

Marco Lipari

Il giudice amministrativo e le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nell'applicazione della direttiva ricorsi n. 665/1989: effettività della tutela giurisdizionale e interesse strumentale nel rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della CGUE e il giudice amministrativo italiano nella interpretazione e applicazione del diritto europeo: un dialogo ricco e complesso – 2. Il diritto europeo, l'autonomia procedurale degli Stati membri e il ruolo del giudice nazionale – 3. La tutela giurisdizionale secondo il diritto dell'Unione europea: i principi generali del Trattato e delle Direttive; il metodo “casistico” della Corte e le peculiarità degli ordinamenti nazionali – 4. L'architettura delle fonti di disciplina del processo europeo in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici. L'interpretazione della direttiva ricorsi e il ruolo della Corte del Lussemburgo – 5. La direttiva “puntuale” n. 66/2007 e il suo recepimento – 6. Il problema dell'ambito soggettivo del diritto al ricorso: l'effettività della tutela e la giurisdizione “oggettiva”. Il requisito della partecipazione (legittima) alla procedura di gara – 7. La giurisprudenza della CGUE sull'interesse strumentale dell'operatore economico. La sentenza *Hackermuller* (VI 19 giugno 2003 C-249/01): il concorrente legittimamente escluso dalla procedura non ha titolo a contestare l'aggiudicazione – 8. L'Adunanza Plenaria n. 11/2008: il necessario esame contestuale dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente *escludenti* e la rilevanza dell'*interesse strumentale* all'affidamento del contratto, collegato alla rinnovazione della procedura di gara. Il *revirement* della decisione n. 4/20111 – 9. La sentenza *Fastweb* della CGUE: il caso particolare delle censure identiche, proposte con il ricorso principale e quello incidentale. L'adeguamento dell'Adunanza Plenaria – 10. La sentenza *Puligienica* della CGUE e la sua influenza sulla giurisdizione amministrativa italiana. La dilatazione dell'interesse strumentale e la difficile applicazione pratica del nuovo principio di diritto – 11. Le peculiarità della vicenda processuale all'origine del caso *Puligienica* – 12. Gli argomenti esposti dalla CGUE. L'irrilevanza: a) della diversità dei vizi proposti con i ricorsi reciprocamente escludenti; b) del numero dei concorrenti rimasti in gara – 13. Gli orientamenti dei TAR e la posizione sostanziale e processuale del concorrente “terzo”: un problema non approfondito dalla CGUE – 14. L'effettiva *chance* di ripetizione della gara e l'onere posto a carico del ricorrente principale. La concreta possibilità di determinare l'esclusione dei concorrenti “terzi” – 15. Il rischio dell'attenuazione dell'interesse al ricorso e i principi della giurisdizione “*soggettiva*” – 16. L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni e il possibile ridimensionamento pratico della

questione dei ricorsi reciprocamente escludenti – 17. Gli interventi della CGUE successivi alla sentenza *Puligienica*. La problematica definizione dell'*interesse strumentale* dell'operatore economico e i presupposti della legittimazione al ricorso. I casi *Archus* e *Bietergemeinschaft (Gembsh)*: dalla considerazione sostanziale degli interessi alla valorizzazione formale delle regole processuali – 18. L'obsolescenza della direttiva ricorsi e i nuovi diritti nazionali. L'opportunità di un recepimento puntuale delle regole – 19. La difficile attuazione delle pronunce della CGUE. I contrasti della giurisprudenza e l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6, alla ricerca di chiarezza applicativa – 20. Le obiezioni agli indirizzi espressi dalla giurisprudenza – 21. *L'insicurezza giuridica* e il diritto UE. I rischi di un diritto troppo sbilanciato sull'intervento "creativo" della giurisprudenza – 22. Le decisioni della CGUE e la loro incidenza sulla giurisprudenza nazionale – 23. La fisiologica prevalenza del diritto UE e l'interpretazione proposta dalla CGUE – 24. Il giudice Rigal e "*D'autres vies que la mienné*": l'influenza del diritto europeo e della giurisprudenza della CGUE come fattore di certezza giuridica – 25. Quando la CGUE rafforza la sicurezza giuridica. I possibili limiti della giurisprudenza pretoria nel campo della tutela giurisdizionale – 26. Il caso dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti: un dialogo tra *decisioni* e il rilievo solo mediato delle fonti scritte – 27. L'indeterminatezza del diritto scritto UE nelle direttive ricorsi – 28. È ancora giustificata la struttura della direttiva ricorsi secondo *principi generali*? – 29. Le regole *puntuali* espresse della CGUE: aspetti positivi e negativi della prassi – 30. I rischi di *insicurezza giuridica* derivanti dalla decisione *Puligienica* – 31. Verso una possibile nuova (parziale) codificazione della giustizia amministrativa europea? Il ruolo della CGUE.

1. *La giurisprudenza della CGUE e il giudice amministrativo italiano nella interpretazione e applicazione del diritto europeo: un dialogo ricco e complesso*

Il proficuo dialogo tra il giudice amministrativo italiano e la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) è particolarmente vivo e complesso. Le decisioni della CGUE costituiscono, ormai, una componente essenziale e *fisiologica* del diritto vivente posto a base delle decisioni dei TAR e del Consiglio di Stato. L'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione europea, in importanti ed estesi settori della giurisdizione amministrativa, si svolgono costantemente attraverso il rapporto dialettico tra le Corti nazionali e quelle europee.

Questa concreta realtà processuale è incoraggiata, in linea generale, dalla espressa previsione di principio racchiusa nel codice del processo amministrativo (CPA), il quale, all'articolo 1, significativamente intitolato "effettività", enuncia la regola fondamentale in forza della quale «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i

principi della Costituzione e del diritto europeo».

La disposizione evidenzia la portata trasversale del *diritto europeo*, incidente sull'intera funzione giurisdizionale. Il diritto "europeo" è considerato, complessivamente, quale insieme delle regole poste sia dal diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), sia dalla disciplina dell'Unione europea. Entrambi i diritti sovranazionali sono destinati a fornire giustificazione sistematica, insieme ai principi della Costituzione, alla garanzia di *effettività* della tutela, definendo le coordinate entro cui deve svolgersi il processo.

L'articolo 1 del CPA non ha un valore meramente programmatico, perché la normativa dell'Unione europea assume concretamente un ruolo centrale, in importanti ambiti della giurisdizione amministrativa. Tra questi, il settore delle controversie concernenti l'affidamento dei contratti pubblici presenta il maggiore interesse, considerando l'ampiezza del contenzioso amministrativo direttamente soggetto alla piena e diretta applicazione del diritto UE e delle decisioni della CGUE: basti pensare che, davanti al Consiglio di Stato, tali giudizi superano, ormai, il 15% del numero totale dei ricorsi.

In tale contesto, la normativa dell'UE applicata dal giudice nazionale non riguarda soltanto gli aspetti sostanziali delle controversie, ma investe anche i profili riguardanti la tutela giurisdizionale delle parti interessate.

Proprio in questo specifico ambito, infatti, il legislatore europeo ha, da tempo, ritenuto indispensabile intervenire con apposite regole, destinate a delineare il quadro minimale di protezione degli operatori economici interessati al rispetto delle norme in materia di affidamento dei contratti pubblici. Si tratta delle disposizioni contenute, essenzialmente, nelle due "*direttive ricorsi*" del 1989 e del 1992, come modificate nel 2007 e poi "corrette" dopo il 2014:

A) la 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 (89/665/CEE), poi estesa ai contratti di servizi e alle concessioni;

B) la Direttiva 92/13/CEE 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.

Entrambe le direttive sono state poi integrate e modificate dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre

2007, «che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici». Per effetto delle direttive “sostanziali” del 2014, relative alle concessioni e agli affidamenti di lavori, servizi e forniture, infine, la disciplina delle due direttive ricorsi ha subito alcuni ulteriori aggiustamenti formali, destinati a chiarirne l'ambito oggettivo di applicazione.

Il rilievo sistematico della disciplina europea riguardante la tutela giurisdizionale è evidente: la normativa UE e l'interpretazione offerta dalla CGUE non costituiscono solo il parametro vincolante la decisione di merito del giudice nazionale, ma incidono, in profondità, sul modo stesso di esercizio della funzione giurisdizionale e sulla operatività delle regole processuali.

Nel diritto UE, la connessione tra regole sostanziali e tutela giurisdizionale è sempre sussistente, ma nella materia dei contratti pubblici si manifesta in termini rafforzati.

La stessa giurisprudenza della CGUE evidenzia che, come risulta dal primo e dal secondo *considerando*, la direttiva n. 89/665 (al pari della Direttiva 92/13/CEE) è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie sostanziali in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un *ricorso efficace* e, in particolare, quanto più rapido possibile (v., in particolare, sentenze 28 ottobre 1999, *Alcatel Austria*, C-81/98 punti 33 e 34, e 12 dicembre 2002; *Unversale-Bau*, C-470/99).

Nel settore della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici, peraltro, il diritto dell'UE risulta costituito, in modo preponderante, dalla *giurisprudenza* della Corte del Lussemburgo, la quale ha progressivamente definito una sorta di “codice” del diritto europeo dei ricorsi, oggetto di attenta, ma talvolta problematica, applicazione da parte dei giudici nazionali. Anche la giurisprudenza amministrativa italiana ha ricostruito l'ordinamento processuale attraverso una paziente combinazione tra le regole scritte del codice del processo amministrativo, gli orientamenti interpretativi interni e il diritto dell'Unione europea di origine giurisprudenziale.

Il fenomeno richiede di essere esaminato con attenzione, perché il rapporto tra le direttive scritte, la disciplina nazionale di recepimento,

la giurisprudenza interna e le decisioni della Corte della CGUE non è sempre stato lineare e può determinare alcune *criticità* del sistema nel suo complesso. L'influenza delle decisioni della CGUE sul funzionamento della giurisdizione italiana si manifesta, infatti, secondo modalità complesse, strettamente correlate alla tecnica di redazione delle direttive e alle prassi di formazione delle pronunce della Corte del Lussemburgo.

2. Il diritto europeo, l'autonomia procedurale degli stati membri e il ruolo del giudice nazionale

Sullo sfondo del rapporto tra la CGUE e il giudice nazionale si pone, intanto, la questione generale del ruolo assunto dal principio della "autonomia procedurale" degli Stati membri, in ordine alla attuazione dei principi espressi dall'ordinamento europeo in materia di tutela giurisdizionale, in connessione con il carattere elastico assunto dallo strumento normativo della direttiva.

A tale riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è sviluppata secondo un'articolata evoluzione.

In linea di massima, il concetto di *autonomia procedurale degli Stati membri* viene fatto risalire alle pronunzie della Corte di giustizia UE 4 aprile 1968, in causa C-34/67, *Lück*, e 16 dicembre 1976, in causa 33/76, *Rewe*. Secondo tale indirizzo, «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta».

Pertanto, la descritta autonomia procedurale scompare nelle ipotesi in cui – come nel caso delle direttive ricorsi in materia di appalti pubblici – la competenza procedurale è attribuita espressamente all'Unione.

In tali eventualità, il rapporto tra l'ordinamento UE e il diritto interno si svolge attraverso lo strumento normativo della *direttiva*. Quindi, al principio dell'autonomia procedurale si sostituisce quello della «*competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*» prescelti per la realizzazione degli obiettivi prefigurati dalla norma europea. In forza dell'art. 288 c. 3 TFUE (ex art. 249 c. 3 CE), «la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la

competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi»¹.

L'autonomia procedurale degli Stati membri viene intesa come "scelta autonoma dei mezzi" finalizzati a *sanzionare* il rispetto del diritto UE e trova un limite esterno nell'esigenza di garantire l'effettività di tutte le norme del diritto UE sostanziale, siano esse munite di efficacia diretta o meno.

