'appalto controverso.

Di conseguenza, proseguono i giudici della Terza Sezione, "*un'interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art. 1 della direttiva n. 89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che precludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.)*".

Sulla base di tali considerazioni, la sentenza ha quindi affermato il principio ai sensi del quale: "*L'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in subiecta materia una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale)*".

Applicando tale regola nella fattispecie controversa, si è quindi proceduto alla riforma della declaratoria di improcedibilità del ricorso principale pronunciata dal Tar, riconoscendo che la ricorrente, secondo la più recente regola enunciata dalla Corte UE, conserva interesse alla decisione dello stesso, in quanto, in via ipotetica, l'accoglimento del ricorso principale potrebbe comportare la rinnovazione della procedura e sarebbe quindi idoneo a soddisfare, in via strumentale, l'interesse della stessa. I giudici hanno tuttavia poi concluso per la reiezione,

nel merito, del ricorso principale di primo grado.

3.1 Gli ultimi orientamenti dei giudici amministrativi

L'orientamento dalla sentenza della Terza Sezione sopra analizzata, dapprima "minoritario", è stato ripreso da molteplici pronunce successive dei giudici amministrativi, al fine di "modulare" il principio di diritto espresso dalla sentenza *Puligienica*[\[17\]](#).

In particolare, si può menzionare quando affermato dal Tar Lazio, Sezione Terza Quater, con sentenza del 6 febbraio 2017, n. 1924, il quale, richiamando quanto statuito dalla Terza Sezione, ha osservato che: *"In sostanza, il collegamento tra il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti (art. 1, comma 3, della direttiva) e la nozione di interesse all'aggiudicazione dell'appalto, anche inteso in senso strumentale quale interesse alla rinnovazione della procedura, postula che tale condizione dell'azione non sussiste ove dall'accoglimento del ricorso non derivi neppure tale effetto strumentale."*

Nello specifico, il Collegio, facendo applicazione del principio espresso nella *Puligienica*, come puntualizzato dal Consiglio di Stato, *"anche in superamento di diversi precedenti orientamenti formati all'indomani della pubblicazione della sentenza c.d. Puligienica"*, ha ritenuto che *"nel caso di accoglimento del ricorso incidentale, potrebbero essere esaminati soltanto quei motivi spiegati nel ricorso principale i quali, ove accolti, potrebbero comportare la rinnovazione della procedura all'esito dell'eventuale annullamento d'ufficio dell'ammissione anche dell'offerta non direttamente contestata con tale ricorso, ma asseritamente affetta dal medesimo vizio denunciato con le suddette censure"*.

Il Tar ha evidenziato l'inesistenza del necessario interesse strumentale e mediato in capo alla ricorrente principale, sottolineando, in particolare, che non assume alcun rilievo ai fini della configurazione di un interesse in parola il fatto che *"in caso di accoglimento sia del ricorso principale sia di quello incidentale non necessariamente seguirebbe l'aggiudicazione al terzo in graduatoria, potendo l'Amministrazione decidere di disporre la ripetizione della gara e non essendo obbligata a tale aggiudicazione, tenuto conto che proprio la facoltà di scorrere la graduatoria, appuntata in capo alla stazione appaltante, inibisce di per sé l'emersione di un interesse strumentale collegato alla rinnovazione della procedura"*.

Nella specie, *"le censure articolate con l'odierno ricorso principale (..), anche ove accolte, non sarebbero tali da comportare in via immediata la riedizione della procedura ovvero l'estensione, in esito a riesame e con effetto conformativo, alle offerte delle altre concorrenti collocate in graduatoria e non coinvolte in questo processo"*.

Di conseguenza, si è proceduti all'esame prioritario del ricorso incidentale escludente, e, dopo aver ritenuto lo stesso fondato, si è dichiarato il ricorso principale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Tale ultima sentenza ha dunque espressamente ripreso quanto affermato dalla sentenza n. 3708 del 26 agosto 2016 prima analizzata, ove, come visto, la Terza Sezione aveva, tra l'altro, osservato che l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara "è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura".

Nello stesso senso, ancor più di recente, il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, con sentenza del 29 marzo 2017, n. 112, ha ribadito che, in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, basati su censure non sovrapponibili, "va esclusa la necessità di dover sistematicamente esaminare anche il ricorso principale, qualora quello incidentale risulti fondato e di per sé precluda la conservazione di un effettivo interesse in capo al ricorrente principale, quest'ultimo così definibile solo in relazione al momento introduttivo dell'intero giudizio; deve pertanto essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale qualora dall'eventuale accoglimento dello stesso deriverebbe l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso della società ricorrente principale per difetto di interesse, e successivamente – nel caso di accertata fondatezza – verificare gli effetti anche in ordine all'eventuale permanenza in capo a quest'ultima di un interesse strumentale, peraltro circoscritto nel senso che non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura"

Anche il Trga Trento ha richiamato espressamente la recente sentenza della Sez. III, facendo propri i principi da essa espressa, che ritiene realizzino il giusto equilibrio fra il principio di effettività della tutela, secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (art. 1 c.p.a.) e le necessarie condizioni dell'azione, tra le quale, *in primis*, l'effettiva sussistenza di un interesse ad agire o a resistere in giudizio (art. 100 c.p.c.), la cui carenza – sia originaria che sopravvenuta -, come noto, determina la declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del ricorso (art. 35 c.p.a).

Il Collegio ha altresì osservato che "in materia di appalti, la ratio sottesa alle "disposizioni specifiche" inerenti ai giudizi di cui agli artt. 120 ss. c.p.a. depone per l'accentuata affermazione dei principi di celerità ed efficacia della pronuncia del giudice amministrativo, il che contraddice la necessità di dover sistematicamente esaminare anche il ricorso principale, qualora quello incidentale risulti fondato e di per sé precluda la conservazione di un effettivo interesse in capo al ricorrente principale, quest'ultimo così definibile solo in relazione al momento introduttivo dell'intero giudizio"

Di conseguenza, il Trga ha proceduto a delibare prioritariamente il ricorso incidentale, e, dopo averne accertato la fondatezza, a verificare gli effetti in ordine all'eventuale permanenza in capo alla ricorrente principale di un interesse strumentale, circoscritto nei limiti delineati dall'insegnamento giurisprudenziale sopra richiamato^[18]. Tuttavia, il Collegio ha osservato che "nessuna circostanza ne consente l'apprezzamento, considerato che la società [ricorrente principale] nulla ha dedotto sul punto, né ha formulato alcuna domanda volta alla rinnovazione

della gara...". Pertanto, ha dichiarato il ricorso principale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e, per l'effetto, annullato gli atti impugnati con il ricorso incidentale.

Ancora, il Tar Campania, Sez. V, con sentenza n. 465 del 23 gennaio 2017, in un caso di quattro imprese collocate nella graduatoria finale, ha dichiarato il ricorso incidentale fondato, con conseguente annullamento degli atti di gara nella parte in cui non avevano disposto la esclusione della A.t.i. di cui la società ricorrente principale faceva parte, mentre ha ritenuto il ricorso principale improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, osservando che *"le censure della ricorrente principale si riferiscono solo alla posizione della aggiudicataria, per cui dall'accoglimento del ricorso principale non deriverebbe alcun vantaggio neanche di tipo strumentale alla ricorrente principale"*.

Analogamente, il Tar Puglia, Bari, Sez. I, con sentenza n. 188/2017, a fronte della preliminare valutazione di infondatezza del ricorso principale, ha dichiarato il ricorso incidentale improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse, osservando che *"tale conclusione non può ritenersi intaccata dalla recentissima pronuncia della Corte di Giustizia UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, in quanto, al di là della evidente difformità di fattispecie cui la pronuncia della Corte si riferisce, è palese che l'esame del merito e financo l'ipotetico accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata non conferirebbero alla stessa utilità diverse e/o superiori a quelle già ottenibili in conseguenza della mera declaratoria di infondatezza del ricorso principale, con integrale stabilizzazione degli esiti di gara per come determinatisi"*.

L'orientamento della Terza Sezione è stato altresì integralmente richiamato dal Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 febbraio 2017, n. 901, che ha accolto il ricorso incidentale di primo grado e dichiarato improcedibile quello principale, per sopravvenuta carenza di interesse, alla luce delle regole illustrate in precedenza, ed in considerazione dei principi di sinteticità ed economia processuale che dominano la materia degli appalti pubblici (art. 120, comma 6, c.p.a.).

In senso parzialmente difforme, il Tar Campania, Napoli, con sentenza del 25 gennaio 2017, n. 508, in una controversia relativa ad una gara indetta dal Comune di Frattamaggiore per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il biennio 2016/2018, ha invece proceduto ad esaminare entrambi i ricorsi, giudicandoli entrambi fondati, con conseguente annullamento degli atti della, nella parte in cui avevano ammesso alla gara e non escluso dalla stessa la società ricorrente principale e l'A.t.i. ricorrente incidentale, unitamente al provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultimo.

Nello specifico, il Collegio ha respinto l'eccezione del Comune resistente che aveva sostenuto la necessità dell'esame preliminare del ricorso incidentale, proprio alla luce dell'orientamento espresso dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, per il quale – si ribadisce - il principio di diritto enunciato dalla Corte europea andrebbe temperato nel senso di *"escluder[e] ... che la Corte di Giustizia abbia inteso prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni di fatto in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in*

giudizio)” (cfr. C.d.S., sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, punto 3.5 della motivazione).

Sul punto, il Tar ha invero ritenuto che nella fattispecie in esame “*la ricorrente principale, comunque, ha interesse a che, in virtù dell’effetto conformativo di una eventuale decisione favorevole sul proprio ricorso, l’amministrazione proceda al riesame in autotutela della situazione delle restanti concorrenti alla luce del principio di diritto affermato*”, richiamando il principio per cui “*l’esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “escludente”) è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l’accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento*”(cfr. C.d.S., sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, punto 3.9 della motivazione).

Come è evidente, i giudizi amministrativi nelle suddette pronunce non hanno proceduto ad esaminare comunque nel merito il ricorso principale ed il ricorso incidentale, secondo quanto statuito dalla *Puligienica*, ma hanno sempre preliminarmente verificato la sussistenza di un interesse strumentale in capo alla parte ricorrente, ponendosi sulla scia dell’orientamento dei giudici della Terza Sezione del Consiglio di Stato.

4. La sentenza *GesmbH*: un ripensamento?

Più di recente, la Corte di Giustizia UE, con la sentenza *GesmbH* del 21 dicembre 2016 (causa 355/15), è tornata sulla impugnabilità degli esiti di una procedura di gara per l’impresa definitivamente esclusa, sancendone il suo difetto di legittimazione, quand’anche i concorrenti siano solo due^[19].

In tal modo, si è circoscritto il “principio *Puligienica*” ai soli casi in cui l’operatore economico vanta un vero e proprio interesse strumentale alla riedizione della gara.

Nello specifico, la pronuncia ha affermato il principio di diritto ai sensi del quale l’art. 1, par. 3, della c.d. direttiva ricorsi “*non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell’amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l’accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell’appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l’offerente escluso e l’aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l’offerta dell’aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa*”.

La Corte UE ha dunque sostanzialmente limitato il principio di diritto espresso dalla *Puligienica*, in accordo con la giurisprudenza amministrativa a quest’ultima pregressa (cfr. Adunanza Plenaria n.9 del 2014) e successiva (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708), circoscrivendo l’obbligo di esaminare entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, proposti dalle imprese offerenti, ai casi in cui dall’eventuale accoglimento di essi possa derivare loro un vantaggio, anche di tipo strumentale, con l’esclusione del caso in cui l’offerta

della parte ricorrente sia stata esclusa con un provvedimento non tempestivamente impugnato e dunque definitivo.

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

Il giudice del rinvio dubitava che l'insegnamento discendente dalla sentenza *Fastweb* fosse applicabile anche al caso in cui due operatori economici abbiano inizialmente presentato un'offerta e l'esclusione dell'offerente che intenda contestare la decisione di aggiudicazione sia stata preliminarmente e definitivamente accertata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, non riconoscendo a quest'ultimo, in tale caso, la qualifica di «offerente interessato» ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di detta direttiva.

Tuttavia, il giudice austriaco domandava se, in base al principio di parità di trattamento, si potesse riconoscere anche ad un tale offerente definitivamente escluso la legittimazione a ricorrere avverso detta decisione, quando quest'ultima sia favorevole all'unico altro offerente in gara.

La Corte di Giustizia si è espressa in senso contrario.

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

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

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

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

La Corte di Giustizia si è quindi, in un certo senso, posta sul solco di quanto affermato dai giudici amministrativi, che avevano rilevato la necessità di modulare quanto espresso nella sentenza *Puligienica* alla luce della nozione di “interesse ad agire” (cfr. Cons. St., sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, sopra analizzata), escludendo il diritto a ricorrere a colui il quale, essendo stato legittimamente e definitivamente escluso dalla gara, non potrebbe ricavare, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale), da un eventuale accoglimento del ricorso.

5. L’interesse del ricorrente definitivamente escluso secondo la giurisprudenza amministrativa

Il principio di diritto espresso dalla Corte UE è stato da subito richiamato da Tar Lazio, Sez. I Ter, 27 febbraio 2017, n. 2921, che ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse di tutte le ricorrenti, già definitivamente escluse dalla procedura di gara *de qua*, rilevando che il provvedimento di esclusione non risultava essere stato impugnato nei termini di legge, per cui era divenuto inoppugnabile.

Analogamente, il Tar Piemonte, Torino, Sez. II, 25 marzo 2017, n. 407, ha dichiarato inammissibile l’impugnativa proposta da un’impresa legittimamente esclusa dalla gara.

Nello specifico, il Collegio, richiamando il costante orientamento giurisprudenziale e la recente pronuncia *GesmbH*, ha ritenuto inammissibili per difetto d’interesse i motivi aggiunti proposti avverso l’aggiudicazione definitiva dell’appalto all’unica concorrente rimasta in gara, da parte della società risultata migliore offerente nella procedura aperta per un appalto di forniture, alla quale era stata revocata l’aggiudicazione provvisoria, con conseguente esclusione, poiché aveva esibito, in sede di prova pratica, un prodotto parzialmente diverso rispetto a quello originariamente offerto^[20].

Lo stesso Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 199, ha ricordato che, per costante insegnamento giurisprudenziale (richiamando, fra le tante, Cons. Stato, IV, 25 agosto 2016, n. 3688 e 20 aprile 2016, n. 1560; e, più di recente, proprio la sentenza *GesmbH*), il soggetto legittimamente escluso da una gara non ha un interesse tutelato ad impugnare i successivi atti del procedimento, ivi incluso quello di aggiudicazione.

In generale, secondo orientamento consolidato:

a) il soggetto legittimamente escluso, per effetto dell’esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle

scansioni procedurali[21];

b) il suo interesse protetto, da qualificare interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara[22].

In altri termini, la mancata partecipazione alla gara (ostativa all'ammissibilità del ricorso) e la situazione di chi ne sia stato legittimamente escluso sono da considerarsi equiparabili.

L'operatore economico ricorrente deve dunque essere titolare di una *“situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione”*; pertanto *“chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita”*[23].

A tali regole, fanno eccezione le ipotesi in cui[24]:

- a. si contesti in radice l'indizione della gara;
- b. si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;
- c. si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

In tali casi, *“la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell'impugnazione, o perché è la stessa gara a mancare, o perché la sua contestazione in radice ovvero l'impossibilità di parteciparvi fanno emergere ex se una situazione giuridica differenziata in capo, rispettivamente, all'impresa titolare di un rapporto giuridico incompatibile con l'indizione della nuova procedura e all'impresa di settore cui è impedita la partecipazione e una sua lesione attuale e concreta”*[25].

6. Il difetto di legittimazione ad agire della impresa non partecipante alla gara nella sentenza Corte Cost. n. 245/2016

In senso conforme alla giurisprudenza amministrativa sopra richiamata, la Corte Costituzionale, con sentenza 22 novembre 2016, n. 245, ha ribadito che l'impresa non partecipante alla gara non è legittimata a contestarne la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, in quanto vanta una posizione giuridica sostanziale non sufficientemente differenziata, riconducibile ad un mero interesse di fatto.

È acquisizione consolidata infatti che *“i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che*

sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato"[\[26\]](#).

La pronuncia è stata resa nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 9, comma 1, e 14, comma 1, della legge della Regione Liguria 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale), promosso dal Tar Liguria, con ordinanza del 21 gennaio 2016, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto pubblico della Regione Liguria.