I limiti essenziali all'autonomia procedurale degli Stati membri, precisati nella citata sentenza *Rewe*, si traducono nel criterio dell'*equivalenza* ed in quello dell'*effettività*. Le modalità procedurali stabilite dai giudici nazionali «non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale» (*criterio dell'equivalenza*) e le modalità stabilite dalle norme interne non devono rendere «in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare» (*criterio dell'effettività*).

La Corte di giustizia, nel riconoscere il criterio dell'autonomia procedurale, ha affermato l'esistenza dell'*obbligo di interpretazione conforme delle norme procedurali nazionali*. Il principio persegue la finalità specifica di garantire la piena effettività alle norme di diritto comunitario sostanziale vigenti in materia².

Con la sentenza della Corte di giustizia UE, 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel*, l'affermato obbligo di interpretazione conforme risulta ulteriormente rafforzato ed è costruito come un vero e proprio dovere del giudice nazionale di "*funzionalizzare*" gli strumenti processuali del diritto interno, al fine di perseguire l'obiettivo primario di garantire l'effettività del diritto comunitario.

L'applicazione del principio, inoltre, comporta che il giudice nazionale debba adattare gli istituti processuali interni alle finalità perseguite dal diritto dell'Unione europea. Ciò non determina, di per sé, le creazione giurisprudenziale di nuovi istituti, ma giustifica l'operatività, anche in via pretoria, di vistose deroghe al diritto processuale nazionale, come accaduto, in modo assai significativo per il principio di intangibilità del giudicato, ritenuto superabile quando occorra dare piena attuazione al diritto europeo, prevalente su quello nazionale (sentenze *Köbler*³, *Lucchini*⁴).

La tesi della funzionalizzazione degli istituti processuali nazionali è stata applicata dalla Corte di giustizia, fra l'altro, alla disciplina della decorrenza del termine di impugnazione nella causa *Rosado Santana*⁵, in

¹ Cfr. GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Report annuale 2011 – Italia*, www.ius-publicum.com.

² CGUE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*; CGUE, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmott*.

³ CGUE, 30 settembre 2003, C-224/01.

⁴ CGUE, 18 luglio 2007, C-119/05, in *Foro it.*, IV, 532, con nota di SCODITTI.

⁵ CGUE, 8 settembre 2011, C-177/10.

cui è stato chiesto al giudice del rinvio di verificare se la disciplina interna fosse tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dalle fonti comunitarie e ciò anche nella prospettiva della eventuale disapplicazione della norma processuale interna che possa ostacolare l'effettiva tutela del diritto di matrice comunitaria (sentenza *Santex*⁶). L'unico possibile argine all'obbligo della interpretazione conforme è costituito, in termini assai problematici, dalla "teoria dei contro limiti" ricavabili dai principi della Costituzione dello Stato membro, la cui applicazione è stata di recente prospettata in materia penale nel caso *Taricco*. L'ipotizzata disapplicazione della disciplina nazionale sulla prescrizione in materia penale, programmaticamente diretta ad assicurare la tutela delle norme sostanziali dell'ordinamento UE, in materia di salvaguardia dei superiori interessi finanziari dell'Unione, avrebbe comportato una violazione del principio supremo di irretroattività della norma penale sfavorevole, sancito dall'art. 25 della Costituzione italiana: uno dei capisaldi della cultura giuridica garantista dell'ordinamento democratico repubblicano.

3. La tutela giurisdizionale secondo il diritto dell'Unione europea: i principi generali del Trattato e delle direttive; il metodo "casistico" della Corte e le peculiarità degli ordinamenti nazionali

Alla luce dei criteri delineati dalla CGUE, nel perimetro definito dalle direttive ricorsi in materia di appalti pubblici dovrebbe considerarsi inoperante il principio di *autonomia procedurale* degli Stati membri. Troverebbe applicazione, infatti, la disciplina contenuta negli atti normativi scritti, espressamente dedicati alla materia.

Tuttavia, la particolare tecnica di redazione delle fonti europee (in linea generale e, ancor di più, in questo specifico contesto), strutturate come clausole aperte, lascia intatti alcuni dubbi di fondo sulla esatta relazione tra le direttive e il diritto nazionale.

È quindi ancora incerta la precisa architettura del rapporto tra la normativa europea scritta, contenuta essenzialmente nelle citate direttive ricorsi (ma anche nel Trattato e nelle regole della Carta di Nizza, riguardanti il diritto ad un processo equo ed efficace), l'attuazione nel diritto nazionale, le regole processuali generali vigenti nei singoli ordinamenti, il ruolo della

⁶ CGUE, sezione VI, 27 febbraio 2003, C-327/00, in *Foro it.*, 2003, IV, 474, con nota di BARONE, FERRARI.

CGUE e dei giudici nazionali, i quali fissano regole “di diritto vivente”, interpretando disposizioni a contenuto elastico o generale.

Le direttive ricorsi risultano caratterizzate, nella loro struttura fondamentale, dalla enunciazione di *principi* articolati in forma generalissima. La tecnica stilistica utilizzata dal legislatore europeo è incentrata essenzialmente nella descrizione, assai “prudente”, di ampie finalità, complessivi obiettivi, criteri di massima.

Senza alcun dubbio, la “direzione” indicata dalla direttiva è tutta orientata, univocamente, a sostenere interpretazioni del diritto nazionale favorevoli alla massima espansione del diritto al ricorso e alla piena satisfattività della pronuncia del giudice.

Ma non è sempre agevole stabilire quale sia, in concreto, il grado minimo di tutela che l’ordinamento nazionale deve assicurare per rispettare il diritto europeo e quali strumenti processuali dell’ordinamento interno debbano essere previsti, o “funzionalizzati”, a tale scopo.

La scelta “minimalista” del legislatore europeo nel settore della tutela giurisdizionale potrebbe risultare, nel suo complesso, comprensibile e presenta una sicura giustificazione storica e *politica*:

-per il diritto europeo, nel campo del processo e delle forme di tutela giurisdizionale, in linea generale, resta sempre forte il ricordato riconoscimento dell’autonomia procedurale degli Stati membri (salve le ovvie regole dell’equivalenza e della effettività della disciplina sostanziale), che mal si concilierebbe con disposizioni di eccessivo dettaglio;

-la distanza tra il principio dell’autonomia procedurale e la piena soggezione alla competenza normativa attuata mediante le direttive, è meno netta di quanto si potrebbe affermare in linea teorica. Da un lato, l’autonomia procedurale non lascia completamente liberi gli ordinamenti statali, i quali devono in ogni caso conformare gli istituti processuali di diritto interno; dall’altro lato le direttive non si spingono sino alla definizione particolareggiata delle regole processuali imposte agli Stati membri;

-le regole delle direttive ricorsi, descrivendo principi di tutela giurisdizionale schematici e perfettamente condivisibili, rispecchiano, in ultima analisi, la tradizione culturale comune degli Stati membri e non sembrerebbero richiedere un particolare sforzo attuativo, salvi, forse, soltanto alcuni aspetti specifici;

-la normativa processuale, anche nella dimensione nazionale, è, per solito, destinata a mantenere una forte stabilità nel tempo ed è spesso delineata con poche e secche disposizioni.

Va osservato, peraltro, che la direttiva ricorsi del 1989 risale ormai a

quasi trenta anni fa e non ha subito alcuna generale revisione: il ricordato intervento del 2007 si è concentrato solo su particolari aspetti e non ha avvertito nemmeno la necessità di consolidare in un testo scritto la giurisprudenza della Corte sviluppatasi nel corso dei precedenti anni. Il dato va rimarcato con attenzione, se posto a confronto con la successione di numerose discipline sostanziali sistematiche (in particolare, nel 2004 e nel 2014), che hanno ridisegnato interamente il sistema dei contratti pubblici, incidendo, su molteplici istituti di dettaglio della disciplina.

4. L'architettura delle fonti di disciplina del processo europeo in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici. L'interpretazione della direttiva ricorsi e il ruolo della Corte del Lussemburgo

Questa impostazione di fondo, incentrata sull'idea di una effettiva "immanenza" dei principi delle direttive europee, nella maggior parte dei sistemi nazionali (che renderebbe superflua una puntuale trasposizione nel diritto interno), è stata largamente seguita anche dall'ordinamento nazionale italiano.

Infatti, non si rinviene un atto normativo interno ufficialmente destinato a recepire, organicamente e sistematicamente, tutti i principi e i contenuti delle originarie direttive ricorsi. Quella del 1989 viene recepita, formalmente, nel 1992, ma solo nella parte concernente la *tutela risarcitoria* degli operatori economici per violazione delle regole europee nelle procedure di affidamento (art. 13 della legge n. 142/1992).

In tale ottica, la tradizionale esclusione della risarcibilità degli interessi legittimi nell'ordinamento italiano rendeva quanto mai opportuna un'apposita previsione volta a riconoscere la tutela risarcitoria: infatti non era chiara la natura della situazione giuridica del soggetto partecipante alla procedura selettiva, prevalentemente inquadrata nello schema dell'interesse legittimo pretensivo. Anche se, in via interpretativa, si sarebbe potuto sostenere che il concorrente fosse titolare di un diritto soggettivo, protetto secondo le regole della responsabilità precontrattuale. Una volta annullato il provvedimento illegittimo, la posizione del ricorrente vittorioso in giudizio avrebbe assunto la fisionomia del diritto soggettivo, secondo il tradizionale schema *affievolimento-riespansione*.

Nel 2006, in occasione della stesura del "primo" codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 163/2006, ora abrogato e sostituito dal

codice n. 50/2016), alcune norme processuali, nella loro rubrica, avevano richiamato, genericamente, singole disposizioni della direttiva ricorsi. Ma si trattava di menzioni concretamente poco significative: le novità più importanti, contenute nel codice riguardavano la traduzione, in disposizioni scritte, di regole desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Si pensi alla introduzione della tutela cautelare *ante causam*: con ordinanza 29 aprile 2004, C-202/03, la Corte di giustizia, pronunciandosi sulla questione proposta dal TAR per la Lombardia con ordinanza 26 aprile 2003, n. 76, aveva stabilito che l'art. 2 della Direttiva 669/89/CE e ss. mm. doveva essere interpretato nel senso che «gli Stati membri erano tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame». D'altro canto, non risulta che tali disposizioni siano state formalmente notificate agli Uffici dell'UE come formale recepimento della direttiva ricorsi (se fosse così, del resto, si sarebbe "confessato" un clamoroso ritardo nel recepimento).

Nel loro complesso, infatti, le direttive ricorsi erano percepite come pienamente già "viventi" nel sistema nazionale, poiché la tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento costituzionale e processuale italiani appariva, sin dal 1989, anche nel vigore della legge TAR del 1971 e del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, sostanzialmente adeguata agli *standard* comunitari, se non addirittura più avanzata.

Anche la legge n. 205/2000, poi, era ritenuta espressione ulteriormente rafforzata delle stesse esigenze di garanzia processuale, pienamente idonea a realizzare tutti gli obiettivi perseguiti dalla normativa europea.

5. La direttiva "puntuale" n. 66/2007 e il suo recepimento

Molto diversa è stata, invece, la vicenda dell'adozione e del recepimento della direttiva ricorsi n. 66/2007, destinata ad emendare (ma non a *rifondare*) le precedenti direttive ricorsi. Questa nuova disciplina, seppure incide, con alcune previsioni rafforzative, sui principi generali della tutela, contiene, essenzialmente, alcune regole molto più puntuali (riguardanti l'inefficacia del contratto; il termine sospensivo per la stipulazione; le comunicazioni) e nasce dalla meditata esigenza di porre rimedio a specifici problemi emersi

nell'esperienza pratica.

Tali previsioni non si limitano alla generica indicazione di obiettivi, ma dettano regole più nette, richiedenti, per la loro puntuale attuazione, un effettivo adeguamento dell'ordinamento interno, chiamato a regolare istituti nuovi o profondamente ridisegnati.

A tale scopo, il legislatore italiano, con tempestività, ha adottato il decreto legislativo n. 53/2010, poi trasfuso nel codice del processo amministrativo del 2010.

Dunque, in questo limitato ambito, il rapporto tra il diritto UE e la normativa nazionale si è svolto essenzialmente sul piano delle fonti scritte, senza coinvolgere, in modo significativo, il dialogo tra le Corti statali e la CGUE.

Non è un caso che, con riguardo alla disciplina contenuta nella direttiva n. 66/2007, i problemi interpretativi "concreti" finora prospettati nel contenzioso nazionale risultano piuttosto scarsi (benché i temi teorici sottesi risultino di enorme complessità, non essendo molto nitida la natura giuridica dell'inefficacia del contratto) e, allo stato, non sembra emergere, alcun serio dubbio di compatibilità tra la disciplina nazionale di recepimento e le regole europee.

Un nuovo elemento di complicazione del rapporto tra il diritto UE e gli ordinamenti nazionali potrebbe essere ora rappresentato dal *considerando* n. 122 della direttiva n. 24/2014 (e dalla analoga previsione della direttiva n. 23/2014). La previsione fa riferimento alla immanenza, nel sistema europeo, di un principio di protezione del *cittadino contribuente*, interessato a far valere l'illegittimità delle procedure di gara. A tal fine, gli Stati membri non sono tenuti ad applicare le garanzie della direttiva ricorsi, ma devono consentire al cittadino quanto meno la possibilità di rivolgersi ad un'Autorità di garanzia, per segnalare la riscontrata illegittimità.

Al di là del contenuto specifico della previsione (che potrebbe influenzare, pesantemente, il tema della legittimazione e dell'interesse al ricorso), colpisce l'indeterminatezza del livello della *fonte* della prevista tutela del cittadino.

Il riconoscimento di tale protezione è considerato come espressione di un principio già presente nella trama del Trattato e delle sue regole attuative. Tuttavia, il legislatore europeo non avverte la necessità di tradurre tale principio nell'articolato della direttiva. Di conseguenza, neanche il legislatore nazionale ha ritenuto di farne puntuale applicazione. La complessità del tema è emerso in occasione della definizione delle regole attuative del sistema di precontenzioso ANAC: i pareri del Consiglio di Stato hanno evidenziato l'ambiguità della previsione, indicando l'opportunità di meglio

chiarirne la portata.

Dunque, è ragionevole prevedere che, per comprendere esattamente la portata del principio e la sua incidenza sugli ordinamenti nazionali, diventerà determinante l'apporto interpretativo delle decisioni della CGUE.

In conclusione, pertanto, con riguardo alla parte originaria, e fondamentale, delle direttive ricorsi, e alla materia del processo in materia di appalti pubblici, quindi, si può affermare sinteticamente che:

-manca, allo stato, una disciplina europea analitica e puntuale, idonea a definire in modo completo e chiaro le regole processuali applicabili al contenzioso in materia di contratti pubblici;

-di conseguenza, le normative nazionali, compresa quella italiana, a loro volta, richiamano i soli principi della direttiva, attuandoli secondo modalità differenziate, ritenute adeguate alle peculiarità processuali dei rispettivi ordinamenti;

-la CGUE, con diverse pronunce, ha fissato, di volta in volta, regole più puntuali e analitiche, volte a delineare il preciso contenuto del *principio di effettività*, correggendo le regole nazionali ritenute inadeguate al livello minimo di tutela previsto dal diritto UE;

-a loro volta, le "fonti" costituite dalle pronunce della CGUE soltanto in alcuni casi sono state tradotte in norme legislative nazionali, mentre, nella maggior parte delle ipotesi, esse sono state applicate dalla giurisprudenza, preferibilmente mediante interventi dell'organo di vertice nomofilattico (in Italia: l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato).

Ora, l'aspetto che richiede il maggior approfondimento riguarda il rapporto tra una disciplina scritta incentrata su larghi ed elastici principi, e una giurisprudenza della CGUE, la quale, sollecitata dalla peculiarità dei casi sottoposti al suo esame, è diventata sempre più dettagliata e analitica.

È un dato di fatto, ma non così scontato. A fronte di un'impostazione "elastica" del diritto scritto della UE, ci si sarebbe potuti aspettare, infatti, una corrispondente *flessibilità* della giurisprudenza della Corte, chiamata ad intervenire nelle sole ipotesi di evidente violazione dei principi di effettività della tutela.

Al contrario, invece, nel suo complesso, la CGUE ha spesso delineato delle regole giurisprudenziali piuttosto articolate e complesse, riducendo molto il margine di apprezzamento dei singoli ordinamenti nazionali, astrattamente ricavabile della elasticità delle prescrizioni racchiuse nelle direttive.

Il pregio di questa prassi consiste nella capacità della Corte di verificare "concretamente" la capacità degli ordinamenti nazionali di assicurare una

tutela giurisdizionale effettiva e di adeguare i propri strumenti processuali, progressivamente, agli standard di protezione posti al livello europeo.

6. Il problema dell'ambito soggettivo del diritto al ricorso: l'effettività della tutela e la giurisdizione "oggettiva". Il requisito della partecipazione (legittima) alla procedura di gara

In questa cornice, come si è ricordato, la Corte del Lussemburgo ha sviluppato una linea ermeneutica decisamente favorevole alla massima espansione del principio di effettività della tutela degli operatori economici, spingendo gli ordinamenti nazionali verso esiti molto avanzati sul versante dell'accesso alla tutela giurisdizionale e alla garanzia concreta del diritto di difesa. Nelle situazioni "dubbe" è stata prevalentemente seguita la soluzione più garantista, nel senso di ampliare i mezzi di tutela posti a disposizione dei soggetti interessati a far valere il rispetto della normativa europea.

La finalità perseguita dalla CGUE, talvolta enunciata esplicitamente, è quella di garantire, anche attraverso l'implementazione dei principi delle direttive ricorsi, la massima concorrenza, attraverso un diffuso sindacato sulla legittimità delle procedure di gara e sul pieno rispetto della disciplina sostanziale europea.

Questa chiara e omogenea chiave di lettura ha senz'altro contribuito allo sviluppo e al consolidamento, anche nell'ambito delle giurisdizioni nazionali, di interpretazioni adeguatrici del diritto interno. Anche nell'esperienza giurisprudenziale italiana, pertanto, è evidente la tendenza ad un costante rafforzamento della tutela giurisdizionale degli *operatori economici*.

Al tempo stesso, però, il legislatore nazionale ha introdotto regole acceleratorie, in potenziale frizione con l'esigenza di una tutela piena e agevole. Inoltre, si è ripetutamente sottolineato il rischio di un "esasperato" contenzioso, qualche volta strumentale, che potrebbe incidere negativamente sugli interessi generali alla rapida esecuzione del contratto, sulle aspettative dell'aggiudicatario e sull'efficienza del mercato degli appalti nel suo complesso.

Il contemperamento tra le opposte esigenze di effettività della tutela e di tempestiva realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico rappresenta un nodo tipicamente italiano, difficile da sciogliere, con regole efficaci ed equilibrate. Il legislatore ha più volte delineato strumenti processuali caratterizzati dalla celerità del rito, ma il problema sembra ancora aperto e, anzi, in qualche occasione, la fretteosità degli interventi normativi ha

aggravato il problema, anziché risolverlo.

Nella giurisprudenza italiana si è opportunamente ritenuto che un ragionevole limite alla ingiustificata proliferazione dei ricorsi debba essere individuato nella chiara delimitazione dei requisiti dell'interesse e della legittimazione all'azione giurisdizionale. Si tratterebbe, a ben vedere, della coerente applicazione di chiare e consolidate regole coerenti con l'impostazione "soggettiva" della giurisdizione amministrativa: la tutela va riconosciuta solo in capo al soggetto che dimostri di avere un diretto collegamento con la vicenda sostanziale considerata.

In questo senso, del resto, anche le direttive ricorsi, seppure finalizzate, in senso lato, ad ampliare il controllo giurisdizionale sulle procedure di gara, riconoscono il potere di azione soltanto ai soggetti titolari di una particolare posizione differenziata.

Secondo l'art. 1, comma 3, della direttiva n. 865/1989, «Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

La formula della direttiva è certamente ampia, ma indica con chiarezza che, secondo l'ordinamento UE, il *diritto al ricorso* è riconosciuto soltanto in capo ai soggetti titolari di un interesse qualificato all'aggiudicazione di un determinato appalto, interesse normalmente collegato alla effettiva *partecipazione* del ricorrente alla procedura selettiva di cui si contesti la legittimità.

La corretta applicazione di questo generale criterio ha reso necessarie alcune importanti puntualizzazioni.

- a) *Anzitutto, sono individuabili particolari ipotesi in cui l'operatore economico ha certamente il diritto di proporre ricorso, anche se non ha partecipato alla procedura selettiva. Si tratta, essenzialmente, dei casi in cui intende contestare in radice la stessa indizione della gara o quando la lex specialis della procedura impedisce di formulare correttamente la domanda di partecipazione.*
- b) *L'operatore economico escluso dalla stazione appaltante, seppure debba qualificarsi formalmente, come soggetto divenuto estraneo alla procedura selettiva, conserva sempre il diritto di contestare gli esiti della gara, purché impugni tempestivamente la determinazione concernente la propria esclusione.*

Ma è proprio l'ultimo punto che ha suscitato le maggiori incertezze applicative. Non è chiaro, infatti, se e quando, ai fini del riconoscimento del diritto al ricorso, in base ai parametri normativi del diritto UE, rilevi la verifica

della legittimità della partecipazione del ricorrente alla procedura di gara.

La questione si è posta, concretamente, in due casi tipici.

I) Il concorrente escluso dalla gara impugna, tempestivamente, sia la propria esclusione, sia l'atto di aggiudicazione in favore di altro operatore economico. Se il giudice accoglie il ricorso contro l'esclusione, non vi è dubbio che si manifesti, rispondendosi con pienezza, l'interesse dell'imprenditore a contestare l'aggiudicazione disposta in favore del controinteressato.

Ma se, al contrario, il giudice ritiene legittima l'esclusione del ricorrente, si può considerare ancora sussistente l'interesse a contestare comunque l'aggiudicazione al terzo controinteressato? Il diritto europeo scritto non fornisce una esplicita risposta a tale interrogativo.

Da una parte si potrebbe sostenere, infatti, che anche in tale circostanza, il ricorrente conserverebbe in ogni caso l'interesse "strumentale" all'annullamento dell'aggiudicazione: tale esito condurrebbe alla riapertura del rapporto controverso e alla riedizione della gara, offrendo al ricorrente una nuova *chance* di conseguimento dell'appalto. Inoltre, la concreta circostanza della intervenuta partecipazione alla procedura, sebbene seguita da un legittimo provvedimento di esclusione, potrebbe reputarsi idoneo criterio di collegamento con la gara in contestazione: il ricorrente non sarebbe un "quisque de populo", privo di legittimazione, ma un operatore che "ha interesse" concreto all'aggiudicazione dell'appalto.

Dall'altra parte, però, si dovrebbe replicare che, una volta appurato in giudizio che l'operatore economico ricorrente sia stato legittimamente escluso dalla gara, risulta definitivamente sfumata la possibilità di conseguire quel "determinato" appalto. Ne conseguirebbe, allora, il difetto di interesse (anche meramente strumentale) a contestare l'aggiudicazione.

II) La seconda ipotesi concreta, che forma oggetto di un complicato dibattito nel contesto italiano, riguarda il caso in cui il ricorrente che impugna l'aggiudicazione è stato ammesso alla procedura di gara, ma la legittimità della sua ammissione è contestata in giudizio dal soggetto aggiudicatario dell'appalto.