La Corte Costituzionale ha dichiarato tali questioni di legittimità costituzionali inammissibili, ritenendo *"implausibile"* la motivazione dal Tar Liguria, secondo cui l'eccezione di difetto di *"interesse ad agire"* delle ricorrenti *"per difetto di presentazione della domanda di partecipazione e per difetto di lesività delle clausole impugnate"* sarebbe infondata, perché, da un lato, le ricorrenti medesime contesterebbero *"in radice la stessa gara così come strutturata nelle sue dimensioni per effetto delle norme legislative censurate"*, sicché non sarebbe necessaria, ai fini della legittimazione ad agire, la domanda di partecipazione alla gara medesima; e, dall'altro, la previsione di un lotto unico sarebbe immediatamente lesiva delle loro posizioni giuridiche.

Nello specifico, il Giudice delle Leggi ha ritenuto che il caso *de quo* non potesse essere fatto rientrare nelle *"ipotesi eccezionali"* sopra esposte (nelle quali la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini della impugnazione), contrariamente a quanto prospettato dal Tar Liguria secondo cui le clausole impugnate avrebbero invece inciso sulle *chances* di aggiudicazione delle ricorrenti che si sarebbero ridotte *"fin quasi ad azzerarsi"*.

Infatti, ad avviso della Corte Costituzionale, *"da tale motivazione non si ricava alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettazione di una lesione solo eventuale, denunziabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione"*.

Il Giudice delle Leggi interpreta quindi il requisito processuale dell'interesse ad agire nel senso che difetta di legittimazione a ricorrere una impresa che non ha partecipato alla gara quando sia solamente probabile che, per effetto della normativa di gara ovvero della strutturazione della gara (ad esempio, dimensione dei lotti), l'impresa stessa non possa conseguire l'aggiudicazione. In tale circostanza, infatti, non si configura una ipotesi di impedimento certo ed attuale, idonea a consentire l'impugnazione della procedura finanche all'operatore economico che non abbia preso parte alla gara ovvero definitivamente escluso.

Tale pronuncia è stata poi ripresa dai giudici amministrativi, i quali hanno ribadito che *"non si vede quale interesse giuridicamente qualificato può avere la ricorrente all'individuazione del soggetto che concretamente ha svolto la gara, una volta appurato che la procedura selettiva si è svolta regolarmente e che ad essa, soprattutto, la ricorrente non ha partecipato (né vi poteva); sul punto è sufficiente rinviare ai principi elaborati dall'Adunanza plenaria e dalla Corte costituzionale in ordine alla impossibilità di configurare, in linea generale, un interesse strumentale puro nel processo amministrativo (cfr. Corte cost., n. 245 del 2016; Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 2014)"*. (Consiglio di Stato, sez. IV, 6 febbraio 2017 n. 48, nonché Consiglio

di Stato, Sez. III sentenza, 3 febbraio 2017 n. 474).

7. Principio di effettività della tutela ed alta probabilità di non conseguire l'aggiudicazione: una nuova rimessione alla CGUE

Da ultimo, i principi sopra espressi sono stati messi in discussione dal Tar Liguria, Sez. II, il quale, con ordinanza del 29 marzo 2017, n. 263, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale concernente la legittimazione di un operatore economico a contestare in radice i termini di una procedura di gara alla quale il medesimo non ha presentato domanda di partecipazione, nel caso in cui la disciplina di gara renda certa o altamente probabile la sua impossibilità a conseguire l'aggiudicazione della gara stessa.

Nello specifico, si chiede alla Corte di Giustizia se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva ricorsi ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione.

A tal riguardo, il Collegio genovese ha sollevato alcune perplessità sull'orientamento dei giudici sopra richiamato, che si porrebbe in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In particolare, il Tar Liguria, dopo aver ricordato l'orientamento costante dei giudici amministrativi, secondo cui, con riferimento alle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, è *"legittimato a proporre il ricorso esclusivamente l'operatore economico che abbia partecipato alla procedura oggetto di contestazione, giacché solo in tale ipotesi il ricorrente sarebbe titolare di una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela"*, si è mostrato preoccupato dalla possibilità che si sviluppi tra i giudici amministrativi un'interpretazione che possa preludere alla formazione di un diritto vivente restrittivo della possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale, seguendo quanto stabilito dalla pronuncia della Corte Costituzionale (già ripresa, come visto, da Cons. Stato, sez. IV 6 febbraio 2017 n. 481 e sez. III, 3 febbraio 2017 n. 474).

Sul punto, ad avviso del Collegio, appaiono evidenti le conseguenze (negative) che tale orientamento produrrebbe sull'effettività della tutela del diritto alla concorrenza, in quanto *"la possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale sarebbe condizionata alla partecipazione alla gara, partecipazione che comporta di per sé rilevanti oneri, e ciò anche nel caso in cui l'impresa intendesse contestarne la legittimità per essere la gara stessa eccessivamente restrittiva della concorrenza, partecipazione che si renderebbe del tutto inutile dal momento che le chances di aggiudicazione sarebbero, fin dall'inizio, inesistenti o estremamente limitate"*.

Nel caso di specie, il Tar prospetta due diverse conclusioni del giudizio:

a) cessazione della materia del contendere (alla luce dell’emanazione della L.R. n. 19/2016, che ha abrogato le disposizioni della L.R. Liguria n. 33/2013 su cui verteva la questione di legittimità costituzionale), qualora si ritenesse che l’impugnazione dell’intera procedura di gara rientri tra le ipotesi eccezionali in cui si considera legittimato a ricorrere finanche l’operatore economico che non abbia preso parte alla gara (casi in cui la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell’impugnazione). In tale ipotesi, secondo il principio della soccombenza virtuale, le spese processuali ed il contributo unificato, verrebbero poste a carico della parte resistente, con conseguente rifusione delle stesse in favore delle ricorrente;

b) dichiarazione di inammissibilità della domanda per difetto di interesse ad agire, qualora si seguisse invece la statuizione resa dalla sentenza n. 245/2016 della Corte Costituzionale (considerare le società ricorrenti non legittimate ad impugnare gli atti di gara). In tale ipotesi, si avrebbe la ripartizione delle spese a carico delle ricorrenti.

Tale seconda soluzione, ad avviso del Collegio, scoreggerebbe la proposizione di simili azioni, rendendo estremamente difficile l’esercizio della tutela giurisdizionale in materia di concorrenza, *“dal momento che, anche nelle ipotesi in cui la domanda giudiziale fosse fondata a tal punto da indurre il legislatore a mutare, successivamente alla proposizione del ricorso, la disciplina legislativa contestata, il soggetto che l’avesse proposta dovrebbe soggiacere al pagamento di ingenti spese processuali”*.

Pertanto, prospettando un eventuale contrasto con il principio di effettività del sistema di tutela sancito dalla direttiva ricorsi, fondato su mezzi di ricorso efficaci e rapidi, si chiede alla Corte di Giustizia europea di pronunciarsi nuovamente sulla legittimazione di un operatore economico a contestare in radice i termini di una procedura di gara.

8. Ancora sulla legittimazione dell’impresa “non definitivamente” esclusa da una gara di appalto: la sentenza *Archus*

Con la ancor più recente sentenza *Archus* del 10 maggio 2017^[27], la Corte di Giustizia dell’Unione Europea è tornata ad esprimersi nuovamente sulla questione della legittimazione dell’impresa “non definitivamente” esclusa da una gara di appalto ad impugnarne gli esiti, ribadendo importanti principi^[28] in tema di interesse a ricorrere^[29].

Riprendendo quando affermato nelle precedenti *Fastweb* e *Puligienica*, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto all’offerente che ha proposto ricorso, in una gara con due soli concorrenti, un interesse legittimo all’esclusione dell’offerta dell’aggiudicatario, potendo essa condurre, se del caso, alla constatazione dell’impossibilità, per l’amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un’offerta regolare e ad una eventuale rinnovazione della procedura.

La questione è stata rimessa alla Corte Ue da parte del Giudice polacco, nell’ambito di una controversia avente ad oggetto un appalto di servizi per la digitalizzazione delle risorse

dell'Archivio geologico centrale della Compagnia polacca delle attività estrattive di petrolio e di gas (amministrazione aggiudicatrice). La procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, in considerazione del valore eccedente le soglie, era stata condotta mediante procedura ristretta, ove erano state presentate solo due offerte.

A seguito dell'aggiudicazione, due imprese, concorrenti in ATI, presentavano entrambe ricorso avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di esclusione della loro offerta impugnando al contempo la decisione di ammissione dell'offerta dell'altra unica partecipante, muovendo censure relative alla valutazione dell'offerta di quest'ultima.

Interveniva in giudizio l'impresa aggiudicatrice dell'appalto, sostenendo che la ricorrente non avesse interesse a sollevare le eccezioni avverso la sua offerta, dal momento che, in caso di accoglimento del motivo di ricorso nella parte relativo all'infondatezza del rigetto dell'offerta, l'offerta di quest'ultima avrebbe automaticamente rappresentato (in ragione del prezzo più basso) l'offerta vincente.

Il giudice polacco rilevava che, in base all'interpretazione data dai giudici nazionali alle disposizioni della legge nazionale sugli appalti pubblici relative ai ricorsi giurisdizionali, agli operatori economici viene negato il diritto di proporre ricorso relativamente ad eccezioni il cui effetto si produrrebbe fuori dalla concreta procedura di aggiudicazione della quale egli ha interesse. Dava dunque atto che, nel caso di appalto in cui vengano presentate più offerte, qualora risultasse fondato il motivo di ricorso che lamenta il rigetto dell'offerta del ricorrente, quest'ultimo otterrebbe l'aggiudicazione dell'appalto. Qualora, invece, tale motivo risultasse infondato e l'offerta venisse respinta, il ricorrente non avrebbe più motivo per interessarsi degli sviluppi successivi della procedura di aggiudicazione dell'appalto perché per l'interesse dei ricorrenti sarebbe irrilevante quale dei suoi concorrenti abbia ottenuto l'appalto.

Il giudice decideva dunque di sospendere il procedimento e di rimettere alla Corte UE (tra le altre) la questione concernente se l'inciso "un determinato appalto" di cui all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, nella parte relativa all'"interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto", si riferisse a una determinata procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o all'oggetto stesso dell'appalto che si intende aggiudicare in esito ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, nell'ipotesi in cui siano state presentate solo due offerte e in cui all'offerente la cui offerta è stata rigettata possa essere riconosciuto un interesse a ottenere il rigetto dell'offerta dell'altro offerente e, di conseguenza, la rinnovazione della procedura.

In sostanza, il giudice del rinvio ha chiesto se la nozione di «un determinato appalto», ai sensi della disposizione citata, riguardi l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico[30].

La Corte di Giustizia UE, anzitutto, richiamando i suoi precedenti *Fastweb*, e, più di recente, *Puligienica*, ribadisce che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso.

I giudici di Lussemburgo ritengono tale principio applicabile al caso di specie.

In particolare, la sentenza si preoccupa di distinguere la controversia *de quo* da quella che ha condotto alla pronuncia *GesmbH*, ove, come visto, il ricorso era stato promosso da un offerente “definitivamente escluso” dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto, essendo stata confermata la decisione di esclusione da una pronuncia che aveva acquisito autorità di cosa giudicata. Nel procedimento principale, invece, le due ricorrenti non sono state “definitivamente escluse” dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico, in quanto hanno proposto tempestivo ricorso avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l’appalto, adottate contemporaneamente.

Di conseguenza, in una situazione siffatta, ad avviso dei giudici europei, la nozione di «un determinato appalto» ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 ben può riguardare l’avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

I ricorrenti, in qualità offerenti non esclusi, sono pertanto legittimati ad esperire un ricorso avverso le decisioni di aggiudicazione dell’appalto adottate dagli enti aggiudicatori, in quanto vanterebbero sempre un vero e proprio interesse legittimo ad ottenere la rinnovazione dell’intera procedura.

9. L’ordine di esame dei ricorsi principale e incidentale: casistica giurisprudenziale

Si deve ora trattare il problema dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale, verificando come è stato affrontato nelle pronunce subito successive alla sentenza *Puligienica*.

Si esamina in via prioritaria il RICORSO PRINCIPALE: 1.1. Considerato lo stesso infondato: 1.1.1. si dichiara il ricorso incidentale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse - TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22 aprile 2016, n. 4725; - TAR Puglia, Bari, Sez. I, 7 luglio 2016, n. 876; - TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 29 luglio 2016, n. 3973; - TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, n. 1778; - TAR Puglia, Bari, Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 188. 1.1.2. si passa all’esame del ricorso incidentale, ritenendolo fondato 1.2. Considerato lo stesso fondato: 1.2.1. si passa all’esame del ricorso incidentale, ritenendo anche esso fondato - TAR Lazio, Latina, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 437; - TAR Bolzano, Sez. I, 29 giugno 2016, n. 206; - TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 30 giugno 2016, n. 7532; - TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 24 agosto 2016, n. 977; - TAR Campania, Napoli, Sez. II, 14 novembre 2016, n. 5237; - TAR Campania, Napoli, Sez. II, 25 gennaio 2017, n.508. 1.2.2. si passa all’esame del ricorso incidentale, ritenendolo infondato. - TAR Campania, Salerno, Sez. I, 11 maggio 2016, n. 1159; - TAR Campania, Napoli, Sez. V, 23 gennaio 2017, n. 454. 2. Si esamina in via prioritaria il RICORSO INCIDENTALE: 2.1. Considerato lo stesso fondato: 2.1.1. si passa all’esame del ricorso principale, ritenendo anche esso fondato 2.1.2. si dichiara il ricorso principale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse - TAR Campania, Napoli, Sez. V, 23 gennaio 2017, n. 465; - TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 6 febbraio 2017, n. 1924. 2.2. Considerato lo stesso infondato: 2.2.1. si passa all’esame del ricorso principale, ritenendolo fondato - TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1023. 2.2.2. si passa all’esame del ricorso

principale, ritenendo anche esso infondato - TAR Campania, Napoli, Sez. I, 6 maggio 2016, n. 2335; - TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 5 luglio 2016, n. 933; - TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 14 ottobre 2016, n. 1460. Le diverse modalità con le quali i giudici, richiamando il nuovo principio, hanno proceduto ad applicare lo stesso, possono essere, per semplicità, enucleate nello schema seguente:

Per maggior chiarezza, si esamineranno prima i casi in cui, ritenuti uno o entrambi i ricorsi infondati, i giudici non si sono espressi sulla sorte della gara.

In generale, i Tar, esaminato nel merito il ricorso principale e ritenuto lo stesso infondato, hanno considerato superfluo l'esame nel merito del ricorso incidentale, dichiarandolo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (v. schema - *situazione 1.1.1*).

Al riguardo, si segnala Tar Lazio, Roma, Sez. III, 22 aprile 2016, n.4725, in cui, si è proceduto ad esaminare in via prioritaria il ricorso principale e, rigettato nel merito sia il ricorso che i motivi aggiunti, si è considerato superfluo l'esame dei ricorsi incidentali escludenti proposti dalle controinteressate. Nello specifico, il Tar, dopo aver osservato che nella fattispecie *de quo* gli operatori rimasti in gara erano in numero maggiore di due, ha evidenziato che: *"l'affermazione dell'esame necessariamente prioritario del ricorso escludente, nel caso di contrapposizione tra impresa ricorrente e imprese controinteressate partecipanti a procedura comparativa, non appare così perentoria ed assoluta"*. Subito dopo, applicando il principio espresso dalla *"Puligenica"*, il Collegio ha ritenuto di dover esaminare in via prioritaria il ricorso principale e per motivi aggiunti, rilevando che il rigetto di essi o lo loro palese inammissibilità *"renderebbe superfluo, perché carente di interesse, l'esame dei ricorsi incidentali escludenti e costituirebbe soluzione maggiormente soddisfacente per gli interessi delle stesse controinteressate-ricorrenti incidentali"*, concludendo per l'infondatezza degli stessi, considerata statuizione *"pienamente satisfattiva per gli interessi delle ricorrenti incidentali, rispetto alla quale un'eventuale declaratoria di inammissibilità del ricorso Telecom costituirebbe, oggettivamente, un minus"*.

Il [Tar Puglia, Bari, Sez. I, 7 luglio 2016, n. 876](#), in un caso di due sole imprese partecipanti in gara, ha altresì analizzato prioritariamente il ricorso principale e quello per motivi aggiunti, e, ritenendoli infondati, ha ritenuto di potendosi prescindere dalla disamina preliminare di dettaglio del ricorso incidentale c.d. escludente, dichiarandolo improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse. La suddetta conclusione, ad avviso del Tar, *"non può ritenersi intaccata dalla recentissima pronuncia della Corte di Giustizia UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, in quanto, al di là della evidente difformità di fattispecie cui la pronuncia della Corte si riferisce, è palese che l'esame del merito e financo l'ipotetico accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata non conferirebbero alla stessa utilità diverse e/o superiori a quelle già ottenibili in conseguenza della mera declaratoria di infondatezza del ricorso principale, con integrale stabilizzazione degli esiti di gara per come determinatisi"*.