Il tema decisorio posto all'attenzione del giudice riguarda la legittimità della partecipazione alla gara del ricorrente, ed è finalizzato a dimostrare la carenza di legittimazione al ricorso contro l'aggiudicazione, mediante un'*esclusione* disposta dal giudice.

Nell'ordinamento processuale italiano, lo strumento con cui l'aggiudicatario ha il potere di articolare questa linea difensiva, a carattere

“materialmente” riconvenzionale, è costituito dal “ricorso incidentale”, istituto processuale contemplato dal vigente CPA.

Si tratta di un istituto dalla fisionomia tutt'altro che semplice, sia per quanto riguarda la sua disciplina positiva, sia per quanto concerne la sua natura giuridica.

Nella ipotesi considerata, il ricorso incidentale mira a mettere in discussione la legittimazione del ricorrente principale: da qui la sua qualificazione convenzionale come “*ricorso incidentale escludente*”.

A quanto risulta da un sommario esame comparatistico, lo strumento processuale del ricorso incidentale rappresenta un dato caratteristico dell'ordinamento italiano. Questa importante circostanza di fatto potrebbe spiegare le difficoltà incontrate dalla CGUE nel definire in modo chiaro ed esauriente le questioni riguardanti il coordinamento del “ricorso incidentale escludente” con la regola UE che attribuisce il diritto al ricorso all'operatore economico interessato all'aggiudicazione di un determinato appalto.

Anche prescindendo dal dato normativo scritto, poi, è stato il diritto vivente ad assegnare a tale istituto un ruolo così importante nella dinamica del processo in materia di contratti pubblici. Sono numerosissime le controversie in cui le parti contestano reciprocamente i rispettivi atti di ammissione.

7. La giurisprudenza della CGUE sull'interesse strumentale dell'operatore economico. La sentenza Hackermuller (VI 19 giugno 2003 C-249/01): il concorrente legittimamente escluso dalla procedura non ha titolo a contestare l'aggiudicazione

La corretta soluzione del problema interpretativo, dalle relevantissime conseguenze pratiche, ha impegnato gli sforzi interpretativi delle Corti nazionali e del giudice del Lussemburgo.

Il tema ha costituito, e rappresenta tuttora, una importante cartina di tornasole per valutare il rapporto tra le decisioni della CGUE e il giudice nazionale.

Va osservato che la CGUE ha comunque sviluppato, in una prospettiva generale, una interessante giurisprudenza, ritenuta non sempre lineare e persuasiva, in ordine alla definizione dell'interesse al ricorso contro l'aggiudicazione, proposto dall'operatore economico ammesso alla gara, ma di cui sia messa in dubbio la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva.

In un primo tempo, con la sentenza del 19 giugno 2003, C-249/01 *Hackermuller*, la Corte di Giustizia, Sesta Sezione, la CGUE ha affermato che la partecipazione alla gara costituisce un necessario fattore di differenziazione della situazione soggettiva vantata dall'impresa la quale intenda agire in giudizio per dedurre la presenza di illegittimità nello svolgimento della gara. Per la Corte, 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.

Nella concreta vicenda contenziosa posta all'attenzione della Corte, era accaduto che a fronte dell'azione proposta dall'impresa interessata, contro l'aggiudicazione di un appalto, disposta a favore di un terzo, la stazione appaltante aveva dedotto in giudizio che la ricorrente avrebbe dovuto essere comunque esclusa, perché carente degli indispensabili requisiti soggettivi.

Pertanto, secondo la CGUE, il concorrente legittimamente escluso dalla procedura di gara non ha titolo a proporre un ricorso giurisdizionale contro la decisione di affidamento, a meno che non riesca comunque a dimostrare in giudizio di essere in possesso di tutti i prescritti requisiti di partecipazione.

«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 leso dalla violazione da lui denunciata».

Le indicazioni fornite da tale pronuncia, quindi, pur non incidendo in modo diretto sul tema "italiano" del *ricorso incidentale escludente*, potevano apparire piuttosto chiare. A fronte di un ricorso proposto contro gli esiti dell'aggiudicazione, le altre parti (compresa la stazione appaltante e, se gli ordinamenti nazionali lo consentono, d'ufficio, il giudice) possono sollevare, nello stesso giudizio, la questione preliminare riguardante la legittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente. È però necessario che, nell'ambito di tale processo, sia assicurata la pienezza e l'effettività del diritto di difesa dell'originario ricorrente, il quale deve essere posto in grado di dimostrare il possesso dei prescritti requisiti di partecipazione.

Appariva allora palese che anche il meccanismo nazionale del ricorso incidentale “escludente”, tipico del sistema processuale italiano, potesse inquadarsi perfettamente nel paradigma delineato dalla Corte di Giustizia, con la decisione *Hackermuller*.

Evidentemente, però, la direttiva ricorsi, così come interpretata dalla giurisprudenza della CGUE, non impediva agli ordinamenti nazionali di prevedere strumenti di tutela più ampi, anche in relazione alla eventuale dilatazione della legittimazione e dell’interesse al ricorso.

8. L’adunanza plenaria n. 11/2008: il necessario esame contestuale dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti e la rilevanza dell’interesse strumentale all’affidamento del contratto, collegato alla rinnovazione della procedura di gara. Il revirement della decisione n. 4/20111

In questa cornice, allora, si colloca il filone giurisprudenziale culminato nella pronuncia n. 11/2008 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷, la quale, senza richiamare i principi europei delle direttive ricorsi, aveva particolarmente valorizzato l’*interesse strumentale* dell’operatore economico alla eventuale ripetizione della gara, quale presupposto idoneo all’esame del ricorso principale, anche nel caso di accertata fondatezza del ricorso incidentale volto all’accertamento della illegittima partecipazione del ricorrente alla procedura di gara.

Secondo tale pronuncia, pertanto, qualora il ricorrente principale deduca l’illegittimità dell’ammissione alla gara dell’aggiudicatario e di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, l’eventuale accoglimento del ricorso incidentale, volto a contestare la legittimità della sua partecipazione, non fa venire meno l’*interesse strumentale* all’accertamento della radicale illegittimità della gara, quanto meno nelle ipotesi in cui l’annullamento della procedura di gara comporti l’obbligo di rinnovo della procedura con effettiva chance di conseguimento dell’appalto da parte del ricorrente originario.

Infatti, da questa prospettiva, l’esame di trattazione del ricorso (qualunque

⁷ In *Foro it.*, 2009, III, 1, con nota di SIGISMONDI; in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 41, con nota di TARANTINO; in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, p. 2939, con nota di CIMELLARO; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, p. 3308 (s.m.), con nota di TROPEA; *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 146, con nota di SQUAZZONI, TROPEA; in *Giornale dir. amm.*, 2009, 749 (s.m.), con nota di LERA; in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, p. 1489; in *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, p. 1412, con nota di PELLEGRINO; in *Arch. giur.*, 2008, p. 1081; in *Ammin. it.*, 2009, 880; in *Giust. amm.*, 2008, fasc. 4, p. 300 (s.m.), con nota di PELLEGRINO.

sia il primo ad essere valutato) non può precludere la fondatezza dell'altro, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.

In senso opposto, però, la successiva Adunanza Plenaria n. 4/2011 aveva ritenuto invece che il ricorso incidentale c.d. escludente deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Infatti, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Detta priorità logica, ad avviso del Collegio, sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

Il nuovo indirizzo della Plenaria, enunciato in modo estremamente rigido, all'evidente scopo di offrire un quadro processuale certo in ordine alla portata del ricorso incidentale escludente, tuttavia, non aveva affatto chiuso il dibattito, nella prospettiva del diritto interno.

Va peraltro evidenziato che la questione della coerenza del nuovo indirizzo interpretativo con il diritto europeo non aveva quasi mai formato oggetto di particolare approfondimento ed era rimasta totalmente estranea alle difese prospettate dalle parti nei giudizi definiti dall'Adunanza Plenaria.

9. La sentenza Fastweb della CGUE: il caso particolare delle censure identiche, proposte con il ricorso principale e quello incidentale. L'adeguamento dell'Adunanza Plenaria

Su sollecitazione di un TAR, la CGUE era stata chiamata a definire la portata della regola europea sul diritto al ricorso, in rapporto alla affermata efficacia paralizzante del ricorso incidentale escludente.

Quindi, con la sentenza *Fastweb* del 4 luglio 2013, la CGUE statuiti che, quando le imprese ammesse alla procedura di gara siano soltanto due, «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti

può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare». Tale pronuncia limitò dunque l'esame di entrambi i ricorsi ai casi in cui si verte nella medesima fase del procedimento e i vizi lamentati dalle parti sono gli stessi.

Sul piano formale, la decisione della CGUE non sembra rimettere seriamente in discussione i principi generali espressi dalla precedente sentenza *Hackermuller* e risulta visibilmente influenzata dalla peculiarità del caso concreto, nel quale erano state prospettate, con i contrapposti ricorso principale e ricorso incidentale, censure simmetriche di contenuto identico, relative alla asserita inidoneità tecnica delle offerte presentate dai due unici concorrenti partecipanti alla gara.

Molto probabilmente, la questione processuale avrebbe potuto risolversi, già in sede nazionale, delimitando, o correggendo, la portata assoluta del principio espresso dalla Plenaria n. 4/2011, anche considerando che, in quella vicenda, l'asserita inidoneità tecnica delle offerte riguardava una fase ben diversa da quella della preliminare valutazione di ammissibilità delle offerte stesse.

In conformità alla CGUE, pertanto, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 7 del 2014 e soprattutto con la n. 9 del 2014, chiarì che la statuizione del giudice europeo aveva (solo) introdotto un'eccezione all'interno di un quadro unitario sostanzialmente immutato, per il resto confermando l'impianto argomentativo della pronuncia 4 del 2011.

In coerenza con i principi affermati nella sentenza *Fastweb*, la Plenaria n. 9 del 2014 precisò che 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 siano solo due e abbiano tutti proposto ricorsi escludenti nei confronti degli altri.

La stessa Plenaria, poi, 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, comma 2, e 74 c.p.a.»

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. 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.

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.

10. *La sentenza Puligienica della CGUE e la sua influenza sulla giurisdizione amministrativa italiana. La dilatazione dell'interesse strumentale e la difficile applicazione pratica del nuovo principio di diritto*

L'assetto delineato dalla Plenaria, in piena sintonia con la sentenza *Fastweb*, poteva risultare sufficientemente chiarito.

Tuttavia, un po' a sorpresa, il duplice criterio interpretativo espresso dalla Plenaria n. 9/2014 è stato radicalmente ripensato e modificato dalla successiva sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016 (*Puligienica*⁸).

Tale pronuncia ha smentito quanto affermato dall'Adunanza Plenaria (senza peraltro considerarne espressamente le ampie motivazioni). La decisione ha infatti ritenuto che, anche in presenza di una censura incidentale “escludente”, non venga mai meno la legittimazione del ricorrente principale che abbia proposto, a sua volta, censure “escludenti”, indirizzate alla impugnazione dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario:

⁸ CGUE, 5 aprile 2016, C-689/13, in *Foro it.* 2016, IV, p. 325 con nota critica di SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*; per un commento a tale decisione sia consentito rinviare, inoltre, a M. LIPARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2017

non rileva né la natura dei motivi di ricorso dedotti dalle parti, né il numero dei concorrenti partecipanti alla gara.

La controversia in esame riguardava una procedura di gara con più di due partecipanti. In primo grado, il TAR, 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'intera procedura. La stazione appaltante aveva escluso dalla procedura tutte le altre imprese inizialmente ammesse, per inidoneità delle rispettive offerte, con provvedimenti divenuti inoppugnabili.

In appello, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (CGA) con ordinanza 17 ottobre 2013 dubita che, nella concreta vicenda, possa applicarsi il principio di diritto espresso dalla sentenza *Fastweb*, perché alla gara hanno partecipato, in origine, un numero di imprese maggiore di quelle che ora contestano le reciproche ammissioni.

La Grande Camera della Corte, con la citata pronuncia *Puligienica*, ha affermato il principio secondo il quale l'art. 1, par. 1, terzo c., e 3, della direttiva ricorsi n. 865/1989 deve essere interpretato nel senso secondo il quale esso osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

La pronuncia, nei paragrafi 26 e 27 conferma la regola generale secondo cui qualora «a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione (...) 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».

Il passaggio più controverso della motivazione della sentenza risiede nei par. 28 e 29: «28. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. D'altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al

paragrafo 37 delle sue conclusioni, 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».

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

11. *Le peculiarità della vicenda processuale all'origine del caso Puligienica*

Per comprendere le criticità derivanti dalla pronuncia, occorre evidenziare, anzitutto, la distanza tra il complesso quesito proposto dal CGA e la decisione adottata dal giudice del Lussemburgo.

L'ordinanza di rinvio aveva indicato con precisione le differenze tra la concreta situazione esaminata e le vicende finora vagliate dalle precedenti Plenarie (del 2008 e del 2011) e dalla sentenza *Fastweb*.

Il caso *Fastweb* era caratterizzato da due note peculiari:

- a) *alla gara avevano partecipato, sin dall'origine, le due sole imprese che avevano poi proposto i ricorsi reciprocamente escludenti;*
- b) *le censure formulate erano, anche nel contenuto, perfettamente speculari.*

Non era chiaro, però, se, nella stringatissima motivazione della pronuncia *Fastweb*, l'indicata duplice peculiarità della fattispecie affrontata dovesse reputarsi come indicativa del carattere *eccezionale* della nuova regola posta dalla Corte, determinandone i conseguenti limiti applicativi. Questa delimitazione della portata della sentenza poteva giustificarsi nella comprensibile prospettiva di non dovere smentire la decisione *Hackermuller*, e di rispettare il disposto letterale della direttiva.

Il CGA dubita, allora, che rientri nel principio di diritto espresso dalla sentenza *Fastweb* la fattispecie sottoposta al proprio esame, in cui i ricorsi incrociati sono proposti non già da *tutti* i partecipanti originari,

ma dai soli concorrenti “rimasti in gara”, senza coinvolgimento alcuno degli altri operatori economici definitivamente esclusi dalla selezione, pur evidenziando l'*isomorfismo* delle situazioni (punto C5 dell'ordinanza).

Non può escludersi che la scelta “prudenziale” del CGA sia stata implicitamente letta dai giudici del Lussemburgo come un tentativo della giustizia amministrativa italiana di “resistere” ad oltranza alla sentenza *Fastweb*, mediante la costruzione di eccezioni sostanziali e di ostacoli procedurali al principio di effettiva tutela dell'interesse strumentale dell'operatore economico finalizzato a denunciare le illegittimità della procedura.

La decisione della Corte, infatti, è diretta a prevenire, sul nascere, ogni ulteriore tentativo di limitazione del principio innovativo espresso per la prima volta dalla sentenza *Fastweb*.

12. *Gli argomenti esposti dalla CGUE. L'irrilevanza: a) della diversità dei vizi proposti con i ricorsi reciprocamente escludenti; b) del numero dei concorrenti rimasti in gara*

Ma la Corte non si limita ad accogliere la prospettazione del CGA, affermando la piena equivalenza tra il caso *Fastweb* e la situazione dei ricorsi incrociati proposti dai concorrenti “rimasti in gara”. La sentenza afferma, infatti, due ulteriori regole:

- a) *l'esame contestuale dei reciproci ricorsi escludenti, principale e incidentale, è sempre doveroso, indipendentemente dalla identità dei vizi denunciati e dalla fase a cui essi si riferiscono;*
- b) *lo scrutinio simultaneo dei ricorsi incidentale e principale prescinde dal numero dei concorrenti e resta necessario anche quando non siano state dedotte censure avverso l'ammissione di tutti i concorrenti “rimasti in gara”.*

La prima nuova regola intende semplificare e chiarire il principio della sentenza *Fastweb*, delineandone la portata generale, non subordinata alla natura “identica” delle censure incrociate, nemmeno nella dimensione “allargata” indicata dalla Plenaria n. 9/2014.

Resta però aperto un nodo applicativo, anche in questa condivisibile prospettiva semplificatrice. Infatti, la natura dei vizi prospettati con il ricorso incidentale non può reputarsi indifferente, perché, al contrario, costituisce

uno degli elementi rilevanti ai fini della concreta ripetibilità della gara, condizionando l'interesse strumentale fatto valere dal ricorrente principale.

Si pensi al caso in cui, con il ricorso incidentale si faccia valere la carenza di un requisito sostanziale di partecipazione del ricorrente principale. In tal caso, il ricorso incidentale, se fondato, dovrebbe avere comunque effetto totalmente paralizzante, perché il ricorrente principale non avrebbe alcuna *chance* di ottenere il contratto, dopo la ripetizione della gara.

È ragionevole ritenere, quindi, che il presupposto dell'interesse strumentale alla possibilità concreta di rinnovare la procedura possa tuttora giustificare, in determinati casi, l'efficacia paralizzante del ricorso incidentale. Ma era difficile ritenere che il giudice nazionale potesse pervenire a questa conclusione senza prima ottenere una nuova pronuncia chiarificatrice della CGUE.

Il secondo principio innovativo espresso dalla sentenza *Puligienica* assume portata ancora più "rivoluzionaria", suscitando anche le maggiori incertezze applicative.

Stando alla lettera della pronuncia, l'accoglimento del ricorso incidentale escludente non preclude mai lo scrutinio del ricorso principale, ancorché nella gara in contestazione siano rimasti in gara concorrenti diversi e ulteriori rispetto a quelli di cui sia ritualmente e tempestivamente contestata in giudizio l'ammissione alla procedura.

Questa affermazione appare sorprendente sotto diversi profili: in primo luogo poiché tocca un aspetto totalmente estraneo all'ordinanza di rinvio. Il CGA, semmai, aveva fatto riferimento alla ipotesi concreta opposta: in giudizio erano contestate tutte le ammissioni dei concorrenti "rimasti in gara", ma, sullo sfondo della vicenda, si intravedevano ancora i "fantasmi" dei concorrenti "definitivamente esclusi".

A ben vedere, però, il CGA non aveva indicato, nemmeno in via ipotetica, come la peculiarità fattuale del caso potesse incidere sulla configurabilità dell'interesse al ricorso e sulla concreta *chance* di ripetizione della gara. Anche per queste ragioni, allora, risulta difficile seguire il ragionamento svolto "d'ufficio" dalla CGUE (seppure su sollecitazione delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale).

Il punto merita, allora, un chiarimento. Nel caso *Fastweb*, poiché tutti gli originari due partecipanti alla gara avevano contestato simultaneamente le reciproche ammissioni, l'eventuale accoglimento di tutti i ricorsi avrebbe determinato l'azzeramento della gara, aprendo la concreta *chance* della sua ripetizione, senza alcuna possibile "riserva" della stazione appaltante.

Nel caso *Puligienica*, invece, le contestazioni reciproche delle ammissioni alla selezione riguardano i soli concorrenti "rimasti in gara", senza

coinvolgimento alcuno, nel giudizio, 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 e della sua conseguente ripetizione non è del tutto scontato. Esso resta sempre subordinato alla circostanza che successivamente l'amministrazione non decida, in via di autotutela, di riammettere alla selezione gli operatori esclusi.

L'interesse strumentale alla ripetizione della gara, in siffatta circostanza, risulta effettivamente meno nitido e incontestabile rispetto al caso *Fastweb*. È dunque utile il chiarimento richiesto dal CGA, anche se, già in via interpretativa, si sarebbe potuto riconoscere l'equivalenza tra le due situazioni.

La sentenza *Puligienica* non si sofferma sulla peculiarità del caso concreto sottoposto al suo esame. Peraltro, appare ragionevole sostenere che, nella implicita prospettiva seguita dalla CGUE, l'eventualità della riammissione dei concorrenti esclusi, in via di autotutela, essendo futura e incerta, non scalfisce, al momento del giudizio, l'attualità dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

La Corte, invece, seguendo espressamente le argomentazioni dell'Avvocato generale, si occupa di un'altra ipotesi, simmetrica e opposta rispetto a quella oggetto del giudizio *a quo*, ma che implicherebbe la soluzione di altre e più complesse questioni.

Si tratta dell'eventualità in cui i diversi ricorsi escludenti incrociati non toccano la posizione di uno o più dei concorrenti *rimasti in gara*, ma restano circoscritti all'aggiudicatario e all'originario ricorrente.

Il caso emblematico è quello di una procedura selettiva che si conclude con l'ammissione di tre imprese. Il ricorrente principale (secondo graduato) impugna la sola ammissione in gara dell'aggiudicatario. Questi, con ricorso incidentale, deduce, a sua volta, l'illegittima ammissione del secondo classificato. Nessuna delle parti si preoccupa di contestare, invece, la posizione del terzo classificato.

Prima dell'intervento della *Puligienica*, in giurisprudenza, si diceva pacificamente che, in tali circostanze, se non è impugnata anche l'ammissione del terzo concorrente, il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario assume necessariamente portata *paralizzante* del ricorso principale. L'accoglimento dei due ricorsi incrociati, invero, non potrebbe giovare in alcun modo all'interessato, provocando la ripetizione della gara, ma determinerebbe effetti utili potenziali, semmai, solo per il terzo operatore economico, ancorché rimasto estraneo alla controversia. Infatti, a fronte della esclusione degli altri concorrenti, l'amministrazione potrebbe (o

dovrebbe) procedere allo scorrimento della graduatoria in suo favore e non alla ripetizione della gara.

Va detto che, in tali casi, nella concreta esperienza del contenzioso, molto spesso il ricorrente principale, a sua volta, proponeva un “controricorso incidentale”, o un ricorso per motivi aggiunti, diretto a contestare l’ammissione alla gara dei soggetti terzi, tutelando e rilanciando, in questo modo, il proprio *interesse* alla ripetizione della gara.

Ora, invece, la Corte afferma che la finalità di tutela “strumentale” delle parti impone di esaminare, anche in tale ipotesi, entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti. La concreta *chance* di ripetizione della gara deriverebbe dalla circostanza che l’amministrazione potrebbe pur sempre verificare l’irregolarità dell’offerta del terzo; oppure questi potrebbe dichiararsi non disponibile allo scorrimento; oppure, ancora, l’amministrazione potrebbe non essere tenuta allo scorrimento.

Sotto il profilo strettamente processuale si potrebbe ritenere, poi, che il terzo, rimasto estraneo al giudizio, non potrebbe avvalersi degli effetti – astrattamente favorevoli – della sentenza che annulla le ammissioni del ricorrente principale e di quello incidentale, e, quindi, l’amministrazione potrebbe legittimamente stabilire di ripetere la gara, senza ledere la sua posizione.

In ciascuna di queste eventualità si manifesterebbe la riemersione della *chance* di ripetizione della gara.

13. *Gli orientamenti dei TAR e la posizione sostanziale e processuale del concorrente “terzo”: un problema non approfondito dalla CGUE*

In definitiva, secondo la CGUE, l’astratta *chance* di ripetizione della gara dovrebbe essere sufficiente per imporre l’esame dei ricorsi incrociati, ancorché poi, all’esito del giudizio, si appuri che tale possibilità non sia più realizzabile in concreto.

È questa l’impostazione seguita dalle prime decisioni dei TAR, le quali hanno applicato, pedissequamente, il nuovo principio espresso dalla sentenza *Puligienica*, senza alcuna restrizione.

In tal senso si è posto, ad esempio, il TAR Bolzano n. 206 del 29 giugno 2016. Il giudice ribadisce il fondamentale principio della “parità delle armi tra le parti” e procede senz’altro al vaglio di entrambi i ricorsi, esaminando, nell’ordine, il ricorso principale e quello incidentale.