Si segnala poi [Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 29 luglio 2016, n. 3973](#) che, richiamando il principio espresso nella *Puligienica*, ha proceduto ad esaminare *in primis* il ricorso principale, ritenendolo inammissibile (*rectius* irricevibile) per tardività. Alla luce della irricevibilità ed

inammissibilità del ricorso principale, il Collegio ha dichiarato il ricorso incidentale escludente improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Si richiama altresì Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, sentenza n. 1778/2016 e Tar Puglia, Bari, Sez. I, con sentenza n. 188/2017, ove, a fronte della preliminare valutazione di infondatezza del ricorso principale, si è dichiarato il ricorso incidentale improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse.

In ulteriori casi, i Tar, esaminato nel merito il ricorso principale e ritenuto lo stesso fondato, hanno proceduto ad analizzare anche il ricorso incidentale nel merito, ritenendolo poi infondato. (v. schema - *situazione 1.2.2*).

Ci si riferisce a quanto statuito da [Tar Campania, Salerno, Sez. I, 11 maggio 2016, n.1159](#). La controversia riguardava la richiesta di annullamento della determina dirigenziale con la quale era stata disposta l'aggiudicazione definitiva di un appalto di lavori. In tale pronuncia, il Collegio ha osservato che, secondo le indicazioni fornite dalla Corte UE nella *Puligienica*, dovesse "escludersi la necessità di esaminare preliminarmente il ricorso incidentale proposto dalla parte contro interessata". Di conseguenza, ha prima considerato nel merito il ricorso principale e, dopo averlo ritenuto fondato, ha analizzato il ricorso incidentale, considerandolo invece infondato. Ha poi ritenuto di non doversi pronunciare né sull'efficacia del contratto, non risultando che lo stesso fosse stato stipulato, nelle more del giudizio, con l'impresa aggiudicataria, né sulla domanda di condanna al risarcimento del danno, formulata in via subordinata dalla ricorrente principale.

Nello stesso senso, in Tar Campania, Napoli, Sez. V, 23 gennaio 2017, n. 454, il Collegio, uniformandosi al principio di diritto da ultimo espresso dalla Corte di Giustizia Europea nella *Puligienica* ha proceduto, preliminarmente, ad esaminare il ricorso principale. Dopo aver accolto il ricorso principale e, per l'effetto, annullato il provvedimento impugnato, è poi passato ad analizzare il ricorso incidentale, concludendo per la sua infondatezza.

Anche i giudici del Consiglio di Stato, all'indomani della pronuncia della CGUE, hanno avuto modo di applicare il principio espresso dalla stessa in alcune controversie.

In particolare, si richiama quando statuito dalla Quinta Sezione, nella sentenza del 31 agosto 2016, n. 3752. La controversia *de quo* riguardava una gara indetta dal Comune di Roma per l'affidamento di un appalto per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori. Nel caso di specie, il Tar aveva esaminato in via prioritaria (e sostanzialmente esclusiva) il ricorso principale e, considerandolo infondato, aveva ritenuto di poter prescindere dall'esame del ricorso incidentale, dichiarandolo improcedibile. La sentenza in questione veniva quindi impugnata in appello dalla ricorrente principale, la quale ne chiedeva la riforma articolando plurimi motivi.

La ricorrente incidentale proponeva appello incidentale affermando che, conformemente a quanto stabilito dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, "*graverebbe sempre sul giudice amministrativo l'onere di esaminare in via prioritaria il ricorso incidentale, laddove volto a palesare la carenza di legittimazione o di interesse all'articolazione del ricorso principale*". Tale

impostazione veniva contestata dalla ricorrente principale, la quale affermava invece che: *“l’applicazione del principio processuale di ‘parità delle armi’ (per come chiarita dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE) imporrebbe invece sempre e comunque l’esame sia del ricorso principale che di quello incidentale”*.

La Quinta Sezione ha ritenuto che la questione dovesse essere affrontata e risolta rinviando alle statuizioni rese dall’Adunanza plenaria n. 9 del 2014, affermando che le conclusioni della stessa *“non risultano in alcun modo revocate in dubbio all’indomani della sentenza della Corte di giustizia dell’UE del 5 aprile 2016 in causa C-689/13 (Puligienica)”*.

Ha quindi proceduto all’esame prioritario dell’appello principale, ritenendone la palese infondatezza e affermando che *“l’applicazione dei canoni interpretativi enunciati dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2014 potrebbe esimere il Collegio – in ragione del canone della c.d. pregiudizialità logica necessaria – dall’esaminare i motivi dell’appello incidentale (...)”*. In ogni caso, *“ai limitati fini che qui rilevano”*, si è osservato che *“l’appello incidentale è comunque meritevole di accoglimento in quanto [ndr. la società seconda classificata] avrebbe in effetti dovuto essere esclusa dalla gara”*. Si è quindi concluso nel senso che: *“l’appello incidentale deve essere accolto e di conseguenza la sentenza in epigrafe deve essere riformata per la parte in cui i primi giudici non hanno ravvisato la sussistenza di un motivo che avrebbe comportato l’obbligo di esclusione dalla gara della ricorrente principale.”*

Si segnala altresì quanto affermato dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva ([Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2016, n. 3339](#)). La controversia riguardava una procedura ristretta accelerata per l’affidamento del servizio di raccolta e smaltimento di morchie e acque di sentina provenienti dalle unità navali delle sedi di Taranto e Brindisi, da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

Nel giudizio di primo grado, l’ A.t.i. collocatasi al secondo posto nella graduatoria della gara aveva impugnato l’aggiudicazione definitiva innanzi al Tar Puglia - sezione di Lecce. L’aggiudicataria aveva proposto a sua volta ricorso incidentale, che era stato accolto dal Tar, il quale, per l’effetto, aveva dichiarato altresì inammissibile sia il ricorso principale che i motivi aggiunti. L’A.t.i. aveva quindi proposto appello avverso la sentenza di primo grado, contestando la decisione del Tar di attribuire all’esame del ricorso incidentale effetti paralizzanti del proprio interesse e della propria legittimazione alla coltivazione del ricorso principale. I giudici del Consiglio di Stato hanno rilevato che il suddetto motivo *“è fondato alla stregua delle conclusioni cui è pervenuta la Corte di giustizia dell’Unione europea (Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica) in relazione alla tormentata questione del rapporto fra ricorso principale e incidentale di primo grado nel c.d. contenzioso appalti; secondo la Corte UE, infatti, sussiste l’obbligo del giudice di esaminare entrambi i ricorsi prescindendo dal numero di imprese rimaste in gara e dalla natura del vizio”*. A ciò consegue dunque *“la necessità di esaminare sia l’originario ricorso di primo grado (...) che il ricorso incidentale”*. Il Collegio ha poi però deciso di sospendere il giudizio sino alla conclusione del processo penale.

Dai casi sopra menzionati, bisogna distinguere alcune pronunce in cui i Tar hanno esaminato

in via prioritaria il ricorso incidentale, e, ritenuto lo stesso infondato, hanno comunque proceduto ad esaminare nel merito il ricorso principale, ritenendolo fondato (v. schema - *situazione 2.2.1*) ovvero, al pari, infondato (v. schema - *situazione 2.2.2*).

Al riguardo, quando alla prima ipotesi, si menziona Tar Campania, Napoli, Sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1023, il quale, in un caso di due sole imprese partecipanti le quali avevano impugnato, con ricorso principale ed incidentale, l'ammissione l'una dell'altra per presunta carenza dei requisiti di partecipazione (fattispecie del caso *Fastweb*), ha osservato che tale circostanza impone "il contestuale esame di entrambi i gravami, (cfr. *Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2014 e Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 5 aprile 2016, C-689/13*)". Dopodiché ha dichiarato infondato il ricorso incidentale proposto dalla prima graduata, accogliendo invece il ricorso principale.

Sulla seconda ipotesi, si può far riferimento alla sentenza del Tar Campania, Napoli, Sez. I, 6 maggio 2016, n. 2335, in cui il Collegio richiamando, il principio espresso, da ultimo, dalla Corte nella *Puligienica*, ha affermato che "procedendo secondo l'ordine logico delle questioni va esaminato dapprima il ricorso incidentale ad effetto escludente - nel senso che esso mira ad acclarare l'illegittima partecipazione alla gara della ricorrente principale e, dunque, la conseguente sua carenza di legittimazione ad agire – proposto dalla contro interessata". Ha dunque proceduto prima all'esame del ricorso incidentale, e, ritenuto tale ricorso infondato, ha poi considerato, del pari, infondato il ricorso principale.

In senso conforme, si segnala altresì quanto statuito da Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 5 luglio 2016, n. 933, in cui si è affermato che "Il ricorso incidentale va scrutinato per primo, in quanto volto a contestare la legittimazione a partecipare alla gara della ricorrente e, per conseguenza, la sua legittimazione a ricorrere, in base all'insegnamento, da ultimo, di Corte Giustizia UE Grande sezione 5 aprile 2015 in *C-689/13, Puligienica*". Ciò posto, il Collegio ha ritenuto lo stesso infondato. Si è quindi analizzato il ricorso principale, considerandolo parimenti infondato. In conclusione, il Tar ha affermato che: "La reiezione delle domande di annullamento comporta la reiezione anche delle domande di inefficacia e di risarcimento".

Più di recente, la sentenza del Tar Toscana, Firenze, Sez. I, 14 ottobre 2016, n. 1460, senza affrontare il problema dei concorrenti terzi in graduatoria, ha ritenuto, in applicazione del principio affermato dalla *Puligienica* di esaminare sia il ricorso principale che il ricorso incidentale "nonostante la singolarità della situazione che si verifica allorché risultino fondati entrambi e i concorrenti siano più di due, dato che, in tale ipotesi e salvo il caso che la conseguenza dell'accoglimento sia l'integrale caducazione della gara e la sua rinnovazione, l'accoglimento di entrambi i ricorsi avrebbe come normale conseguenza che né il ricorrente principale, né il ricorrente incidentale riuscirebbero a ottenere un'utilità concreta dalla pronuncia a loro favorevole e che il beneficiario di tale doppia pronuncia risulterebbe un altro concorrente". In ordine di priorità logica, il Collegio ha dunque esaminato dapprima il ricorso incidentale e poi quello principale, ritenendoli entrambi infondati.

In alcuni casi, infine, dopo aver ritenuto il ricorso incidentale fondato, si è dichiarato il ricorso principale improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (v. schema - *situazione 2.1.2*)

In tal senso, il Tar Campania, Sez. V, con sentenza n. 465 del 23 gennaio 2017 (cfr. par. precedente), in un caso di quattro imprese collocate nella graduatoria finale, ha dichiarato il ricorso incidentale fondato, con conseguente annullamento degli atti di gara nella parte in cui non avevano disposto la esclusione della A.t.i. di cui la società ricorrente principale faceva parte dalla procedura di gara, mentre ha ritenuto il ricorso principale improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, osservando che *“le censure della ricorrente principale si riferiscono solo alla posizione della aggiudicataria, per cui dall'accoglimento del ricorso principale non deriverebbe alcun vantaggio neanche di tipo strumentale alla ricorrente principale”*.

Inoltre, si richiama Tar Lazio, Roma, Sezione Terza Quater, sentenza del 6 febbraio 2017, n. 1924 (cfr. par. precedente e cfr. altresì par. successivo), ove si è proceduti all'esame prioritario del ricorso incidentale escludente. Nello specifico, il Collegio, facendo applicazione del principio espresso nella *Puligienica*, come puntualizzato dal Consiglio di Stato (con la sentenza della Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, sopra analizzata) *“anche in superamento di diversi precedenti orientamenti formati all'indomani della pubblicazione della sentenza c.d. Puligienica”*, ha ritenuto che *“nel caso di accoglimento del ricorso incidentale, potrebbero essere esaminati soltanto quei motivi spiegati nel ricorso principale i quali, ove accolti, potrebbero comportare la rinnovazione della procedura all'esito dell'eventuale annullamento d'ufficio dell'ammissione anche dell'offerta non direttamente contestata con tale ricorso, ma asseritamente affetta dal medesimo vizio denunciato con le suddette censure”*. Non ritenendo sussistenti censure di tal generale, una volta accolto il ricorso incidentale, il Collegio ha dichiarato improcedibile il ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse.

10. Il contenuto delle pronunce di accoglimento dei ricorsi reciprocamente escludenti e gli effetti sulla procedura di gara

Si deve procedere ora ad analizzare il contenuto delle pronunce dei Tar, allorché, ritenuti fondati entrambi i ricorsi, hanno annullato l'aggiudicazione o dichiarato l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

In generale, nei casi in cui sono stati considerati entrambi i ricorsi fondati (v. schema - *situazione 1.2.1*), i Tar hanno proceduto all'annullamento della aggiudicazione, con declaratoria di illegittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente incidentale (aggiudicatario), respingendo la domanda di risarcimento dei danni in forma specifica, attraverso il subentro, o per equivalente proposta dal ricorrente principale, data la accertata fondatezza del ricorso incidentale.

In un caso, si è anche dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione appaltante e l'aggiudicatario.

Inoltre, rilevata la presenza di altri “partecipanti” alla gara, i giudici hanno preferito non pronunciarsi - nemmeno *incidenter tantum* - sulla “sorte” di questi ultimi, lasciando che alla stazione appaltante, stante l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia

del contratto, la discrezionalità di decidere lo scorrimento della graduatoria ovvero a preferire la rinnovazione dell'intera procedura.

La soluzione seguita dai Tar nei suddetti casi può essere definita di tipo "extraprocedurale", in quanto essi si sono limitati ad analizzare la fondatezza di entrambi i ricorsi, con conseguente annullamento della procedura, delegando alla stazione appaltante la decisione circa la sorte sia dei ricorrenti sia degli altri eventuali partecipanti alla gara.

In primo luogo, è necessario esaminare l'attenta applicazione della sentenza *Puligienica* nella sentenza Tar Lazio, Latina, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 437.

In tale giudizio, la ricorrente aveva partecipato alla gara indetta da un Comune per l'affidamento dei lavori e, all'esito del procedimento, si era classificata al terzo posto della graduatoria. Con il ricorso principale, tale società aveva impugnato l'aggiudicazione definitiva, chiedendo l'annullamento degli atti di gara e l'aggiudicazione in proprio favore, eventualmente mediante subentro nel contratto, ove stipulato. Resisteva al ricorso la società aggiudicataria, che proponeva un ricorso incidentale con il quale denunciava l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale sotto vari profili.

I giudici, dopo aver accolto sia il ricorso principale che quello incidentale, si sono limitati all'annullamento dell'aggiudicazione e alla declaratoria di inefficacia del contratto, con salvezza delle ulteriori determinazioni da parte del Comune appaltante, respingendo le ulteriori domande formulate dal ricorrente principale (subentro e risarcimento dei danni), considerato che *"il loro accoglimento presupporrebbe il positivo accertamento della spettanza del "bene della vita"; nella fattispecie risulta invece che [la ricorrente principale] avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara che – ove si fosse svolta legittimamente – non le sarebbe stata aggiudicata in quanto essa sarebbe stata esclusa. In altri termini, poiché la riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale implica l'accertamento che la gara non sarebbe stata aggiudicata [ndr: alla ricorrente principale] ove si fosse svolta legittimamente, non è possibile disporre l'inefficacia del contratto ai fini del subentro della [ndr: società ricorrente principale]"*.

Sul punto, il Collegio ha rilevato che *"lo scorrimento della graduatoria è solo una delle opzioni di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e della dichiarazione di inefficacia del contratto dato che essa potrebbe anche decidere una rinnovazione dell'intera procedura (anche in considerazione della gravità delle anomalie che hanno inficiato quella svolta e oggetto di esame e della possibilità del rilievo di manchevolezze analoghe a quelle rilevate anche per le offerte degli altri concorrenti)"*.

In altre parole, ad avviso del Tar, la dichiarazione di inefficacia del contratto è giustificata sia mancato inizio dell'esecuzione del contratto sia dalla possibilità di un eventuale rinnovo della procedura cui entrambe le ricorrenti, principale e incidentale, potrebbero partecipare.

In Tar Bolzano, Sez. I, 29 giugno 2016, n.206 si è esaminato prima il ricorso principale, rilevando che *"il ricorso incidentale che non è più escludente o paralizzante, sarà esaminato solo se il primo dovesse risultare fondato"*, applicando il principio espresso nella *Puligienica* *"basato sulla parità delle armi tra le parti"*. Così operando, dopo aver ritenuto fondato il ricorso

principale, il TAR ha considerato parimenti fondato il ricorso incidentale e, di conseguenza, ha dichiarato che sia il secondo classificato che l'aggiudicatario vanno esclusi dalla gara.

Merita di essere analizzato con attenzione, poi, quanto affermato da [Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater, 30 giugno 2016, n. 7532](#).

Tale controversia riguardava l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva di una procedura di affidamento di servizi sanitari suddivisa in due lotti di gara, aggiudicati alla medesima impresa e nei confronti della quale il ricorrente principale, secondo classificato in entrambi i lotti, lamentava la carenza dei requisiti di partecipazione. L'aggiudicatario, con ricorso incidentale, aveva a sua volta contestato la legittimazione ad agire della ricorrente principale per asserita inammissibilità della relativa offerta economica.

La peculiarità del caso consiste nel fatto che ad uno dei due lotti aveva concorso anche un RTI, classificatosi al terzo della graduatoria, il quale non era stato evocato in giudizio da nessuno dei due ricorrenti.

Orbene, il Tar ha proceduto all'esame di entrambi i ricorsi, anche per il lotto cui aveva partecipato la terza impresa, non evocata in giudizio, ancorché nel caso in esame essa si era utilmente collocata al terzo posto e non era stata quindi esclusa come le concorrenti terze del procedimento principale esaminato dalla *Puligienica*, in quanto *"rimane senz'altro rilevante, ed anzi risulta rafforzata, la ragione individuata nell'interesse indiretto dei ricorrenti, collegato all'esigenza primaria di tutela della concorrenza e della ricerca del miglior offerente, a consentire la verifica della regolarità dell'intera procedura di gara"*.

Il Collegio, ha infatti osservato che la sentenza *Puligienica* avrebbe introdotto profili tipici di una giurisdizione di diritto oggettivo nel contenzioso sui contratti pubblici^[31], distillando *"una più ampia nozione di giurisdizione connotata da alcuni indubbi elementi anche oggettivi"*, rilevando che l'interesse a ricorrere in capo ad entrambe le imprese non viene meno per il possibile accoglimento di entrambi i ricorsi, posto che *"l'interesse di ciascuna delle parti presenti nel processo si giustifica ex se in relazione alla pretesa fondatezza della propria impugnativa, contrapposta all'allegata infondatezza di quella avversa, nel mentre il possibile effetto di esclusione di entrambe dalla procedura di gara, quale conseguenza dell'accoglimento di entrambi i ricorsi, costituisce una potenziale evenienza non incidente su tale assetto processuale. E ciò, in primo luogo per la ragione di "diritto oggettivo" declinata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e sopra richiamata e, inoltre, in ulteriore applicazione di tale principio, in quanto il ragionamento espresso in tale pronuncia costituisce un parametro col quale l'amministrazione si dovrà confrontare anche ai fini di una eventuale riedizione della gara, cui rimane collegato l'interesse dei ricorrenti"*.

Inoltre, il Collegio ha evidenziato che, in ogni caso, l'ambito soggettivo del processo sarà limitato alle sole due imprese classificate ai primi due posti della graduatoria, *"in quanto ogni ulteriore effetto della pronuncia non potrà prodursi nella sfera giuridica del terzo quale conseguenza del giudicato (non avendo questo legittimamente partecipato ad un processo che non gli consentiva di far emergere alcun suo interesse attuale), ma potrà piuttosto risaltare attraverso la mediazione di un nuovo esercizio del potere discrezionale amministrativo,*

avverso il quale rimangono esercitabili gli ordinari mezzi di difesa”.

Secondo il Tar, dunque, la recente sentenza della CGUE, *“ha nella sostanza disarticolato la logica della verifica pregiudiziale dell’interesse processualmente rilevante del ricorrente principale”*, e, dal quadro da essa rinnovato *“deriva ancora la dequotazione del tradizionale tema, affrontato ex professo da Ad. Plen. n. 9/2014 proprio sulla rima di tale verifica, dell’inversione dell’ordine di esame del ricorso incidentale escludente e di quello principale, potendo in conseguenza essere ristabilito l’ordine prioritario di esame del ricorso principale non soltanto per il caso di una sua manifesta infondatezza, ma anche in tutte le ipotesi, come quella oggi in discussione, nelle quali risulti applicabile il principio di marca europea più sopra richiamato”*.

Il Collegio ha quindi proceduto all’esame sia del ricorso principale che di quello incidentale, concludendo per l’accoglimento di entrambi, senza pronunciarsi sull’eventuale annullamento della procedura.

Un caso analogo è stato quello trattato da Tar Veneto, Venezia, Sez. I, 24 agosto 2016, n. 977. In tale pronuncia, seguendo dunque quanto affermato dalla Corte di Giustizia UE, il Tar ha proceduto all’esame del ricorso principale, che ha considerato fondato e da accogliere, passando poi all’esame del ricorso incidentale, ritenuto al pari fondato, nella parte in cui si presentava come ricorso c.d. escludente.

Di conseguenza, ritenuti fondati sia il ricorso principale, che il ricorso incidentale (questo, soltanto nella sua parte “escludente”), ci si è limitati all’annullamento dell’aggiudicazione, con declaratoria di illegittimità dell’ammissione alla gara del ricorrente incidentale (aggiudicatario) e con salvezza delle ulteriori determinazioni della stazione appaltante, respingendo l’ulteriore domanda di subentro formulata dalle ricorrenti principali, *“giacché il suo accoglimento presupporrebbe il positivo accertamento della spettanza del bene della vita”*, mentre, nel caso di specie, la ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara.

Il Tar ha affermato di essere *“ben consapevole di come l’accoglimento di ambedue i ricorsi conduca ad affermare che né le ricorrenti principali né l’aggiudicataria-ricorrente incidentale abbiano titolo ad eseguire il servizio, sicché il complesso delle pronunce adottate potrebbe favorire un terzo che non ha fatto ricorso, vale a dire il soggetto terzo classificato nella graduatoria emendata da errori; lo scorrimento della graduatoria, peraltro, è solamente una delle opzioni di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, visto che essa potrebbe anche decidere una rinnovazione dell’intera procedura”*.

Infine, il Tar Campania, Napoli, sez. II, 14 novembre 2016, n. 5237, dopo aver considerato che la Corte di giustizia dell’Unione Europea con la sentenza *Puligienica* ha chiarito che l’obbligo del giudice di esaminare entrambi i ricorsi prescinde dal numero di imprese rimaste in gara e dalla natura del vizio, ha accolto sia il ricorso principale che il ricorso incidentale e, per l’effetto, annullato gli atti impugnati nella parte in cui hanno ammesso alla gara e non escluso dalla medesima la ricorrente principale e la contro ricorrente, nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di quest’ultima. Analogamente, lo stesso Collegio, con

sentenza del 25 gennaio 2017, n. 508 sulla base di quanto affermato nella *Puligienica*, ha proceduto ad esaminare entrambi i ricorsi, giudicandoli entrambi fondati.

11. Il contraddittorio processuale con i concorrenti terzi

Come anticipato, una questione particolarmente problematica concerne la posizione sostanziale e processuale del “terzo”, partecipante alla gara, ma estraneo al giudizio.

Sul punto, si ribadisce che il principio espresso nella sentenza *Puligienica* è stato applicato dalla giurisprudenza (soprattutto) a casi nei quali gli operatori rimasti in gara erano in numero maggiore di due, ma dove unicamente i primi due classificati facevano valere in giudizio censure reciprocamente escludenti.

Giova, al riguardo, ripercorrere brevemente alcune pronunce già analizzate nei precedenti paragrafi, al fine di esaminare nello specifico in che modo i giudici si sono finora espressi in riferimento alla posizione del terzo.

In generale, i Tar hanno ritenuto di non doversi procedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri partecipanti in gara, estranei al giudizio, riconoscendo a questi ultimi la qualifica di *cointeressati*, ma non di *contro interessati* in senso tecnico.

Nello specifico, il Tar Lazio, Latina, Sez. I, nella sentenza del 28 giugno 2016, n. 437, ha respinto la richiesta dell'aggiudicataria-ricorrente incidentale, la quale nella memoria aveva sostenuto la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti delle altre imprese partecipanti alla gara, rilevando che *“queste ultime non sono controinteressate in senso tecnico ma piuttosto cointeressate, dato che si tratta di concorrenti che non hanno vinto la gara (e che nemmeno risulta abbiano proposto ricorso); a ciò si aggiunge che esse sarebbero in realtà avvantaggiate dall'accoglimento sia del ricorso principale che del ricorso incidentale dato che: a) se si riconoscesse la fondatezza del primo motivo di ricorso principale esse migliorerebbero il proprio posizionamento in graduatoria (si veda pag. 9 del ricorso principale); b) l'accoglimento delle restanti censure del ricorso principale e del ricorso incidentale “eliminarrebbe” dalla graduatoria le prime tre classificate con evidente vantaggio per le altre tre in vista di un possibile scorrimento della graduatoria stessa”*.

Dopo aver proceduto all'annullamento dell'aggiudicazione e alla declaratoria di inefficacia del contratto, il Collegio, come visto, ha respinto la domanda di subentro, puntualizzando che *“il contestuale accoglimento del ricorso principale e del ricorso incidentale comporta l'accertamento che né la ricorrente principale né l'aggiudicataria-ricorrente incidentale abbiano titolo a eseguire i lavori.”* Di conseguenza, ha proseguito il Tar, *“il complesso delle pronunce adottate potrebbe favorire un terzo che non ha fatto ricorso, vale a dire il soggetto terzo classificato nella graduatoria emendata da errori”*. Si tratta, però, solo di un'ipotesi, trattandosi di scelta discrezionale dell'Amministrazione. Infatti, *“lo scorrimento della graduatoria è solo una delle opzioni di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e della dichiarazione di inefficacia del contratto dato*

che essa potrebbe anche decidere una rinnovazione dell'intera procedura".

Le statuizioni suddette sono state poi riprese da Tar Veneto, Venezia, Sez. I, sentenza 24 agosto 2016, n. 977 in cui si è affermato che, allorché entrambi i ricorsi risultino fondati ed i concorrenti siano più di due, *"l'accoglimento di ambedue i ricorsi implicherebbe, quale normale risultato, che né il ricorrente principale, né il ricorrente incidentale riescano ad ottenere una concreta utilità della pronuncia a loro favorevole, e che il beneficiario di siffatta doppia decisione di accoglimento sia un altro concorrente (il più delle volte, il terzo classificato), magari neppure parte del giudizio (non essendo un controinteressato in senso tecnico, ma semmai un cointeressato: cfr., al riguardo, Tar Lazio, Latina, Sez. I, n. 437/2016, cit.)."* In ordine a quest'ultimo aspetto, il Tar ha affermato di essere ben consapevole che *"il complesso delle pronunce adottate potrebbe favorire un terzo che non ha fatto ricorso, vale a dire il soggetto terzo classificato nella graduatoria emendata da errori; lo scorrimento della graduatoria, peraltro, è solamente una delle opzioni di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, visto che essa potrebbe anche decidere una rinnovazione dell'intera procedura".*

Sul punto, anche [Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater, 30 giugno 2016, n. 7532](#) ha evidenziato che, in ogni caso, l'ambito soggettivo del processo sarà limitato alle sole due imprese classificate ai primi due posti della graduatoria, *"in quanto ogni ulteriore effetto della pronuncia non potrà prodursi nella sfera giuridica del terzo quale conseguenza del giudicato (non avendo questo legittimamente partecipato ad un processo che non gli consentiva di far emergere alcun suo interesse attuale), ma potrà piuttosto risaltare attraverso la mediazione di un nuovo esercizio del potere discrezionale amministrativo, avverso il quale rimangono esercitabili gli ordinari mezzi di difesa"*. In altre parole, il Collegio ha puntualizzato che, da un punto di vista processuale, il giudizio rimane limitato alle sole due imprese (contro) ricorrenti dal momento che la pronuncia non potrà produrre effetti diretti nella sfera giuridica del terzo che non ha partecipato al processo.

Inoltre, lo stesso Tar Lazio, sez. III-quater, con la sentenza del 6 febbraio 2017, n.1924 citata in precedenza, dopo aver esaminato prioritariamente il ricorso incidentale escludente, ritenendolo fondato, ha osservato che nella specie *"le censure articolate con l'odierno ricorso principale e appuntate singulatim sulla specifica posizione di Linde Medicale s.r.l., anche ove accolte, non sarebbero tali da comportare in via immediata la riedizione della procedura ovvero l'estensione, in esito a riesame e con effetto conformativo, alle offerte delle altre concorrenti collocate in graduatoria e non coinvolte in questo processo"*. Tali considerazioni, ad avviso del Tar, evidenziano l'inesistenza del necessario interesse strumentale e mediato in capo alla ricorrente principale, con conseguente declaratoria di improcedibilità del ricorso proposto da quest'ultimo per sopravvenuta carenza di interesse, sottolineando, in particolare, che non assume alcun rilievo ai fini della configurazione di un interesse in parola il fatto, *"che in caso di accoglimento sia del ricorso principale sia di quello incidentale non necessariamente seguirebbe l'aggiudicazione al terzo in graduatoria, potendo l'Amministrazione decidere di disporre la ripetizione della gara e non essendo obbligata a tale aggiudicazione, tenuto conto che proprio la facoltà di scorrere la graduatoria, appuntata in capo alla stazione appaltante, inibisce di per sé l'emersione di un interesse strumentale collegato alla rinnovazione della procedura"*.

Tale ultima sentenza, come visto, ha espressamente ripreso quanto affermato dalla più volte richiamata sentenza della Terza Sezione del Consiglio di Stato, ove i giudici avevano osservato che, nel caso di specie, fosse utile *“l’esame dei (soli) motivi del ricorso di primo grado che, ove accolti, comporterebbero (rectius: potrebbero comportare) la rinnovazione della procedura, in esito all’eventuale annullamento d’ufficio dell’ammissione anche dell’offerta non direttamente contestata con il ricorso principale, ma asseritamente affetta dal medesimo vizio denunciato con le suddette censure”*^[32], rimettendo dunque la decisione dell’annullamento dell’ammissione del terzo – configurata, evidentemente, come eventualità - alla stazione appaltante.

Al riguardo, per meglio analizzare i profili problematici inerenti alla posizione processuale del terzo, è utile distinguere dal caso trattato dalla Terza Sezione quello in cui gli altri partecipanti, estranei al giudizio, abbiano presentato una offerta che potrebbe essere di per sé valida, o che comunque presenti - in via ipotetica - alcuni vizi difformi da quelli lamentati dal ricorrente principale.

In tale diversa circostanza, applicando in modo pedissequo la sentenza *Puligienica*, si potrebbe invero verificare la paradossale situazione nella quale il ricorrente incidentale (aggiudicatario), al fine di dimostrare la mancanza di un qualsiasi interesse strumentale alla rinnovazione della procedura da parte del ricorrente principale, formuli nel suo ricorso una *domanda di accertamento* tesa a provare lo scorrimento della graduatoria qualora entrambi i ricorsi venissero dichiarati fondati, attraverso una *“probatio diabolica”* che miri a verificare la validità dell’offerta del terzo concorrente, la volontà dello stesso di accettare l’aggiudicazione in caso di scorrimento, e l’effettivo desiderio della stazione appaltante di procedere allo scorrimento della graduatoria piuttosto che alla rinnovazione dell’intera procedura.

A questo punto, il secondo classificato potrebbe a sua volta proporre un ulteriore ricorso incidentale c.d. concatenato al ricorso incidentale proposto dall’aggiudicatario, al fine di dimostrare la mancanza delle condizioni sopra enunciate che provino la sostanziale possibilità di scorrimento della graduatoria.

In una situazione processuale siffatta, sorgerebbe dunque il problema del “terzo” e degli eventuali effetti che una sentenza resa in una circostanza del genere potrebbe avere nei suoi confronti.

Si può ipotizzare che, in tale caso, la situazione del terzo debba essere risolta in giudizio, integrando il contraddittorio nei confronti di tutti i partecipanti.

Parrebbe corretto ritenere che l’onere di tale integrazione ricada sul ricorrente incidentale, il quale dovrà, contestualmente alla proposizione della domanda di accertamento, chiamare in causa il terzo. Quest’ultimo, facendo ora parte del giudizio, godrà quindi degli effetti di giudicato interno della sentenza emessa.

Il giudice dovrà quindi pronunciarsi espressamente anche sulla posizione del terzo, seguendo peraltro la logica dell’art. 120 c.p.a., ai sensi del quale il giudice sarebbe sempre tenuto ad esaminare tutte le questioni e tutte le posizioni dei soggetti partecipanti all’appalto.

A tal riguardo, si può considerare l'ipotesi in cui, dopo l'accertamento, l'offerta del terzo si rilevi di per sé effettivamente valida.

In tale caso, il giudice si troverebbe nell'*empasse* di stabilire se applicare quanto affermato dalla Adunanza Plenaria n.4 del 2011^[33] (poi ribadito dalla successiva Adunanza Plenaria n.9 del 2014) o dalla Corte UE nella sentenza *Puligienica*.