Constatata la fondatezza di entrambi i ricorsi, la sentenza annulla

l'ammissione sia del ricorrente principale sia di quello incidentale, con ciò lasciando, implicitamente strada libera ad altro operatore, "terzo" non solo in graduatoria, ma anche rispetto al giudizio.

Nello stesso senso si pone pure Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2016 n. 3339, la quale richiama le conclusioni cui è pervenuta la Corte, secondo cui «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 «la necessità di esaminare sia l'originario ricorso di primo grado che il ricorso incidentale».

Anche TAR Veneto n. 977/2016 ritiene che «la Corte di Giustizia ha affermato, senza distinzioni, né condizioni o riserve, il dovere del giudice di esaminare sia il ricorso principale, sia quello incidentale, nonostante la singolarità della situazione che si verifica allorché entrambi risultino fondati ed i concorrenti siano più di due, atteso che, in tale ipotesi ed a parte il caso che conseguenza dell'accoglimento sia l'integrale caducazione della gara e la sua integrale rinnovazione, 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)».

Analogo percorso argomentativo esprime il T.A.R. Lazio, Sez. Latina, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 437. Il Collegio, ritiene di dover «seguire alla lettera la pronuncia della Corte di Giustizia che ha affermato senza distinzioni o condizioni o riserve il dovere del giudice di esaminare entrambi i ricorsi, 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 la integrale caducazione della gara e la sua integrale rinnovazione, l'accoglimento di entrambi i ricorsi avrebbe come normale conseguenza che né il ricorrente principale né il ricorrente incidentale riescano a ottenere un'utilità concreta dalla pronuncia a loro favorevole e che il beneficiario di tale doppia pronuncia risulti un altro concorrente (il più delle volte si tratterà del terzo classificato)».

Secondo TAR Lazio, Sez. III-quater, 30 giugno 2016, n. 7532, ancora, «la sentenza della CGUE, ha nella sostanza disarticolato la logica della verifica pregiudiziale dell'interesse processualmente rilevante del ricorrente principale, deriva ancora la dequotazione del tradizionale tema, affrontato

ex professo da Ad. Plen. n. 9/2014 proprio sulla prima 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».

14. L'effettiva chance di ripetizione della gara e l'onere posto a carico del ricorrente principale. La concreta possibilità di determinare l'esclusione dei concorrenti "terzi"

È apparsa più convincente, però la tesi, espressa da un indirizzo allo stato minoritario, 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.

In questo senso si pone la Terza Sezione del Consiglio di Stato 26 agosto 2016, n. 3708. La pronuncia afferma i seguenti principi.

«1. 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).

2. 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.

3. 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.).

4. L'art. 1, comma 3, direttiva n. 89/665 CEE riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

15. *Il rischio dell'attenuazione dell'interesse al ricorso e i principi della giurisdizione "soggettiva"*

L'antitesi tra le diverse opzioni espresse dalla giurisprudenza risultava piuttosto evidente ed era pertanto ragionevole aspettarsi nuovi interventi della Plenaria e della CGUE.

Compete al giudice europeo il potere di definire meglio il meccanismo del ricorso incidentale nel processo amministrativo italiano: questo sembra talvolta percepito dalla CGUE come un mero pretesto difensivo per "negare tutela" e impedire il controllo di legalità delle procedure di gara, anziché come un istituto fisiologico, posto a protezione degli interessi sostanziali della parte evocata in giudizio, in piena coerenza con il diritto di difesa consacrato nei principi sovranazionali EU e CEDU.

D'altro canto, proprio i motivi aggiunti e il ricorso incidentale, "di secondo grado", costituivano gli strumenti processuali – niente affatto gravosi – con cui lo stesso ricorrente principale originario può contestare le ammissioni alla gara dei concorrenti terzi, allo scopo di conservare intatto il proprio interesse strumentale.

Più in radice, l'ordinamento UE dovrebbe chiarire in modo definitivo quale sia l'essenza del sistema di garanzia processuale delineato dalla direttiva

ricorsi e quale sia l'ambito dell'*autotutela doverosa* della stazione appaltante.

L'affermazione della Corte, secondo cui anche la mera possibilità dell'autotutela è sufficiente per radicare l'interesse al ricorso, potrebbe condurre a sviluppi inediti. A rigore, dovrebbe reputarsi ammissibile la domanda con cui un concorrente, posizionato all'ultimo posto di una lunga graduatoria di decine di concorrenti impugni l'aggiudicazione, deducendo che il solo aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per carenza dei prescritti requisiti di partecipazione. Infatti, anche in tale circostanza la stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere di autotutela, potrebbe escludere gli altri concorrenti meglio graduati.

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 ad attenuarsi o 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* n. 122 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 (artt. 121 e 122 del CPA), che permettono al giudice di "salvare" l'efficacia del contratto anche in caso di accertata illegittimità dell'atto di affidamento.

16. *L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni e il possibile ridimensionamento pratico della questione dei ricorsi reciprocamente escludenti*

Per valutare le verosimili ricadute della sentenza della CGUE, occorre considerare che il codice dei contratti pubblici n. 50/2016 recava ulteriori novità idonee ad incidere sul tema del rapporto tra ricorso incidentale e principale reciprocamente "escludenti". Il nuovo art. 120 prevede, infatti, la nuova regola dell'onere della immediata impugnabilità degli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti, attraverso un rito speciale particolarmente veloce.

La platea dei concorrenti ammessi alla gara dovrebbe essere

definitivamente cristallizzata prima della fase di valutazione delle offerte e della aggiudicazione. Sicché, le ipotesi di ricorsi incrociati escludenti destinati a provocare la ripetizione della gara dovrebbero ridursi, svuotando il rilievo dei principi formulati dalla sentenza *Puligienica*.

Ciò si verificherà in presenza di particolari condizioni favorevoli: un numero limitato di partecipanti alla procedura; una adeguata distanza temporale tra la verifica dei requisiti di partecipazione e la fase valutativa delle offerte; una accurata attività di controllo delle offerte.

L'impatto della nuova normativa potrebbe essere attenuato, però, considerando tre dati.

I) L'art. 80 del codice dei contratti pubblici n. 50/2016, recependo l'art. 57, c. 5 della dir. n. 24/2014, prevede che «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».

Pertanto, la fase di ammissione delle offerte è aperta sino all'aggiudicazione. L'auspicato effetto di "cristallizzazione" dei concorrenti, prima dello svolgimento di tale fase, risulta vanificato.

II) Secondo l'art. 56, c. 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».

La norma europea, pur non recepita dal d.lgs. n. 50/2016, potrebbe essere rilevante per la sua incidenza indiretta sull'accesso ai mezzi di ricorso. L'operatore economico potrebbe aspettare di contestare l'atto di ammissione dell'aggiudicatario, all'esito della procedura selettiva e non dover impugnare, "cautelativamente", tutte le ammissioni.

III) Le direttive del 2016 sono ispirate all'esigenza di introdurre severe cause di esclusione dalle gare, che possono addirittura determinare lo scioglimento del contratto già stipulato. Inoltre, il sistema deve garantire il rispetto della legalità, anche imponendo procedure di riesame (davanti alla stazione appaltante o ad Autorità terze), sollecitate da qualsiasi cittadino-contribuente, come emerge dal *Considerando* n. 122 della direttiva n. 24/2014. L'intervenuta inoppugnabilità degli atti di ammissione alla gara non impedisce l'esercizio dell'autotutela, anche su stimolo degli stessi operatori economici che hanno lasciato scadere il termine di proposizione del ricorso.

Insomma, anche all'esito del giudizio di impugnazione del provvedimento

di ammissione dei concorrenti, la “partita” sulla corretta spettanza dell'appalto potrebbe restare ancora aperta al momento dell'aggiudicazione.

Da ultimo, va evidenziato che il nuovo rito speciale non comprende, *tutti* gli atti di esclusione e di ammissione ma 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» (art. 120, comma 2-*bis*).

In questa dizione non rientrano le ammissioni o le esclusioni riguardanti l'anomalia delle offerte, o la loro idoneità tecnica. Proprio il contenzioso all'origine della decisione *Fastweb* non avrebbe potuto svolgersi secondo le nuove regole dell'art. 120, dal momento che le ammissioni reciprocamente contestate in quel giudizio riguardavano i contenuti dell'offerta tecnica e non già i “requisiti soggettivi di partecipazione”.

Ne deriva che la norma, come era congegnata, non risultava idonea a scongiurare del tutto il rischio dei ricorsi incrociati, diretti a far cadere la gara, ma solo dopo la conclusione della procedura. Anche questo dato poteva alimentare ulteriormente le incertezze provocate dall'applicazione della sentenza *Puligienica*. La previsione normativa, peraltro, nel 2019 è stata abrogata.

17. Gli interventi della CGUE successivi alla sentenza Puligienica. La problematica definizione dell'interesse strumentale dell'operatore economico e i presupposti della legittimazione al ricorso. I casi Archus e Bietergemeinschaft (Gembsh): dalla considerazione sostanziale degli interessi alla valorizzazione formale delle regole processuali

In seguito alla sentenza *Puligienica*, la Corte di giustizia è tornata nuovamente sul tema con due ulteriori pronunce, espressioni, la prima, di una sorta di ridimensionamento del principio dell'interesse strumentale nel contenzioso appalti, la seconda, di un'applicazione estensiva del medesimo criterio interpretativo.

Nello specifico, con sentenza del 21 dicembre 2016 (sentenza *Gembsh*)⁹ il giudice europeo ha affrontato il tema della 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.

⁹ CGUE, C-355/15, 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*.

Secondo la pronuncia 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 si è quindi 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”, 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.

Successivamente, però, la CGUE, con sentenza dell'11 maggio 2017 nella causa C-131/16, *Archus*, ha nuovamente affrontato il tema, prospettando una soluzione interpretativa più aderente a quanto statuito nella decisione *Puligienica*. Secondo la pronuncia, l'impresa, *legittimamente*, ma *non definitivamente*, esclusa dalla procedura di gara, vanta sempre un interesse strumentale ad ottenere la rinnovazione della procedura.

18. *L'obsolescenza della direttiva ricorsi e i nuovi diritti nazionali. L'opportunità di un recepimento puntuale delle regole*

La vicenda innestata dalle sentenze della CGUE pone in rilievo un'esigenza sempre più urgente: occorre valutare seriamente l'opportunità di una nuova codificazione analitica delle regole processuali. I generali principi espressi dalla direttiva ricorsi risalgono ormai al 1989 (per i settori ordinari). La novella del 2007 ha affrontato solo alcuni specifici temi, senza rivisitare la normativa nel suo complesso.

Il riferimento ai criteri generali di “effettività” della tutela resta troppo generico e inadatto a risolvere con sufficiente chiarezza le molteplici problematiche emerse nell'esperienza del contenzioso.

Evidentemente, la difficoltà di dettare una disciplina uniforme deriva dalla persistente differenziazione degli ordinamenti processuali nazionali, non solo per gli istituti, ma anche per le esperienze interpretative e per i tipi

di contenzioso.

Ma la prassi della giurisprudenza CGUE evidenzia che il metodo casistico seguito alimenta incertezze e confusione, portando ad esiti insoddisfacenti proprio nella loro attuazione pratica, tanto nell'ordinamento cui si riferisce la decisione, sia negli altri sistemi.

In ogni caso, sembrerebbe necessario individuare, con immediatezza, modalità volte a incoraggiare ulteriormente un dialogo costruttivo tra i diversi ordinamenti processuali.

Le Istituzioni della UE dovrebbero sostenere la creazione di sedi permanenti, finalizzate a ordinare le regole processuali applicate dai diversi Stati, le loro rispettive giurisprudenze, l'analisi del tipo di contenzioso affrontato, le prassi seguite.