Più nel dettaglio, nel primo caso, ritenuto fondato il ricorso incidentale c.d. escludente proposto dall'aggiudicatario, essendo l'offerta del terzo di per sé effettivamente valida ed essendo escluso che l'Amministrazione preferisca comunque procedere alla rinnovazione della procedura a seguito dalla declaratoria di fondatezza di entrambi i ricorsi, il giudice dovrebbe invero dichiarare il ricorso principale improcedibile per carenza di interesse.

Nel secondo caso, invece, applicando il principio della *Puligienica tout court*, il giudice dovrebbe analizzare comunque entrambi i ricorsi, e potrebbe pronunciarsi esplicitamente sull'aggiudicazione della procedura, individuando il soggetto terzo al quale essa spetta, oppure - come sembra suggerire la giurisprudenza TAR sopra citata - lasciare che sia comunque l'Amministrazione appaltante a decidere sulla sorte della gara.

Tale congiuntura è solo un esempio delle incertezze che potrebbero essere provocate dall'applicazione della sentenza *Puligienica*.

12. Il mancato esame del ricorso nel merito: un'ipotesi di “diniego di giurisdizione”?

Infine, è interessante accennare ad una ulteriore questione, concernente se il mancato esame del ricorso principale da parte del giudice amministrativo possa configurare un caso di “diniego di giurisdizione”, sindacabile in Cassazione.

Sul punto, di recente, con ordinanza interlocutoria n. 6822 del 7 marzo 2017, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sospeso il giudizio, ritenendo opportuno svolgere un approfondimento sul tema della individuazione dei limiti esterni della giurisdizione e del sindacato delle Sezioni Unite sulla violazione di essi da parte dei giudici speciali, con particolare riferimento all'ipotesi del c.d. rifiuto o diniego di giurisdizione.

La controversia riguardava una gara con due soli concorrenti, ove, in primo grado, il Tar Trieste, sez. I, con sentenza breve n. 456/2014, aveva ritenuto improcedibili per difetto di interesse, nonché infondati nel merito, i motivi aggiunti dedotti dal R.T.I. ricorrente principale a contestazione dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario definitivo.

In seguito, il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza n. 6284/14 (precedente alla sentenza CGUE *Puligienica*), aveva respinto l'appello ribadendo l'improcedibilità dei motivi aggiunti, riproposti in appello, relativi all'ammissione alla gara dell'altro raggruppamento concorrente, senza esaminarli nel merito.

Nello specifico, l'appellante principale lamentava che illegittimamente il primo giudice aveva dichiarato improcedibili le doglianze proposte (con motivi aggiunti). A sostegno della tesi, egli osservava che sia le censure principali che quelle aggiuntive contro l'ammissione del raggruppamento concorrente, investendo tutte il possesso dei requisiti di ammissione e riguardando al medesima fase di procedura cui avevano partecipato le due ditte, risultavano "simmetricamente escludenti" e pertanto, in osservanza dei principi enunciati dalla giurisprudenza Adunanza Plenaria, n.9 del 2014, la ricorrente aveva diritto all'esame nel merito anche di tutti i vizi denunziati con i motivi aggiunti (dichiarati invece improcedibili), il cui accoglimento, determinando l'esclusione anche dell'unico altro concorrente, avrebbe imposto la ripetizione della gara.

In proposito, il Collegio rilevava, anzitutto, che nella specie non poteva trovare applicazione il principio espresso dall'Adunanza Plenaria testé citata, che, come noto, aveva circoscritto l'esame dei entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, alle sole ipotesi in cui si controverta nello stesso procedimento, gli operatori rimasti in gara siano solo due e il vizio che affligge le relative offerte sia lo stesso ed attenga alla medesima fase procedimentale (c.d. simmetria escludente).

Nel caso *de quo*, al contrario, il Consiglio di Stato riteneva impossibile configurare l'ipotesi della simmetria escludente, in quanto osservava che *"le fasi procedurali contrastate dal ricorso principale risultano anteriori a quelle avversate col ricorso incidentale."* Pertanto, il richiamo al principio giurisprudenziale della simmetria escludente era *"inconferente"*, posto che quest'ultimo *"attiene al tema dell'esame incrociato tra censure principali e censure incidentali"* mentre la doglianza *"critica la decisione in riferimento ai motivi aggiunti al ricorso principale e va quindi regolata all'interno di tale tipologia delle deduzioni principali, senza correlazioni con l'impugnativa incidentali"* [\[34\]](#).

Inoltre, il Collegio, in relazione all'interesse finale alla ripetizione della gara per l'esclusione di entrambi i ricorrenti, riteneva difficilmente affermabile che un eventuale accoglimento del ricorso principale potesse condurre *"ex se"* al dovere giuridico di ripetizione della gara, trattandosi di un potere discrezionale che l'Amministrazione può liberamente decidere di esercitare o meno. Invero, *"una procedura che rimanga senza partecipanti (perchè entrambi legittimamente esclusi a seguito dell'accoglimento di ricorsi incrociati) produce direttamente solo l'esito infruttuoso della stessa, rimanendo nella sfera discrezionale della stazione appaltante la possibilità, e non il dovere, di emanare ulteriori provvedimenti, tra i quali potrebbe quindi solo ipoteticamente porsi il rinnovo del procedimento concorsuale negativamente percorso."* [\[35\]](#)

A seguito della suddetta pronuncia, il raggruppamento proponeva ricorso per Cassazione con due motivi, denunciando, rispettivamente, il rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale (richiamando, tra l'altro, le sentenze *Fastweb* e *Puligienica*) e l'eccesso di potere giurisdizionale.

Si tratta dunque di stabilire se l'omesso esame nel merito del ricorso principale da parte del Consiglio di Stato possa configurare un "diniego di giurisdizione".

Al riguardo, merita dar conto dei diversi orientamenti che si sono succeduti nel tempo.

In particolare, su simile tema, la Corte di Cassazione a SSUU si è già espressa con sentenza 21 giugno 2012 n. 10294, ove, in relazione al principio espresso dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011[36], si erano sollevate una serie di doglianze, con le quali si contestava, tra l'altro[37], l'eccesso di potere giurisdizionale per mancato esercizio della funzione giurisdizionale nonché il difetto di esercizio del potere giurisdizionale ex art. 111 Cost. per violazione dell'art. 42 del c.p.a. e per violazione del principio della parità delle parti nel processo.

Le Sezioni Unite, dopo aver dichiarato il ricorso ammissibile perché riguardante questioni di giurisdizione e non meramente processuali, ha escluso che la decisione della Plenaria determinasse un *“aprioristico diniego di giustizia”*, esprimendo, nello stesso tempo, alcune *“perplexità”* sul principio di diritto da essa espresso[38].

Ad avviso della Corte, tuttavia, trattasi *“di considerazioni che non bastano a giustificare la cassazione della decisione impugnata, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate.”* Ciò di cui si discute è, dunque, *“la bontà o meno di una nuova interpretazione ovvero di un possibile errore di diritto che non può formare oggetto di doglianza a mezzo del ricorso intentato per motivi inerenti alla giurisdizione”*[39].

Le Sezioni Unite del 2012 avevano dunque concluso respingendo il ricorso, non ravvisando nella sentenza impugnata un aprioristico *“diniego di giustizia”* ma solo un *“possibile errore di diritto”*, che, pur rendendo ammissibile il ricorso avverso la predetta sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, non ne giustificava la cassazione per eccesso di potere giurisdizionale.

Più di recente, le Sezioni Unite, riprendendo quanto statuito nel 2012, con sentenza del 6 febbraio 2015, n. 2242[40], hanno affermato il principio secondo cui costituisce invece *“indebito diniego di giustizia”*, idoneo ad identificare una questione di giurisdizione, la sentenza del Consiglio di Stato che, applicando i principi dettati dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 4 del 2011[41], in presenza di ricorsi reciprocamente escludenti proposti dalle uniche due imprese partecipanti ad una procedura di gara e deducanti vizi relativi alla medesima fase procedimentale, in violazione dei principi dettati dalla Adunanza Plenaria n. 9 del 2014[42], accolga il ricorso incidentale senza esaminare contemporaneamente quello principale, negando così l'accesso alla tutela giurisdizionale, secondo quanto affermato dalla CGUE nella sentenza *Fastweb*,

Sul punto, anzitutto, la Corte di Cassazione circoscrive il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione, osservando come esso non includa la verifica della conformità della sentenza al diritto dell'Unione Europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267.3 TFUE, come già affermato da Cass., Sezioni Unite, n. 2403 del 2014[43]. Nello specifico, le Sezioni Unite osservano che *“In materia di impugnazione delle*

sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111, ottavo comma, Cost., affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, "estrema", in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo".

Tuttavia, le Sezioni Unite notano la particolarità del caso di specie, in quanto, prima che la sentenza passasse in giudicato, era sopravvenuta l'interpretazione della CGUE resa nella sentenza *Fastweb*, che, con riferimento ad un caso analogo, aveva censurato l'orientamento dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, sul quale la sentenza impugnata per Cassazione aveva fondato la propria decisione. Tale orientamento, peraltro, era stato, a sua volta, superato dalla successiva pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, in coerenza con i principi europei affermati nella sentenza *Fastweb*.

La particolarità della vicenda in trattazione, ad avviso della Corte, impone dunque la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio al giudice amministrativo perché la riesamini alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Si tratta, invero, in questa circostanza, proprio di uno "casi estremi" in cui "l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia", ai quali aveva fatto riferimento la citata Cass. SU n. 2403 del 2014.

Sul punto, i Giudici ricordano il principio secondo cui "dovendo la tutela giurisdizionale essere effettiva, le norme processuali debbono prevedere congegni che consentono di riparare l'errore compiuto dalla parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l'errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perché altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento"^[44]. Di conseguenza, la cassazione della sentenza impugnata si prospetta inevitabile e doverosa "per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria. In altri termini, la Cassazione, che deve decidere di un motivo di difetto di giurisdizione, applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata".

Sotto diverso profilo, inoltre, le Sezioni Unite reputano necessario procedere con la cassazione della sentenza anche al fine di sottrarre lo Stato dalla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza^[45].

Quanto statuito dalla Plenaria è stato più volte richiamato in pronunce successive.

In generale, si evidenzia una certa prudenza della Cassazione nel delineare i presupposti necessari per avere un'ipotesi di "rifiuto o diniego di giurisdizione", in linea con la sentenza delle SSUU del 2012 citata in precedenza.

Al riguardo, si può riferirsi ad una serie di pronunce^[46] ove si è rimarcato come tale vizio sia rinvenibile soltanto nel caso di vizi riguardanti l'"essenza" della funzione giurisdizionale, non già il modo del suo esercizio, e dunque in "casi estremi", essendo da escludere qualsiasi giudicato riguardante i limiti "interni" della giurisdizione^[47].

In particolare, da ultimo, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 7157 del 21 marzo 2017, pronunciandosi sui limiti del sindacato della Cassazione sui ricorsi ex art. 111 Cost. contro le sentenze del Consiglio di Stato, hanno ribadito che esse "possono rilevare unicamente l'eventuale superamento dei limiti esterni della giurisdizione medesima, non essendo loro consentito di estendere il proprio sindacato anche al modo in cui la giurisdizione è stata esercitata, in rapporto a quanto denunciato dalle parti; sicché rientrano nei limiti interni della giurisdizione e restano perciò estranei al sindacato delle sez. unite della Corte di cassazione eventuali errori "in iudicando" o "in procedendo" che il ricorrente imputi al giudice amministrativo o al giudice contabile". Detta sentenza ha, inoltre, aggiunto che "il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione – che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione – non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato – quale giudice di ultima istanza – garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, mentre, per contro, l'ordinamento nazionale contempla – per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione – altri strumenti di tutela, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta (Sez. U, n. 2403 del 2014; Sez. U, n. 23460 del 2015)" ^[48].

Nello stesso tempo, si è più volte ribadito che viola i limiti "esterni" della giurisdizione una pronuncia di un giudice nazionale che interpreti la norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta.

Sul punto, di recente, si richiama la Cassazione civile, Sezioni Unite, 29 febbraio 2016, n. 3915 che ha nuovamente affermato che "In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo della Corte di cassazione sul rispetto del limite esterno della giurisdizione non include la verifica di conformità della decisione al diritto dell'Unione europea, fatta salva l'ipotesi "estrema" in cui la decisione contrasti con quelle della Corte di giustizia sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale", non riconoscendo tuttavia la sussistenza di tale ipotesi nel caso di "decisione del Consiglio di Stato che, giudicando sull'esclusione amministrativa degli ingegneri dalla direzione dei lavori su immobili di pregio storico e artistico riservata agli architetti, abbia negato la sussistenza di una "discriminazione alla rovescia" in

danno degli ingegneri italiani, giacché tale decisione non contiene un aprioristico diniego di giurisdizione ed è assunta alla luce delle pronunce della Corte di giustizia”.

Nello stesso senso, con ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891, le Sezioni Unite hanno ribadito che l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti rispetto ad un principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dà luogo alla violazione di un “limite esterno” della giurisdizione, rientrando in uno di quei “casi estremi” in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento del limite esterno. In questi “casi estremi” – secondo le Sezioni Unite – si impone la cassazione della sentenza amministrativa, che risulta “*indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria*” [\[49\]](#).

Infine, anche la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.11/2016, nel delineare i rapporti tra giudicato a formazione progressiva e giudizio di ottemperanza, ha evidenziato l'esigenza di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto sovranazionale, soprattutto alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa, i quali rilevano “*nella misura in cui consacrano l'esigenza che tutti gli organi dello Stato, a cominciare da quelli giurisdizionali, si adoperino, nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario*” [\[50\]](#).

13. Questioni aperte: il nuovo rito dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

Le diverse - e parzialmente contrastanti - modalità con cui il nuovo criterio introdotto dalla Corte è stato applicato da subito nella prassi giurisprudenziale - sia dei giudici amministrativi sia della stessa Corte UE - mostrano tutta la dirompenza (e la “pericolosità”) del principio affermato nella *Puligienica*.

Da quanto sopra esposto emerge infatti come esso introduca sicuri elementi di attenzione [\[51\]](#) di cui occorre tener conto al fine di una sua corretta applicazione, elementi che dovranno essere via via valutati dai giudici che si troveranno a dover applicare in concreto quanto affermato dalla Corte di Giustizia europea.

In tal senso si è già espressa la Terza Sezione del Consiglio di Stato, la quale, nella pronuncia sopra analizzata, ha reputato necessario chiarire l'effettiva portata conformativa e applicativa del suddetto principio, considerando che l'esegesi dello stesso debba essere condotta tenuto conto della fattispecie esaminata nel contesto di cui era controversia, in quanto “*la regola iuris risulta concepita, elaborata e formalizzata dalla Corte di Lussemburgo proprio con riferimento alla situazione (di fatto e di diritto) che ha determinato l'interrogazione che le è stata rivolta*”.

E, come visto, quanto statuito dalla *Puligienica* è stato, in un certo senso, ripensato e, sostanzialmente, circoscritto dalla stessa Corte di Giustizia (sent. *GesmbH*, 21 dicembre 2016, C-355/15), ribadendo quanto già espresso da costante giurisprudenza amministrativa, oltre che dalla Corte Costituzionale (sent. 22 novembre 2016, n. 245).

Nello stesso tempo, si deve evidenziare che tali dubbi, allo stato attuale, potrebbero considerarsi essenzialmente “risolti”, posto che il nuovo rito “specialissimo” in materia di contenzioso sulle esclusioni e sulle ammissioni disciplinato dal d.lgs. n. 50/16 (codice dei contratti pubblici) avrebbe sostanzialmente svuotato di rilievo il principio espresso dalla CGUE[52].

Infatti, come noto, l’art. 204 del nuovo codice dei contratti pubblici, puntando alla deflazione del contenzioso amministrativo, in attuazione dei criteri di delega, ha profondamente modificato l’art. 120 c.p.a., imponendo l’immediata impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa nel termine di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione della relativa determinazione sul profilo del committente della stazione appaltante[53].

Si è quindi introdotto un vero e proprio sbarramento processuale, posto che “*l’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*” (art. 120, comma 2-bis, d.lgs. n. 104/10).

Tuttavia, si rileva che, stando alla lettera nella norma, il nuovo rito speciale ha un raggio di operatività che non comprende, genericamente, tutti gli atti di esclusione e di ammissione, ma riguarda, puntualmente (ed unicamente): “*il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*”. Parrebbero dunque esclusi da questa dizione le ammissioni o le esclusioni riguardanti altri aspetti delle offerte, come ad esempio l’anomalia o il contenuto delle offerte tecniche od economiche.

A tal riguardo, si evidenzia che le ammissioni reciprocamente contestate nel giudizio *Fastweb* [54] riguardavano proprio i contenuti dell’offerta tecnica, e non già i “requisiti soggettivi di partecipazione”. Tale contenzioso non avrebbe quindi comunque potuto svolgersi secondo le nuove regole dell’art. 120.

Pertanto, l’attuale formulazione della nuova norma non può essere considerata del tutto idonea a evitare il rischio di ricorsi incrociati escludenti destinati a provocare la ripetizione della gara[55].

Di conseguenza, è probabile che la nuova regola processuale introdotta dalla *Puligienica* continuerà a sollevare anche in futuro una serie di problemi interpretativi e applicativi, che, come visto, ancora non hanno ricevuto un’univoca soluzione in giurisprudenza[56].

14. Nuovi profili di giurisdizione oggettiva: *quid prodest?*

L'evoluzione della giurisprudenza europea e nazionale nonché il dibattito dottrinario sull'argomento si inserisce nel quadro delle ripetute istanze di "giurisdizione oggettiva" che caratterizzano il momento attuale^[57].

Tra le altre^[58], vale menzionare il nuovo art. 211, comma 1-*bis, ter, quater* del codice dei contratti pubblici, come approvato dal Governo nella seduta del 29 maggio 2017^[59], di cui l'iter legislativo non si è ancora concluso.

Tale articolo introduce una peculiare legittimazione a ricorrere da parte dell'ANAC, la quale è ora legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, previa adozione in un parere motivato nel quale sono indicati specificatamente i vizi di legittimità.

Secondo parte della dottrina tale nuova legittimazione straordinaria dell'ANAC (ancora in fase di approvazione definitiva) ben potrebbe essere inquadrata nell'ambito della c.d. giurisdizione oggettiva del giudice amministrativo^[60].

Tuttavia, nonostante i reflussi oggettivizzanti che periodicamente interessano la giustizia amministrativa, in una giurisdizione il cui fondamento resta comunque a carattere soggettivo, si ritiene che la necessità di ancorare la posizione giuridica legittimante a base dell'interesse a ricorrere ad una utilità, ancorché mediata e strumentale, derivante dall'accoglimento del ricorso, non possa essere travolta dall'esigenza, pur essa evidentemente apprezzabile, di garantire l'accesso alle procedure di ricorso al maggior numero di soggetti possibile, al fine di tutelare al massimo la legalità delle procedure di gara.

Di conseguenza, si reputa che la nozione comunitaria di "interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto", al cui titolare gli Stati membri devono rendere accessibili le procedure di ricorso, debba essere interpretata – per come esplicitata dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle ricordate sentenze del 2011 e 2014 - quale "*titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione*" che presuppone "*il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato*". In sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento del ricorso una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante, stante il principio secondo cui "*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*".

In ogni caso, in attesa di una nuova pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema, sarebbe opportuno che lo stesso ordinamento europeo chiarisse, in modo definitivo, quale sia l'essenza del sistema di tutela processuale delineato dalla direttiva ricorsi^[61].

E' inoltre auspicabile che i giudici nazionali, sia di primo che di secondo grado, richiamando in motivazione il principio di diritto espresso nella sentenza *Puligienica*, al fine di evitare di estendere troppo la nozione di interesse processualmente rilevante, fin quasi a rendere tale condizione dell'azione *tamquam non esset*, facciano sempre riferimento alla vicenda processuale che ha originato il rinvio operato dal C.G.A.R.S., precisando i contenuti degli effetti vincolanti del nuovo criterio alla luce delle sue prime applicazioni pratiche ed esegesi e ricordando che le stesse norme comunitarie obbligano gli Stati membri ad assicurare un sistema di giustizia effettivo all'operatore economico solo qualora *abbia o conservi un interesse* all'aggiudicazione dell'appalto^[62].

^[1]In tal modo, la Corte ha risposto alla prima delle due questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza n. 848 del 17 ottobre 2013. Per completezza, si ricorda che la seconda questione affrontata dalla Corte UE ha riguardato il contrasto fra esercizio della funzione nomofilattica ex art. 99 c.p.a. e vincolatività del principio di diritto nei confronti delle Sezioni del Consiglio di Stato, da un lato, e facoltà di queste ultime di discostarsene in caso di contrasto col diritto dell'UE ovvero di effettuare il rinvio pregiudiziale obbligatorio ex art. 267 FUE senza investire nuovamente l'Adunanza plenaria, dall'altra. In merito a tale seconda questione, per la cui trattazione si rimanda ad altra sede, la Corte si esprimeva enucleando i seguenti principi: "2) *L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.* 3) *L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione*".

^[2]La questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale si è posta all'attenzione della giurisprudenza già a partire dagli anni '90, quando, fermo restando il principio generale dell'accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale e quindi della priorità logica di quest'ultimo, la giurisprudenza maggioritaria affermò che, nel caso di ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale (cd. ricorso incidentale paralizzante), il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica rispetto a quelle sollevate dal ricorrente principale, ossia quelle che si riverberano sull'esistenza della legittimazione e dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale «*perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una*

questione di rito». Il percorso seguito dalla giurisprudenza successiva è ben noto, scandito dalle importanti decisioni della Adunanza Plenaria n.11 del 2008, n.4 del 2011 e n.9 del 2014, e si ritiene di poter prescindere dalla disamina di esso. Anche la dottrina si è molto occupata del tema, così come dimostra l'ampissima produzione scientifica alla quale si rinvia. Senza pretesa di esaustività, tra i tanti contributi si veda: G. Acquarone, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1995, n. 388)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1997, pp. 555 ss.; R. Giovagnoli, *Il ricorso incidentale*, in F. Caringella – R. Garofoli, (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, pp. 715 ss.; R. Spaguolo Vigorita, *Dinamiche processuali e vicende di giustizia sostanziale. Brevi note in tema di ricorso incidentale*, in *Foro amm. – TAR*, IV, 2007, pp. 1536 ss.; G. Pellegrino, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in www.giustamm.it, 2006; ID., *Ricorso incidentale e parità delle parti. La Plenaria dopo la svolta della V e della VI*, *ibidem*, 2008; G. Tropea., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, pp. 633 ss.; R. Caponigro, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2008; G. Figuera, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2008, pp. 1066 ss.; L. Cimellaro, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, in *Foro amm. – C.d.S.*, IX, 2008, pp. 2949 ss.; A. Reggio D'aci, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l'effetto «paralizzante» del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica. Rimangono, però, non esaminate alcune tematiche che potrebbero suggerire un ragionevole ripensamento di questo nuovo orientamento*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2008, pp. 215 ss.; R. Villata, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2008, pp. 911 ss.; F. Gaffuri, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, *ibidem*, IV, 2009, pp. 1047 ss.; M. Marinelli, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, *ibidem*, III, 2009, pp. 609 ss.; A. Squazzoni, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, *ibidem*, II, 2009, pp. 146 ss.; L. Tarantino, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, I, 2009, pp. 48 ss.; A. Romano Tassone, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2009, pp. 581 ss.; C. Cacciavillani, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, pp. 315 ss.; R. Villata – L. Bertozzi, *Rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno*, www.treccani.it, 2014; G. Sigsmonti, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, e 30 gennaio 2014, n. 7)*, in *Foro it.*, VIII, 2014, pp. 472 ss.; R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 791 ss.; F. Freni, *Il nuovo processo per gli appalti pubblici: il nuovo rito "appalti, annullamento dell'aggiudicazione e effetti sul contratto, sinteticità degli atti processuali di parte nel processo, contributo unificato, rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, Giuffrè, 2015; C. Benetazzo, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2016. Infine, sul recente principio espresso dalla Corte nella sentenza Puligienica, si rinvia a D. Andracchio, *La nuova fisionomia 'euro-unitaria' dei rapporti*

tra ricorso principale e incidentale 'escludente' in materia di appalti, in *Federalismi.it*, n. 16 del 2016; S. Tranquilli, *Prime applicazioni della sentenza "Puligienica": cui prodest?*, in www.lamministrativista.it; A. Carbone *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in *Giust.amm* n. 3-2017; M. Lipari, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani.

[3] In particolare, l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007.

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

[5] Ritiene che la sentenza della Corte di Giustizia "Puligienica" sia indice della presenza di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici F. Francario, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in www.lamministrativista.itll portale degli appalti e dei contratti pubblici. Sul tema, in generale, si rimanda al Convegno "Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa", tenutosi a Siena, Certosa di Pontignano, in data 13-14 maggio 2016, i cui atti sono attualmente in corso di pubblicazione. Tra questi, con particolare riferimento al rapporto tra sentenza *Puligienica* e giurisdizione

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

[6] Come noto, già in precedenza, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva trattato tale questione. In particolare si ricorda che con la sentenza n. 4/2011 si era affermato che

quando il ricorso incidentale è finalizzato a contestare la legittimazione al ricorso principale – c.d ricorso incidentale escludente o paralizzante – il suo esame deve necessariamente assumere carattere pregiudiziale, in quanto la sua accertata fondatezza precluderebbe al giudice l'esame delle domande proposte della ricorrente principale (ad eccezione dei casi di palese infondatezza, irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso principale, nei quali il giudice sarà legittimato, in ossequio al principio di economia processuale, ad esaminarlo in via prioritaria).

[7] Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544; TAR Napoli, Sezione VIII, 19 novembre 2015, n. 5373.

[8] Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544, Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5168; Id, 19 marzo 2015, n. 1419.

[9] TAR Sicilia, Palermo, sez. I, n. 351 del 14 febbraio 2013.

[10] Punto C5 dell'ordinanza n. 848 del 17 ottobre 2013.

[11] cfr. M. Lipari, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, op. cit.

[12] La Corte UE si è espressa in senso conforme a quanto affermato dall'Avvocato Generale Melchior Wathelet nelle sue conclusioni, secondo il quale, in una fattispecie come quella

presentata nel giudizio principale, “se il giudice adito dovesse accertare l’irregolarità delle due offerte in questione, l’aggiudicatore non sarebbe obbligato a procedere ad una nuova gara d’appalto ma potrebbe, se del caso, scegliere di attribuire l’appalto ad una altra impresa figurante nella graduatoria redatta dall’amministrazione aggiudicatrice” (punto 36). Parimenti, “non è escluso che una delle irregolarità all’origine dell’annullamento delle offerte del ricorrente principale e dell’aggiudicatario vizi parimenti tutte le offerte presentate. In tali circostanze, l’aggiudicatore dovrebbe allora avviare necessariamente una nuova procedura”(punto 37). L’Avvocato Generale, richiamando quanto stabilito al punto 33 nella sentenza “Fastweb”, ossia che “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”, ha ritenuto che così pronunciandosi “la Corte non intendeva limitare la sua constatazione all’ipotesi di una gara d’appalto che aveva suscitato unicamente l’interesse di due imprese (e dunque, alla presentazione di due offerte soltanto), in quanto essa prende in considerazione in maniera generale l’interesse legittimo di «ciascuno dei concorrenti» all’esclusione dell’offerta, non dell’altro bensì «degli altri»” (punto 39).

[\[13\]](#) Sulla introduzione da parte della sentenza della Corte di Giustizia “Puligienica” di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici, si rimanda alla nota 5.

[\[14\]](#) Sulla introduzione da parte della sentenza della Corte di Giustizia “Puligienica” di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici, si rimanda alla nota 4.

[\[15\]](#) In merito a tale pronuncia, A. Carbone, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., osserva che: “pur condividendosi l’opinione secondo cui l’impostazione ivi sostenuta tamponerebbe in qualche modo la deriva oggettivistica a cui condurrebbe una diversa lettura della sentenza Puligienica, si deve tuttavia evidenziare come il legame soggettivistico, ancorché ancora presente nell’interpretazione adottata dal Consiglio di Stato, risulti di molto attenuato e decisamente ridotto anche rispetto al principio affermato nella sentenza Fastweb, già di per sé, a nostro avviso, derogativo ai canoni di un processo propriamente soggettivo: nella prospettiva indicata, infatti, l’interesse ha ad oggetto un’utilità meramente ipotetica ed eventuale, atteso che la satisfattività dell’accoglimento del ricorso è legata alla possibile determinazione

dell'Amministrazione nel senso dell'annullamento delle altre ammissioni in via di autotutela".

[16] Per un'attenta analisi della nozione di interesse strumentale nei contenziosi appalti, si veda R. Caponigro, *L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto*, in www.giustizia-amministrativa.it. Al riguardo, si evidenzia che essa è stata tratteggiata, con precisione, dal Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 6 ottobre 2014, n. 4986, ove si legge che *"l'interesse strumentale tutelabile non è quello di "ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario" tout court: è semmai quello di ottenere che, attraverso detto "passaggio", l'amministrazione riediti il potere, bandisca una nuova gara, e sia così soddisfatta la futura chance partecipativa del ricorrente: non si tratta quindi di un interesse "emulativo", ma di un interesse diretto patrimoniale, seppur futuro. Nel caso di una gara a cui abbiano partecipato più imprese, ed in relazione alla quale la stazione appaltante abbia la possibilità di procedere scorrendo la graduatoria, la non aggiudicataria (che è stata/o che doveva essere esclusa) potrebbe in teoria introdurre nel procedimento giurisdizionale motivi volti alla coltivazione del proprio strumentale interesse alla riedizione della procedura; tuttavia, ove essa non faccia ciò, e si limiti a sostenere che la aggiudicataria doveva essere esclusa, manca l'interesse a coltivare le dette doglianze ed il ricorso deve essere dichiarato improcedibile"*. Più di recente, il Tar Perugia, (Umbria), Sez. I, sentenza 13 giugno 2016, n. 499 ha rilevato che: *"Nel processo amministrativo il ricorrente, che ha partecipato legittimamente a gara pubblica, può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato quanto, in via alternativa e normalmente subordinata, l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione, sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta"* (conforme Cons. St., sez. V, 20 novembre 2015, n. 5296). Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 5 maggio 2016, n. 1822 ha specificato: *"Nel processo amministrativo la sussistenza della cd. causa d'improcedibilità può essere ravvisata solo allorché, per effetto di una sopraggiunta modifica della situazione di fatto o di diritto, il ricorrente non può più trarre, dall'eventuale sentenza di accoglimento del ricorso, alcuna utilità, per non essere ormai configurabile, in capo ad esso, un interesse anche solo strumentale o morale alla decisione"*. Sul punto, si segnala inoltre l'affermazione del Presidente del Consiglio di Stato, A. Pajno secondo cui tale interesse *"ha per oggetto non il bene della vita, ma la legittimità dell'azione amministrativa"*. (l'affermazione è riportata da N. Saitta, *"Sistema di giustizia amministrativa"*, Giuffrè, 2012, 76 e ss.). Si è altresì affermato in dottrina che l'interesse strumentale, nella fase di accertamento dell'interesse a ricorrere, attribuisce rilevanza ad un vantaggio, per l'appunto strumentale, e *"quest'ultimo consisterebbe nella rimozione, in caso di accoglimento del ricorso, di un atto amministrativo sfavorevole per il ricorrente, con la prospettiva di conseguire un'utilità concreta attraverso una successiva esplicazione dell'attività amministrativa"* (P. M. Vipiana, *"In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul così detto interesse strumentale a ricorrere"*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1987, 108).

[17] cfr. Tar Campania, Sez. V, 23 gennaio 2017, n.465; Tar Puglia, Bari, Sez.I, n. 188/2017; Tar Campania, Sez. II, 25 gennaio 2017, n.508.

[18] Si legge nella sentenza (punti 10-14): *“Ciò posto, l’accertata fondatezza - per le ragioni che precedono – della censura mossa con il ricorso incidentale non è sufficiente per trarre immediate conclusioni, dovendosi, come sopra visto, esaminare il secondo profilo dedotto dalla società Ediltione, ossia gli effetti conseguenti all’accoglimento del mezzo impugnatorio da questa promosso sul punteggio correttamente attribuibile all’offerta di Costruzioni Dallapè e sulla formazione della graduatoria finale. 11. Quanto al primo di detti aspetti, la Commissione di gara ha attribuito all’offerta tecnica della ricorrente principale complessivi punti (riparametrati) 585,74 (cfr. verbale della seduta di gara di data 9 settembre 2016), di cui ben 530,42 punti (cfr. verbale di gara di data 27 giugno 2016) risultano assegnati a seguito della operata valutazione delle relazioni e degli elaborati inerenti i sub criteri B.1, B.2, B3 e B5, privi – come sopra visto - della sottoscrizione in calce del legale rappresentante, e per i quali nessun utile punteggio, secondo l’espressa clausola della regola di gara, avrebbe potuto essere legittimamente attribuito: da ciò consegue che la corretta attribuzione del punteggio complessivo riferito all’offerta tecnica di Costruzioni Dallapè avrebbe dovuto essere contenuta nei limiti di punti 55,74, ottenuti in riferimento ad altri elaborati, sottoscritti regolarmente o comunque non contestati, riguardanti i diversi sub elementi individuati alla voce B.4 dei previsti parametri. 12. Quanto al secondo aspetto, deve rilevarsi che gli effetti della corretta assegnazione del punteggio all’offerta tecnica inoltrata dalla ricorrente principale sono tali da determinare la collocazione di questa, pur tenuto conto dei punti (300) assegnati per il miglior ribasso economico, all’ultimo posto della graduatoria, (cfr. allegato C alla seconda seduta di gara di data 8 settembre 2016), essendo sopravanzata anche dalle offerte inoltrate dal RTI Mark Costruzioni e dalla società Pretti e Scalfi. 13. Infine, la collocazione dell’offerta della società Dallapè all’ultimo posto della graduatoria non muterebbe ancorché al punteggio assegnato alle società controinteressate convenute, ed in primis ad Ediltione, dovesse sottrarsi, per effetto dell’eventuale accoglimento delle censure mosse con il ricorso principale, quello attribuito (complessivamente 80 punti ciascuna) con riguardo alle voci del tavolato in legno di larice e del laminato. Tale considerazione, che comporta il mancato superamento della prova di resistenza - determina il venir meno del necessario interesse alla coltivazione del ricorso principale. 14. Per quanto concerne la verifica dell’eventuale permanenza in capo alla ricorrente principale di un residuo interesse strumentale, occorre rilevare che - in considerazione di quanto fin qui esposto – nessuna circostanza ne consente l’apprezzamento, considerato che la società Dallapè nulla ha dedotto sul punto, né ha formulato alcuna domanda volta alla rinnovazione della gara, e che l’operata impugnazione, in via subordinata, del bando (pag. 9 ricorso) è di tutta evidenza limitata, e dunque non assume qui rilievo, alla disposizione regolante la valutazione della classe di durabilità del pavimento in tavolato”.* (Tgra Trento, sent. 29 marzo 2017, n. 112).