Il deficit di istruttoria riguardante le vicende *Fastweb* e *Puligienica* è, al riguardo, piuttosto evidente.

La rigidità del modo di funzionamento del processo dinanzi alla CGUE dovrebbe essere attenuato, quando viene sottoposta alla Corte una questione di massima importanza e rispetto alla quale i giudici nazionali si sono già espressi con pronunce dell'organo titolare del potere nomofilattico.

Anche le regole sulla sinteticità dell'ordinanza di rinvio e sulla in traducibilità degli atti del giudizio *a quo* potrebbe essere in concreto attenuata qualora si tratti di risolvere questioni di importanza centrale nel sistema.

19. *La difficile attuazione delle pronunce della CGUE. I contrasti della giurisprudenza e l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6, alla ricerca di chiarezza applicativa*

Come era prevedibile, a fronte del contrasto interpretativo sorto in seno alla giurisprudenza amministrativa italiana, la CGUE è stata chiamata ad occuparsi di nuovo del problema, allo scopo di precisare la portata della sua stessa giurisprudenza.

In particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza, 11 maggio 2018, n. 6, ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue il seguente quesito interpretativo: *«se l'articolo 1 della direttiva 89/665 possa essere interpretato nel senso secondo cui esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta*

agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)».

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6 indica le oggettive difficoltà di attuare, con puntualità e precisione, il *dictum* fissato dalle decisioni della Corte di giustizia. Sullo sfondo si pone il tema centrale della corretta interpretazione della disciplina riconducibile alla *direttiva ricorsi*, con riguardo alla individuazione dei presupposti soggettivi per accedere alla tutela giurisdizionale: legittimazione e interesse al ricorso dell'operatore economico di cui sia accertata la carenza del titolo di partecipazione alla procedura selettiva.

L'ordinanza della Plenaria delinea la questione nei termini, formalmente esatti, del rapporto tra la normativa nazionale (scritta) e la direttiva ricorsi. Nella sostanza, però, è evidente che il senso del rinvio alla Corte consiste nella ricerca di una precisa "interpretazione" della precedente decisione assunta dalla stessa CGUE, volta a definirne la *portata applicativa*, considerando la complessa dinamica delle vicende processuali e sostanziali nelle quali la sentenza *Puligienica* è destinata ad entrare in gioco. A margine del rinvio, poi, si pone il tema più complesso della rilevanza di concetti chiave quali la legittimazione e l'interesse (anche strumentale) al ricorso, in contesti in cui non operano le particolari tecniche processuali del ricorso incidentale.

L'Adunanza plenaria ricorda come, al fine di assicurare che «le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile», il legislatore nazionale:

- ha previsto l'istituto della legittimazione processuale straordinaria attribuita all'Anac con riferimento all'impugnazione dei bandi di gara e degli altri atti generali qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;
- ha introdotto il nuovo rito "superaccelerato" di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 del c.p.a., la cui *ratio* è consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione.

Tuttavia, gli sforzi del legislatore nazionale per adeguarsi alle prescrizioni dei competenti organismi europei ed il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di Giustizia non hanno del tutto eliso le incertezze degli interpreti su alcune problematiche in materia di pubblici incanti tra le quali la tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale “escludente”.

L'ordinanza indica i dubbi relativi alle ipotesi in cui il concorrente sia stato o avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, e si interroga sul significato del riferimento a “un determinato appalto”, laddove il concorrente (che sia stato o avrebbe dovuto essere escluso) aspiri in sostanza a un'utilità mediata rappresentata dall'annullamento (se del caso, in autotutela) dell'intera procedura e alla sua riedizione.

La Plenaria considera con attenzione il rilievo attribuito dalle statuizioni della Corte di giustizia al concetto di “interesse strumentale alla ripetizione della procedura”, alla luce della eccezionalità della tutela di tale interesse, in rapporto alla struttura dispositiva del processo.

20. *Le obiezioni agli indirizzi espressi dalla giurisprudenza*

Al riguardo, sussiste incertezza nell'evenienza (occorsa nel caso oggetto del giudizio) in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:

- i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di tutti gli operatori economici rimasti in gara;
- il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* tese ad invalidare l'intera gara e determinanti – ove accolte - la certa ripetizione della procedura.

Secondo una prima linea esegetica (Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593) la sentenza *Puligienica* imporrebbe, anche in simili evenienze, la disamina del ricorso principale, pur dopo l'avvenuto accoglimento del ricorso incidentale escludente. Infatti, la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare e si addivenga alla ripetizione della procedura.

Secondo un altro indirizzo ermeneutico (Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708), l'esame del ricorso principale si imporrebbe soltanto laddove

l'accoglimento dello stesso produca per il ricorrente principale, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale. Ma, nel caso di più di due imprese partecipanti alla gara, delle quali soltanto due siano in giudizio, detto interesse strumentale sarebbe configurabile solo qualora si dimostri che anche le offerte delle imprese non evocate in giudizio risultino affette dal medesimo vizio accertato in capo all'aggiudicatario.

L'ordinanza sottolinea i punti critici di entrambi gli indirizzi.

Il primo non terrebbe conto delle "aperture" (contenute nella già citata sentenza della Corte di giustizia 21 dicembre 2016, *GesmbH*) relative alla possibilità che l'offerente escluso dalla gara con una pronuncia passata in giudicato non possa più contestare l'esito della gara.

Inoltre, tale orientamento trascurerebbe la circostanza che l'autotutela della stazione appaltante sulle altre offerte rimaste in gara, costituirebbe una mera eventualità ipotetica, rimessa a determinazioni rientranti nella lata discrezionalità della stazione appaltante. Pertanto, l'interesse del ricorrente principale non potrebbe poi essere giustiziabile: in quanto "soggetto definitivamente escluso", questi non potrebbe poi impugnare le determinazioni della stazione appaltante successive all'eventuale annullamento dell'intera gara.

In tal modo, si darebbe ingresso ad una nozione di interesse priva dei necessari requisiti di "certezza ed attualità", costantemente affermati dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855 e Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031).

Nel sistema vigente l'autotutela dell'amministrazione, anche per ragioni di garanzia dell'affidamento, resta sempre meramente facoltativa e, peraltro, soggetta ai limiti temporali stringenti di cui all'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241; operanti anche nei casi di 'atto amministrativo illegittimo per contrasto con il diritto dell'UE.

Ma anche il secondo indirizzo si espone a obiezioni critiche.

Tale orientamento, anzitutto, contrasta con le esplicite statuizioni della sentenza *Puligienica*.

Inoltre, anche qualora si accertasse che tutte le offerte rimaste in gara, riferibili ad imprese non evocate in giudizio, presentino vizi comuni a quelli riscontrati alle altre imprese, resterebbe sempre facoltativo, per la stazione appaltante la scelta di agire in autotutela e disporre la ripetizione della gara.

La Plenaria evidenzia, poi, che è onere del ricorrente principale provare che i vizi ipotizzati con il proprio ricorso siano comuni anche alle altre offerte rimaste in gara e che, comunque, la ripetizione della procedura sia una evenienza concretamente ipotizzabile.

Inoltre, dovrebbe essere affidato al Giudice il vaglio sulla concretezza dell'interesse alla riedizione della procedura azionata con il ricorso principale, in contraddittorio con le offerenti rimaste in gara e non evocate in giudizio, per rendere effettiva e non ipotetica, in quanto rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, l'evenienza della ripetizione della gara.

In ottemperanza alle prescrizioni contenute ai punti 17 e 34 delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" rappresenta il proprio punto di vista sulla questione.

L'interesse del ricorrente principale, attinto da un ricorso incidentale escludente, dovrebbe essere valutato dal Giudice adito nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte.

Dovrebbe essere rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo.

Con la decisione 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*, tuttavia, la Corte europea ha confermato il proprio indirizzo più rigoroso.

21. *L'insicurezza giuridica e il diritto UE. I rischi di un diritto troppo sbilanciato sull'intervento "creativo" della giurisprudenza*

Si è osservato che le oscillazioni della giurisprudenza europea e di quella nazionale alimentano una notevole *insicurezza giuridica*¹⁰, dai contorni problematici e complessi, qualche volta *allarmanti*, perché coinvolge il rapporto tra la normativa nazionale e la disciplina di derivazione europea, applicabili al processo amministrativo. I rischi di tale insicurezza sono evidenti in un ambito sempre considerato essenziale per il funzionamento della giustizia amministrativa: i presupposti e le condizioni per accedere alla tutela giurisdizionale ed ottenere una decisione di merito.

¹⁰ Sulla nozione di "insicurezza giuridica" e i suoi molteplici aspetti problematici, si rinvia a *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di M.A. Sandulli e F. Francario, Napoli, 2018. Sul particolare problema della sicurezza giuridica relativa al diritto UE, si vedano i contributi di GENTILI, *Certezza giuridica dei rapporti amministrativi e giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea* (p. 161 ss.), di LIPARI, *L'insicurezza giuridica nel diritto EU: l'indeterminatezza delle regole della direttiva ricorsi e la giurisprudenza pretoria della CGUE* (p. 411 ss.) e di TROPEA (p. 463 ss.).

Nell'ultimo decennio, a fronte di una dottrina processualistica che resta divisa e perplessa, si è registrata la successione vorticoso di interventi della giurisprudenza nazionale (Corte costituzionale, Cassazione, Consiglio di Stato, TAR) e della Corte di Giustizia dell'Unione europea (ma anche, indirettamente, della Corte di Strasburgo). Le diverse pronunce hanno affrontato, con esiti altalenanti e contraddittori, attraverso itinerari argomentativi eterogenei, il punto specifico della legittimazione e dell'interesse al ricorso.

Queste letture così contrastanti del perimetro del "diritto alla decisione di merito" hanno alimentato il senso di indeterminatezza, proprio in un campo nel quale la stabilità e la chiarezza delle regole dovrebbe costituire sempre il principio cardine. Si può discutere all'infinito sulla opportunità di ampliare o restringere la portata delle nozioni di interesse e di legittimazione al ricorso, si può discettare sul corretto ordine di esame dei ricorsi incrociati reciprocamente escludenti: ma, una volta compiuta la scelta "politica" ritenuta migliore, questa dovrebbe rimanere intatta, fino a quando l'ordinamento non muta espressamente l'assetto della disciplina.

Quali sono, allora, le possibili cause di questa oggettiva, perdurante, "insicurezza"? E quali potrebbero essere i rimedi, o, per lo meno, gli auspicabili correttivi?

22. Le decisioni della CGUE e la loro incidenza sulla giurisprudenza nazionale

Occorre delimitare con chiarezza il punto "critico" in cui si manifesta la denunciata insicurezza, evitando ogni possibile banalizzazione volta a ridimensionare l'importante e positivo ruolo svolto sinora dalla Corte del Lussemburgo, o ad esprimere un atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'ordinamento europeo nel suo complesso.

Infatti, in linea generale, il "dialogo" tra le Corti nazionali e la CGUE si è svolto in modo costante e collaborativo, consentendo il progressivo adeguamento delle normative nazionali – compresa quella italiana – ai criteri delineati dall'ordinamento dell'UE. Il primato del diritto europeo non è mai stato messo in discussione. Al tempo stesso, la Corte europea ha riconosciuto importante rilievo ai *controlimiti* costituzionali imposti dagli Stati membri alla espansione della disciplina UE, manifestando rispetto e attenzione verso i contenuti delle normative fondamentali che caratterizzano ciascuna realtà statale. Nel linguaggio della Corte si è riscontrata la capacità di operare una

sintesi tra le esperienze giuridiche maturate negli ordinamenti interni, anche se appartenenti a tradizioni culturali distanti.