[19] La giurisprudenza comunitaria in tema, è costituita, in particolare, dalle sentenze Corte giust. UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 *Fastweb*; Sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09 *Stadt Graz*; 28 gennaio 2010, n. 406/08 *Uniplex*; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, *Grossman*; 19 giugno 2003, C-249/01 *Hackermuller*. Più nello specifico, giova menzionare quanto statuito nella sentenza della Corte di Giustizia, Sesta Sezione, del 19 giugno 2003, pronunciata sul caso *Hackermuller*, che ha rilevato che la partecipazione alla gara costituisce un necessario fattore di differenziazione della situazione soggettiva vantata dall'impresa che intenda agire in giudizio per dedurre la presenza di illegittimità nello svolgimento della gara, atteso che anche l'ordinamento europeo individua nell'annullamento giurisdizionale uno strumento di tutela di una posizione soggettiva sostanziale, non una via di ripristino della legalità violata, con un vincolo di necessaria presupposizione tra lesione ed annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo. Nello specifico, la Corte nella suddetta sentenza ha affermato che: “1. L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non impedisce che le procedure di ricorso previste da detta direttiva siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se queste ultime siano state o rischiano di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata. (v. punto 19, dispositivo 1). 2. L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, impedisce che ad un offerente venga negato l'accesso alle procedure di ricorso previste da detta direttiva per contestare la legittimità della decisione dell'autorità aggiudicatrice di non considerare la sua offerta come la migliore, per il motivo che tale offerta avrebbe dovuto essere preliminarmente esclusa da detta autorità aggiudicatrice per altre ragioni e che, pertanto, egli non è stato o non rischia di essere lesa dall'illegittimità da lui denunciata. Nell'ambito della procedura di ricorso pertanto aperta a detto offerente, quest'ultimo dev'essere legittimato a contestare la fondatezza del motivo di esclusione in base al quale l'autorità responsabile delle procedure di ricorso ritiene di poter concludere che egli non sia stato o non rischi di essere lesa dalla decisione di cui denuncia l'illegittimità. (v. punto 29, dispositivo 2)”.In particolare, al punto 27 , la sentenza sottolinea che “certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione, nell'ambito della procedura di ricorso avviata da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in

*via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata" (p.to 27). Si è rilevato che tale affermazione sembra dire che "non è l'aspetto formale (la presenza o meno di una decisione di esclusione) l'elemento sul quale la Corte di giustizia fonda le sue conclusioni, ma l'aspetto sostanziale, costituito dal diritto irrinunciabile del soggetto destinatario della decisione di contestarne davanti a un giudice, non importa in quale sede o circostanza, la fondatezza" (Cfr. M. SALERNO, *La parola agli "esclusi": la Corte di Giustizia difende il diritto al ricorso contro le decisioni delle amministrazioni appaltanti*. <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/viewFile.do?id=1296052410022&dataId=2971&filename=Testo.pdf>)*

[20] Il Collegio ha ribadito che *"è inammissibile l'impugnativa proposta dall'impresa che sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti, giacché il suo è un interesse di mero fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non avrebbe titolo a impugnarne gli atti, pur essendo portatore di un interesse alla caducazione dell'intera procedura al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016 n. 4180; Id., sez. IV, 20 aprile 2016 n. 1560"*, evidenziando altresì che la compatibilità di tale orientamento con i principi del diritto europeo ha trovato conferma proprio nella recente pronuncia *Bietergemeinschaft* della Corte di Giustizia.

[21] cfr. Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione III, 2 febbraio 2015, n. 491; Consiglio di Stato, sezione VI, 10 dicembre 2014, n. 6048; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4.

[22] cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560.

[23] cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, che ha riaffermato i principi già elaborati dall'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 e dall' Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1.

[24] cfr. Tar Liguria, sezione II, ordinanza del 29 marzo 2017, n.263, che richiama Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione V, 30 dicembre 2015, n. 5862; sezione V, 12 novembre 2015, n. 5181; Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4.

[25] Tar Liguria, sezione II, ordinanza del 29 marzo 2017, n.263, che richiama Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4.

[26] cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1.

[27] Corte Giust. Ue, Sez. VIII, 10 maggio 2017, C- 131/16.

[28] Nello specifico, la sentenza afferma che: *“La direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e*

aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

[\[29\]](#) In tale sentenza, la Corte Ue ha altresì espresso importanti principi in tema di soccorso istruttorio. Specificatamente, ha affrontato la questione della compatibilità del dovere di soccorso con il principio di parità di trattamento statuendo che: *“Il principio di parità di trattamento degli operatori economici stabilito dall'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a presentare le dichiarazioni o i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'onori e che non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Tale articolo non osta, invece, a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.*

[\[30\]](#) Si tratta della terza questione pregiudiziale sollevata dal giudice polacco. Le altre due sono le seguenti: *“«1) Se l'articolo 10 della [direttiva 2004/17] debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice può essere tenuta ad invitare gli operatori economici i quali entro un determinato termine (ossia, entro il termine stabilito per la presentazione delle offerte) non hanno presentato “le dichiarazioni o i documenti” (nozione che comprende anche i campioni dell'oggetto dell'appalto) richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice, attestanti la conformità delle forniture, dei servizi o dei lavori offerti ai requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice, o i quali hanno presentato “le dichiarazioni o i documenti” richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice inficiati da vizi, a presentare “le dichiarazioni o i documenti” (campioni) mancanti o corretti entro il termine supplementare stabilito, senza che sia previsto un divieto in forza del quale “le dichiarazioni o i documenti” (campioni) integrativi non possono modificare il contenuto dell'offerta. 2) Se l'articolo 10 della [direttiva 2004/17] debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice può trattenere la cauzione dell'operatore economico qualora quest'ultimo, in*

risposta alla richiesta di integrazione rivoltagli dall'amministrazione aggiudicatrice, non abbia presentato "i documenti o le dichiarazioni" (campioni) attestanti la conformità delle forniture, dei servizi o dei lavori offerti ai requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice, nell'ipotesi in cui tali integrazioni avrebbero comportato modifiche al contenuto dell'offerta o qualora esso non abbia acconsentito a che l'amministrazione aggiudicatrice modificasse l'offerta, il che ha reso impossibile selezionare l'offerta presentata dall'operatore economico come la più vantaggiosa".

[31] Sulla introduzione da parte della sentenza della Corte di Giustizia "Puligienica" di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici, si rimanda alla nota 4.

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

[33] Ai sensi della quale, come noto, in caso di ricorso incidentale volto a contestare l'ammissibilità del ricorso principale (c.d. ricorso incidentale escludente o paralizzante), il primo deve essere valutato prima del ricorso principale.

[34] Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 6284/14.

[35] Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 6284/14.

[36] La quale, come noto, aveva statuto che il ricorso incidentale, diretto a contestare la

legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

[37] Le altre censure erano relative a: illegittimo diniego di *legitimitatio ad processum*; violazione art. 360 n. 1 e 362 n. 1 c.p.c. per omesso esercizio della funzione giurisdizionale del Giudice Amministrativo in violazione anche dei principi del giusto processo e della parità delle parti; mancato esercizio della funzione giurisdizionale derivante dalla violazione del principio della parità delle parti nel processo in conseguenza dell'ordine di trattazione delle domande contrapposte, rimesso alla scelta del Giudice; violazione dell'art. 1 direttiva 2007/66/CE, in quanto l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto rendersi conto che nella ipotesi in cui l'esito del giudizio mutava "a seconda del ricorso che si esamina per primo", la normativa internazionale, comunitaria e nazionale imponeva di esaminarli entrambi per scongiurare un evidente sviamento della funzione giurisdizionale, intesa come servizio "preordinato ad assicurare la giustizia sostanziale nei rapporti controversi".

[38] In particolare, nella citata sentenza si manifestano alcune perplessità a fronte della considerazione che tra più letture alternative "il giudice dovrebbe privilegiare quella che assicura e non quella che ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge". Difatti, "la decisione dell'Adunanza Plenaria non è stata condivisa da tutti i TAR che si sono in seguito pronunciati ed ha ricevuto le critiche di una parte della dottrina in quanto al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l'Amministrazione. Secondo il sistema, cioè, ciascun interessato ha facoltà di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento. Secondo l'interpretazione dell'Adunanza Plenaria, invece, l'esercizio della giurisdizione finisce per convalidare un assetto diverso da quello che (secondo l'assunto) si sarebbe avuto se la PA avesse condotto il procedimento secondo le regole. Ciò genera 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".

[39] Corte Cass. Sez. Unite, sent. 21 giugno 2012, n. 10294. Nella citata sentenza si manifestano alcune perplessità a fronte della considerazione che tra più letture alternative “il giudice dovrebbe privilegiare quella che assicura e non quella che ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge”. Difatti, “la decisione dell’Adunanza Plenaria non è stata condivisa da tutti i TAR che si sono in seguito pronunciati ed ha ricevuto le critiche di una parte della dottrina in quanto al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l’inammissibilità del ricorso e ne favorisce l’altra con il mantenimento di un’aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l’Amministrazione. Secondo il sistema, cioè, ciascun interessato ha facoltà di provocare l’intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento. Secondo l’interpretazione dell’Adunanza Plenaria, invece, l’esercizio della giurisdizione finisce per convalidare un assetto diverso da quello che (secondo l’assunto) si sarebbe avuto se la PA avesse condotto il procedimento secondo le regole. Ciò genera 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”.

[40] in *Foro.it.*, con nota di D. Occhietti e in *Giur.it.*, 2015, 942 ss. con nota di F. Dinelli, G. Palazzesi, *La tendenza all’estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una “innovativa converma*.

[41] Secondo cui l’esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l’impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed ha portata pregiudiziale rispetto all’esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell’intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all’ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l’aggiudicatario ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l’altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell’offerta.

[42] In cui si era precisato, in coerenza con i principi affermati nella sentenza *Fastweb*, che l'obbligo di procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi fosse circoscritto alle sole ipotesi in cui si controverta nello stesso procedimento, gli operatori rimasti in gara siano solo due e il vizio che affligge le relative offerte attenga alla medesima fase procedimentale (c.d. simmetria escludente). La stessa Plenaria aveva altresì ritenuto che, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale soltanto nel caso in cui *“esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.”*.

[43] In un caso in cui la parte aveva impugnato innanzi alle SU la sentenza del GA lamentando l'eccesso giuri-sdizionale nel fatto che quest'ultimo aveva fornito ad una norma regionale un'interpretazione contrastante con una direttiva europea. Le SU hanno risposto che il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra tra i motivi inerenti alla giurisdizione solo quando sia denunciato che il rifiuto stesso è stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, oppure, nei casi estremi, nei quali l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non quando si prospettino, come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionale, meri errori *in iudicando* o *in procedendo*. Nello specifico, si era affermato che: *“In materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato - quale giudice di ultima istanza - garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, mentre, per contro, l'ordinamento nazionale contempla - per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione - altri strumenti di tutela, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta”* (Cass., Sezioni Unite, n. 2403 del 2014).

[44] Cass. civ., Sez. Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, cit. Continuano le Sez. Unite:

“L'eccesso giurisdizionale risulta confermato dalla considerazione (espressa proprio dall'ultimo precedente menzionato) che, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino), si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. Così come si deve tenere conto della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Infatti, è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca”.

[45] Come noto, la Corte del Lussemburgo ha riconosciuto l'obbligo a carico dei Paesi dell'Unione di risarcire anche i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza. Si veda, al riguardo, Corte giust., 30.9.2003, C-224/01, *Kobler*, 13.6.2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; 24.11.2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*.

[46] Si rimanda, *ex plurimiis*, a Cass. Civ., Sez. Unite, 13 febbraio 2012, n.1979, così massimata: *“In tema di sindacabilità per difetto di giurisdizione delle sentenze della Corte dei conti, è inammissibile il motivo di ricorso che si fonda su vizi processuali relativi a violazioni del principio costituzionale del giusto processo, alla mancata integrazione del contraddittorio o all'asserita mancanza di motivazione, trattandosi di errores in procedendo non inerenti all'essenza della giurisdizione”*; Id. 4 febbraio 2014, n.2403, così massimata *“La mancanza di una condizione dell'azione (legittimazione o interesse ad agire), rilevata dal giudice amministrativo e posta a fondamento della pronuncia di rigetto, attiene ai vizi dei requisiti intrinseci alla domanda e rientra, pertanto, nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione, sicché è inammissibile il ricorso per cassazione che prospetti tale vizio sotto il diverso profilo del difetto di giurisdizione, non trattandosi di una questione di superamento dei limiti esterni della giurisdizione, né potendosi configurare un rifiuto della stessa da parte del giudice amministrativo”*; Id. 14 gennaio 2015, n. 475, così massimata *“La mancanza di una condizione dell'azione (legittimazione o interesse ad agire), rilevata dal giudice amministrativo e posta a*

fondamento della pronuncia di rigetto, attiene ai vizi dei requisiti intrinseci alla domanda e rientra, pertanto, nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione, sicché è inammissibile il ricorso per cassazione che prospetti tale vizio sotto il diverso profilo del difetto di giurisdizione, non trattandosi di una questione di superamento dei limiti esterni della giurisdizione, né potendosi configurare un rifiuto della stessa da parte del giudice amministrativo”; Id. 2 febbraio 2015, n. 1823 così massimata: “Non è ravvisabile un eccesso di potere giurisdizionale - non venendo in questione i limiti esterni della giurisdizione ma solo il modo in cui questa è stata in concreto esercitata - nel fatto che il giudice amministrativo, nell'ambito di un giudizio di ottemperanza originariamente instaurato per denunciare la mancata esecuzione di una sentenza di annullamento della deliberazione di conferimento di un incarico giudiziario direttivo da parte del Consiglio superiore della Magistratura, abbia accolto un ricorso per motivi aggiunti proposto dall'interessato per far accertare che una nuova deliberazione, successivamente adottata dallo stesso Consiglio superiore della Magistratura, è elusiva dell'anzidetto giudicato. Neppure sono ravvisabili eccessi di potere giurisdizionale - vertendosi sempre solo sul modo in cui la giurisdizione è stata in concreto esercitata - nel fatto che, nel suindicato giudizio di ottemperanza, il giudice amministrativo non abbia individuato elementi significativi di novità nella rinnovata deliberazione del Consiglio superiore della Magistratura, riscontrando perciò in essa gli estremi dell'elusione del giudicato di annullamento della deliberazione precedente, e che abbia esercitato i conseguenti poteri sostitutivi, mediante designazione di un commissario ad acta (in fattispecie anteriore all'entrata in vigore delle modifiche apportate dall'art. 2, comma 4, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, all'art. 17, comma 2, della legge 24 marzo 1958, n. 195), nonostante uno dei candidati concorrenti all'incarico direttivo fosse prossimo al pensionamento”; Id. 1 aprile 2015, n.6606, ove si legge che: “La questione nei termini di rifiuto di giurisdizione risulta pertanto mal posta, non venendo nella specie in considerazione il principio secondo il quale la questione di giurisdizione si presenta non solo quando sia in discussione la circostanza che essa spetti al giudice cui la parte si è rivolta - in quanto solo al medesimo compete di provvedere - ma anche allorchè si debba stabilire se, in base alla norma attributiva della giurisdizione, ricorrano le condizioni alla cui presenza il giudice abbia il dovere di esercitarla (v. in proposito su n. 30254 del 2008, seguita tra le altre da su n. 2065 del 2011 e n. 15428 del 2012).La giurisprudenza di queste sezioni unite ha infatti in proposito chiarito che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dalla affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, che non possa per questo essere da lui conosciuta (v. su n. 3037 del 2013), onde l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti comunque non giustifica il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia (cfr. su n. 10294 del 2012), ma la tutela giurisdizionale si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori in iudicando o in procedendo che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso (cfr. anche su n. 771 del 2014), dovendo aggiungersi che la giurisprudenza di queste sezioni unite, con riguardo al sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, ha chiarito che è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia (v. tra le altre Su n. 15428 del 2012).Peraltro, ove anche il problema si ponesse eventualmente in relazione alla

interpretazione della giurisprudenza comunitaria (alla quale in ipotesi potrebbe essere stata data una lettura estensiva), l'eventuale erroneità della decisione sul punto non la renderebbe perciò solo sindacabile in questa sede (v. tra le altre su n. 2242 del 2015, secondo la quale il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, "estrema", in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo)."

[47] cfr. C. Benetazzo, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, op.cit., spec. nota 96.

[48] Cass. civ., Sez. Unite, 21 marzo 2017, n. 7157.

[49] In questi termini, cfr. Cass. Civ., Sez. Un., ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891, che richiama in motivazione gli analoghi principi precedentemente espressi da Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2403.

[50] cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11/2016. La sentenza prosegue: "*Tale preminente esigenza di conformità al diritto comunitario certamente rileva anche in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice dell'ottemperanza interpretare la sentenza portata ad esecuzione e delinearne la portata dispositiva e conformativa evitando di desumere da esse regole contrastanti con il diritto comunitario. La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza – nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva – non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto*

sovrana. Il giudizio di ottemperanza può rappresentare in quest'ottica una opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie che darebbero vita a quei "casi estremi" in cui, richiamando gli insegnamenti delle Sezioni Unite, la sentenza diventa "abnorme" e supera i limiti esterni del potere giurisdizionale".

[51] Sulle criticità applicative del principio di diritto espresso nella "Puligienica", si rinvia a R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, op. cit., il quale ritiene che nella pronuncia in questione la Corte UE ha sostanzialmente affermato che: "in presenza di una censura incidentale "escludente", non venga mai meno la legittimazione del ricorrente principale che abbia proposto anch'egli censure "escludenti". La presentazione della domanda di partecipazione, in sostanza, differenzia la posizione rispetto a quella degli altri consociati che comunque non avrebbero titolo a concorrere, ed a quella degli altri imprenditori che, pur avendone titolo, non hanno inteso competere e qualifica normativamente la stessa, che viene tutelata direttamente dalle norme che disciplinano la procedura ad evidenza pubblica. Una volta sorta la posizione di interesse legittimo con la tempestiva richiesta partecipativa, il cui lato interno è costituito dal rapporto con il bene della vita costituito dall'aggiudicazione diretta (interesse legittimo finale) o dalla chance di aggiudicazione (interesse legittimo strumentale), appare ben difficile ritenere che, con l'accertamento dell'illegittima ammissione alla gara del concorrente, l'interesse legittimo di quest'ultimo possa regredire ad interesse di mero fatto". Da tale prospettazione consegue, ad avviso dell'Autore, che "la partecipazione alla gara, sia pure illegittima, è sufficiente ad attribuire la posizione legittimante al ricorso, legittimazione che non può venire meno per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale "escludente", atteso che quest'ultimo non è comunque in grado di compromettere la differenziazione e la qualificazione del ricorrente principale, vale a dire la posizione di interesse legittimo, e di far regredire la sua posizione a quella del quisque de populo. La posizione del ricorrente principale, seguendo tale traiettoria argomentativa - se diverrebbe indifferenziata, essendo stata accertata l'illegittimità della sua ammissione, con riferimento allo svolgimento della gara da cui realizzare l'interesse finale all'aggiudicazione - rimarrebbe differenziata e qualificata con riferimento alla fase precedente per ottenere una nuova chance di aggiudicazione. Di qui, l'impossibilità, permanendo entrambe le condizioni soggettive dell'azione, di dichiarare, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, l'inammissibilità totale del ricorso principale, il quale, invece, dovrebbe essere esaminato con riferimento a tutte le censure con cui è stata contestata l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, alle quali è comunque sotteso l'interesse strumentale, perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell'intera procedura concorsuale non potendosi procedere ad una aggiudicazione legittima".

[52] Sul tema, si veda ampiamente M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *Federalismi.it*, n. 10 del 2016, pp. 14 ss. In particolare, l’Autore evidenzia come l’impatto della nuova normativa potrebbe essere attenuato, considerando tre dati (pp.16-17): “I)(..)la direttiva n. 24/2014, all’art. 57, comma 5, stabilisce – con disposizione perentoria, chiaramente ispirata all’esigenza di mantenere al massimo livello la tutela della legalità - che “Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2.” Il codice n. 50/2016 recepisce fedelmente questo obbligo all’art. 80: “Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5.” Questo significa, anzitutto, che la fase di ammissione delle offerte non è affatto conclusa con il “provvedimento” di cui agli artt. 29 e 76 del d.lgs. n. 50/2016 ma è potenzialmente aperta almeno sino alla aggiudicazione. (...). II) Secondo l’art. 56, comma 2, della direttiva, “nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l’assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell’assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell’articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice.” La disciplina è vincolante per gli Stati membri, i quali “possono escludere o limitare l’uso della procedura di cui al primo comma”, ma solo “per determinati tipi di appalti o a circostanze specifiche.” La norma europea non sembra puntualmente recepita dal d.lgs. n. 50/2016 (...). Questa circostanza potrebbe essere rilevante non solo per i suoi riflessi sostanziali (apprezzabili anche in relazione all’evidente onere aggiuntivo che fa gravare sui concorrenti e sulle stazioni appaltanti), ma anche per la sua incidenza indiretta sull’accesso ai mezzi di ricorso. L’operatore economico, nelle procedure aperte, dovrebbe aspettarsi di contestare l’atto di ammissione dell’aggiudicatario solo all’esito della procedura selettiva e non dover impugnare “cautelativamente”, tutte le ammissioni, comprese quelle dei concorrenti che risulteranno, poi, collocate in posizioni deteriori. Per il legislatore europeo, quindi, nelle procedure aperte non vi è alcuno sfavore per la concentrazione delle fasi di verifica dei requisiti di partecipazione e di valutazione delle offerte: al contrario, questa eventualità potrebbe determinare una forte semplificazione delle procedure. III) L’intera filosofia delle direttive del 2016 è ispirata all’esigenza di introdurre severe cause di esclusione dalle gare e di garantire il rispetto della legalità, anche imponendo procedure di riesame (davanti alla stazione appaltante o ad Autorità terze), sollecitate da qualsiasi cittadino-contribuente, che sembrano connotate da piena doverosità e non sono affatto assoggettate a termini di decadenza più stringenti di quelli generali, come emerge dal citato Considerando n. 122. In tale contesto, l’intervenuta inoppugnabilità degli atti di ammissione alla gara non pare impedire l’esercizio dell’autotutela, anche su stimolo degli stessi operatori economici che hanno “perso” il termine di proposizione del ricorso; dal momento che essi ben potrebbero allegare il loro “interesse legittimo” di contribuente”. Si veda altresì A. Carbone, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso*

incidentale escludente, op. cit., che rileva come la controversa tematica relativa al rapporto tra ricorso principale ed incidentale: “*sia destinata a perdere irrimediabilmente rilevanza. L’ammissione di un’impresa deve essere ora contestata, da parte di altra impresa partecipante alla procedura, mediante ricorso (principale) immediato avente ad oggetto, nel merito, appunto l’illegittimità dell’ammissione, il cui rito è disciplinato dal co. 6 bis dell’art. 120, quale giudizio speciale anticipato limitato a tali profili; ed anche se, nell’eventualità in cui siano promossi più ricorsi volti a contestare la reciproca ammissione, questi siano riuniti in un solo giudizio, le relative questioni si presenteranno tra loro equiordinate, tutte attinenti al merito*”. In generale, sul nuovo rito di cui all’art. 120, co.2 bis c.p.a. si rimanda a M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, pp. 15 ss.; Id., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 luglio 2016, pp. 14 ss.; I. Martella, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 660-664; E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, n. 8/9, IPSOA, pp. 883 ss.; L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 609 ss.; R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l’art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it, [3 giugno 2016](#).

[53] Osserva A. Carbone, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., che: “*tale norma, seppur ridimensiona grandemente la possibilità che l’illegittimità dell’ammissione possa essere fatta valere per mezzo di un ricorso incidentale escludente, finisce per improntare, in ragione del tenore delle sue prescrizioni, il contenzioso in esame ad un modello più spiccatamente oggettivistico*”.

[54] Caratterizzato, come è noto, da due ricorsi incrociati - principale e incidentale – diretti a impugnare, reciprocamente, l’ammissione dell’altro unico concorrente, con l’effetto di far annullare l’intera gara, ma dopo l’intero svolgimento comprensivo della valutazione delle offerte e dell’aggiudicazione.

[55] Si veda M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 50/2016), op.cit., spec. pp. 25 e 26. Nello stesso senso, A. Carbone, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit.: “ciò non esclude che una situazione analoga a quella considerata possa comunque venirsi a creare (si pensi al caso in cui, nelle more della definizione del giudizio sulle ammissioni, sopravvenga l’aggiudicazione e si ritenga che questa possa essere impugnata tramite motivi aggiunti; ovvero alla diversa ipotesi in cui il motivo di esclusione non riguardi la valutazione dei requisiti previsti dal co. 2 bis, ma altri aspetti dell’offerta, quali la sua anomalia, o anche il contenuto delle offerte tecniche o economiche)”.

[56] Sul punto, il Tar Campania, Sez. IV, nella sentenza n. 5852/2016 osserva (punto 7.2.1.): “L’introduzione di questo specifico rito è dovuta al criterio della legge delega (legge 11/2016, di recepimento della Direttiva 2014/24/UE) di cui al punto bbb), che ha imposto la “revisione e razionalizzazione del rito abbreviato (...) anche mediante l’introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l’immediata risoluzione del contenzioso relativo all’impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva”. Gli obiettivi sono sicuramente duplici: da un lato, limitare l’uso strumentale del ricorso incidentale escludente da parte dei controinteressati, e il proliferare di censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull’ammissione alla gara) anche una volta che questo sia giunto a conclusione, con l’effetto di deflazionare e semplificare i giudizi avverso l’aggiudicazione; dall’altro, definire la platea dei concorrenti ammessi alla gara prima delle operazioni di valutazione delle offerte, impedendo un ricorso principale che contesti l’ammissione dell’aggiudicatario. La peculiarità del nuovo rito risiede, oltre che nel circoscritto ambito di applicazione - volto a cristallizzare la definitività di una peculiare sub fase delle gare d’appalto creando una struttura bifasica della tutela in subiecta materia – nell’utilizzo dello strumento processuale come veicolo per creare una correlazione del tutto inusuale tra interesse ad agire in giudizio e pretesa sostanziale, sicchè, come rilevato anche dai primi commenti alla disciplina in questione, il legislatore avrebbe introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell’interesse legittimo ormai invalsa nel nostro ordinamento. Non può tralasciarsi, sul punto, che il legislatore abbia effettivamente tenuto conto del rilievo del diverso peso che l’interesse “strumentale” ha man mano assunto nell’ambito del processo in materia di appalti (ne sono la dimostrazione le sentenze della Corte di Giustizia 4 luglio 2013 - C 100/12, meglio nota come sentenza “Fastweb”, e la recentissima 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica), e abbia quindi pensato, in funzione di questo, una disciplina di carattere sostanziale mirata a identificare una sorta di “provvedimento conclusivo della fase di ammissione”, che giustifica l’obbligo di immediata impugnazione proprio in ragione

dell'interesse strumentale al corretto svolgimento della gara. È tuttavia possibile che nel fare questo abbia scelto uno strumento non del tutto efficace, avendo concentrato tutto sulla fase processuale invece di preoccuparsi di definire meglio gli istituti di diritto sostanziale all'interno del Codice dei Contratti, con risultati che, come si vedrà infra, sono oggettivamente criticabili. In concreto, infatti, quanto sopra detto si esplica nell'applicazione generalizzata del procedimento in camera di consiglio (cd. rito camerale), salvo richiesta delle parti, nonché nella previsione di termini stringatissimi sia per la fissazione della camera di consiglio (anche quando questa sia frutto di nuova fissazione a seguito di ordinanza istruttoria, concessione di termini a difesa o integrazione del contraddittorio), sia per le difese e produzioni delle parti, sia per il deposito della sentenza e del dispositivo. Soprattutto, per ciò che interessa in questa sede, il giudizio è concepito come ordinariamente immediato stante la previsione della sua immediata definizione "in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente", senza che ciò possa essere mutato dalla richiesta di udienza pubblica formulata da una delle parti e potendo essere ammesso il differimento (e quindi la trasformazione in un rito "abbreviato") solo nei casi ivi previsti (istruttoria, termini a difesa, etc)."

[57] Sul tema *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto* è stato organizzato un incontro di studi svoltosi presso l'Università degli Studi Roma TRE il 30 gennaio 2017. Sulla introduzione da parte della sentenza della Corte di Giustizia "Puligenica" di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici, si rimanda alla nota 5.

[58] M. A. Sandulli nella relazione introduttiva al Convegno su "*Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione: un confronto*", in *Federalismi* n. 3/2017, ricorda tra i più significativi elementi che costituiscono espressione di una possibile giurisdizione di tipo oggettivo: "a) la legittimazione dell'Autorità Antitrust e di alcune amministrazioni centrali (MIUR, MEF) ad agire in giudizio per l'annullamento di atti *contra legem* assunti da altre amministrazioni (negli ultimi due casi, a prescindere dall'utilità dell'annullamento per l'interesse pubblico particolare affidato alla tutela dell'amministrazione ricorrente); b) il potere dell'Adunanza plenaria del CdS di decidere "nell'interesse della legge" su questioni di diritto non più rilevanti per definire la controversia; c) il potere/dovere dei giudici di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto pubblico in caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi gravi o di irrogare sanzioni pecuniarie sostitutive per vizi meno gravi; d) il potere/dovere dei giudici di disapplicare le leggi in contrasto con il diritto dell'Unione europea e il potere/dovere dei giudici di ultima istanza di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE le questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione".

[59] Proposta emendativa pubblicata nel Bollettino delle Giunte e Commissioni del 29/05/2017. Dopo l'articolo 52 inserire il seguente: Art. 52-bis. (Modifiche al codice dei contratti pubblici).? "1. All'articolo 211 del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.?50, dopo il comma 1 sono aggiunti i seguenti:

«1-bis. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n.?104.

1-quater. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter».

[60] La nuova norma è conosciuta sulla falsariga del noto art. 21-bis, l. 287/1990 che disciplina la legittimazione straordinaria dell'AGCM. Sui profili di giurisdizione oggettiva introdotti da quest'ultima disposizione, si richiama, tra gli altri, F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*. Di diverso avviso la giurisprudenza. In particolare, il Tar Lazio, sez. III-ter, nella sentenza n. 2720/2013, anche sulla scorta di alcune indicazioni dottrinali, ha ritenuto che in realtà in capo all'Autorità sia individuabile una situazione giuridica soggettiva correlata a un interesse pubblico specifico (tutela della concorrenza) e a un "bene della vita".

[61] Osserva M. Lipari, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani., che "Il giudice europeo dovrebbe probabilmente sforzarsi di comprendere meglio il meccanismo dei ricorso incidentale nel processo amministrativo italiano, che sembra superficialmente percepito come un mero pretesto per "negare tutela" e non come un istituto

fisiologico, posto a protezione degli interessi sostanziali della parte evocata in giudizio (...)È anche possibile ritenere che, ora, le regole europee intendano assicurare il rispetto della legalità obiettiva nel delicato settore degli appalti e che, quindi, il requisito dell'interesse al ricorso sia destinato a scomparire (come sostenuto da alcune pronunce). In questa prospettiva, allora, si dovrebbe spianare la strada al ricorso dell'operatore economico che, pur non partecipando alla gara, intenda comunque promuoverne la ripetizione, o anche il ricorso di associazioni e financo di semplici cittadini (prendendo spunto dal considerando 107 della direttiva n. 24/2014). Il contrapposto interesse pubblico alla stabilità dei rapporti contrattuali potrebbe ritenersi già garantito attraverso le regole riguardanti i limiti alla caducazione del contratto, che permettono al giudice di "salvare" l'efficacia del contratto anche in caso di accertata illegittimità dell'atto di affidamento".

[62] cfr. art. 1, par. 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.