I giudici nazionali, poi, hanno contribuito fattivamente all'applicazione immediata del diritto UE, partecipando al processo di corretta ed omogenea interpretazione di tale normativa. I legislatori degli Stati membri, infine, hanno adeguato spontaneamente molte disposizioni processuali interne ai principi ricavabili dal sistema europeo, favorendo l'avvicinamento delle legislazioni nazionali, secondo una cifra comune decisamente orientata ad allargare e rendere più efficiente il valore della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione.

Insomma, dal punto di vista del giurista, la convergenza tra diritti nazionali e diritto di matrice europea costituisce un valore ineliminabile e consolidato, che ha conseguito risultati di straordinaria importanza.

In questa cornice armonica, da valutare molto positivamente anche nella prospettiva del rafforzamento della *sicurezza giuridica*, si segnalano, però, due fenomeni problematici di particolare rilievo.

- a) *Il primo è costituito dai casi in cui la Corte europea, nella sostanza, ha ribaltato, radicalmente, l'indirizzo interpretativo seguito dalla giurisprudenza interna di un determinato Stato, sigillata dal giudice superiore di quel sistema, risolvendo, ma al tempo stesso enfatizzando, un vero e proprio conflitto interpretativo.*
- b) *Il secondo fenomeno riguarda, invece, i casi in cui la CGUE ha elaborato una giurisprudenza di carattere sostanzialmente pretorio e casistico, in relazione a particolari ambiti di applicazione del diritto europeo, in qualche modo "parallela" alla giurisprudenza nazionale. Queste sono le vere ipotesi di "insicurezza giuridica": le giurisprudenze nazionali ed europee sono disarmoniche, il contrasto non si delinea con chiarezza, ma riemerge nei singoli contenziosi e, quindi, non solo non si risolve, ma addirittura si moltiplica.*

23. *La fisiologica prevalenza del diritto UE e l'interpretazione proposta dalla CGUE*

Le due situazioni vanno analizzate separatamente.

Il primo fenomeno, costituito dalle decisioni della CGUE che apertamente stigmatizzano un determinato indirizzo del giudice nazionale, esprime, correttamente, il principio di prevalenza del diritto UE e non dà

luogo a un vero e proprio effetto di “insicurezza giuridica”, pur meritando una certa attenzione in ordine alla definizione del regolare rapporto tra i diversi giudici, sempre nel quadro del “dialogo”.

Infatti, in tali frangenti, il giudice europeo esercita in modo fisiologico la propria funzione di garante del sovraordinato diritto UE, correggendo gli “errori” presenti nell’ordinamento nazionale e perseveranti nell’interpretazione giurisprudenziale.

Inoltre, quando la CGUE capovolge l’indirizzo espresso da una Corte nazionale, si pone, naturalmente, il tema dell’efficacia temporale (retroattiva o meno) del mutamento intervenuto nell’ordinamento (*overruling*), ma, in ogni caso, il valore essenziale della *sicurezza* giuridica è pienamente tutelato e, anzi, rafforzato, se apprezzato nella sua dimensione europea e non meramente nazionale.

24. *Il giudice Rigal e “D’autres vies que la mienne”: l’influenza del diritto europeo e della giurisprudenza della CGUE come fattore di certezza giuridica*

Una straordinaria manifestazione di questa capacità del diritto europeo (e della sua Corte) di contribuire all’espansione della sicurezza giuridica è testimoniata dalla vicenda processuale di un peculiare rinvio pregiudiziale descritta dal giudice francese Etienne Rigal. La sua storia giuridica (ma soprattutto umana) è stata trasposta dapprima nel bellissimo libro di Emmanuel Carrère “*D’autres vies que la mienne*” e poi in un film, anch’esso molto coinvolgente, che forse molti dei partecipanti a questo Convegno avranno già visto al cinema, intitolato “*Tutti i nostri desideri*”.

Rigal è uno scrupoloso giudice di Vienne (nella Provincia francese), che tratta un contenzioso – ingiustamente considerato “minore” – tra istituti bancari e finanziari e piccoli, talvolta indigenti, debitori, i quali hanno assunto mutui a tassi elevatissimi, difficili da restituire, per le loro condizioni economiche. La palese iniquità delle pattuizioni contrattuali di questi rapporti, tutti sbilanciati in pregiudizio dei consumatori, non sembra colta dalla giurisprudenza dominante della Corte di cassazione francese, la quale segue, invece, un’interpretazione tradizionale e restrittiva del concetto di abusività e di conseguente invalidità delle clausole che prevedono spropositati tassi di interesse e penali, applicando rigidamente il diritto nazionale e non quello ricavabile dalla normativa UE.

Rigal e un’altra giovane giudice della Corte di Vienne, però, studiano

attentamente il problema giuridico. Dubitano della compatibilità della disciplina nazionale (come letta fino a quel momento dalla Cassazione francese) con le direttive europee in materia di tutela dei consumatori e sollevano la questione pregiudiziale comunitaria dinanzi alla CGUE.

Sia il libro che il film descrivono la tensione emotiva sottesa al problema tecnico-giuridico esaminato, anche per la ricchezza psicologica dei protagonisti e la drammaticità delle loro esistenze. L'esito seguito dalla CGUE, niente affatto scontato, è nel senso auspicato dai giudici remittenti e contraddice frontalmente la tesi precedente della Cassazione transalpina. Un piccolo, quasi sconosciuto, Tribunale di Provincia, ha determinato il capovolgimento della tesi interpretativa cristallizzata a Parigi.

25. Quando la CGUE rafforza la sicurezza giuridica. I possibili limiti della giurisprudenza pretoria nel campo della tutela giurisdizionale

Si deve ribadire che in casi di questo genere, la *sicurezza giuridica* non è mai messa in discussione dall'intervento, per quanto clamoroso, della CGUE. E non deve considerarsi una minaccia alla certezza giuridica la circostanza che, nel caso *Rigal*, i risultati della funzione nomofilattica della Corte superiore nazionale siano stati vanificati attraverso l'intervento provocato da un minuscolo giudice di merito: al contrario, proprio il principio del sindacato diffuso sulla legittimità comunitaria impone a ciascun giudice, anche di prima istanza, di verificare la compatibilità del diritto nazionale con le norme UE. La struttura verticistica del sistema giudiziario dello Stato membro non può impedire l'immediato rilievo del diritto UE. In ultima analisi, il meccanismo del rinvio pregiudiziale costituisce proprio il mezzo per implementare la *sicurezza giuridica*, vista nella sua più larga dimensione europea.

Il secondo fenomeno è costituito dalla giurisprudenza pretoria della CGUE, parallela a quella nazionale. Questa ha determinato – e continua a provocare – un oggettivo effetto di *insicurezza giuridica*, intesa come incertezza applicativa, e, forse, come imprevedibilità degli esiti dei singoli contenziosi.

Il caso più significativo, su cui occorre concentrare l'attenzione, riguarda proprio il tema della legittimazione e dell'interesse al ricorso, nelle controversie in materia di appalti pubblici, soggette alla disciplina della direttiva ricorsi.

In passato, la Corte del Lussemburgo aveva avuto occasione di affrontare

solo sporadicamente il problema. Ma la questione è, per così dire, *esplosa*, quando si è trattato di dare una soluzione al problema, tipicamente italiano, del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale “reciprocamente escludenti”.

26. Il caso dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti: un dialogo tra decisioni e il rilievo solo mediato delle fonti scritte

Senza entrare nel merito e nei dettagli del tema specifico, deve essere evidenziato un aspetto peculiare della questione.

Sul piano “formale”, per dare una risposta esaustiva ai dubbi ermeneutici, si tratterebbe, in fondo, di compiere un’operazione logica scandita in pochi passaggi ben definiti:

- Che cosa prevede la normativa europea in materia di condizioni e presupposti dell’azione? Come è declinato nella direttiva ricorsi il tema dell’interesse al ricorso?
- Che cosa stabilisce esattamente la normativa nazionale in materia?
- È compatibile la disciplina italiana, correttamente ricostruita, con quella UE?
- In sintesi, combinando insieme diritto nazionale e diritto europeo, come va trattata l’evenienza dei ricorsi reciprocamente escludenti?

Ma, in concreto, nella sequenza degli interventi giurisprudenziali in materia questo percorso logico è stato seguito solo parzialmente. Che cosa è accaduto nell’esperienza pratica?

Le disposizioni normative scritte in materia sono rimaste sempre decisamente sullo sfondo e, talvolta abbandonando qualsiasi riferimento esplicito ad articoli della legge, si è preferito il richiamo a principi, a criteri a finalità, secondo espressioni di portata molto (troppo) generale, sia con riguardo alla ricostruzione dell’ordinamento italiano, sia con riferimento al parametro normativo europeo.

Basterebbe osservare, al riguardo, i contenuti delle pronunce della CGUE, così come quelli di alcune ordinanze di rinvio pregiudiziale e delle decisioni dei giudici nazionali.

Nelle motivazioni, il riferimento alla norma scritta europea è sempre più sfumato, o addirittura assente, o, comunque, generico o tautologico.

Anche la stessa ricostruzione del diritto nazionale viene spesso identificata con l'interpretazione offerta dal giudice titolare del potere nomofilattico.

La sentenza *Fastweb*, ad esempio, si occupa, direttamente, dell'interpretazione offerta dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011, senza preoccuparsi di "leggere" le norme processuali italiane. E la stessa Corte preferisce non entrare nell'esegesi della direttiva ricorsi, ma indica un esito interpretativo incentrato sui principi da essa ricavabili.

A sua volta, poi, la sentenza *Puligienica*, è originata dai dubbi interpretativi sulla esatta portata applicativa del precedente *Fastweb*, sollevati dal CGA siciliano. Tanto l'ordinanza di rinvio, quanto la decisione della Corte lasciano sullo sfondo la disciplina scritta UE e concentrano direttamente l'attenzione sulla lettura della sentenza *Fastweb*.

Anche la stessa sentenza *Puligienica* fa sorgere ulteriori dubbi, anche al di fuori del perimetro specifico del ricorso incidentale italiano, riferiti al tema più ampio dell'interesse al ricorso, provocando molteplici nuovi rinvii da parte di altri giudici nazionali, in ordinamenti che non prevedono l'istituto del ricorso incidentale.

Da ultimo, almeno per ora, l'Adunanza Plenaria ha chiesto alla CGUE di chiarire, una volta per tutte, come debba essere applicato il principio espresso dalla *Puligienica*. L'ordinanza è formalmente molto corretta, perché riporta esattamente il tema sul solco della interpretazione della direttiva ricorsi. Ma è evidente che, nella sostanza, lo scopo del rinvio è proprio quello di rimettere in ordine la giurisprudenza, decisamente pretoria, della stessa CGUE.

L'ottimismo della volontà induce a ritenere che, all'esito di qualche prevedibile ulteriore oscillazione, la Corte del Lussemburgo perverrà, alla fine, ad una soluzione chiara e (si auspica) equilibrata, se del caso opportunamente precisata nei dettagli, all'esito del rinvio, dalla Plenaria.

27. *L'indeterminatezza del diritto scritto UE nelle direttive ricorsi*

Dall'esame della vicenda, emerge, comunque un dato, all'origine della riscontrata "insicurezza giuridica". La causa non è costituita dagli asseriti errori o dai limiti, di volta in volta commessi dai diversi giudici, ritenuti incapaci di cogliere l'uno o l'altro aspetto della complessa questione. Si consideri, in tal senso, la situazione di "stallo logico" derivante dalla contrapposizione tra chi evidenzia il carattere necessariamente pregiudiziale

della legittimazione e dell'interesse (agganciata alla partecipazione legittima alla procedura), che imporrebbe sempre l'esame prioritario del ricorso incidentale, e chi sottolinea, invece, la prevalenza logica dell'interesse a contestare comunque la partecipazione alla gara dell'aggiudicatario, con la conseguente necessità di esaminare entrambi i ricorsi incrociati.

Si deve tener conto pure della impraticabilità di una soluzione basata sulla asserita ricerca della prevalenza di "valori": l'interesse al controllo della legalità delle procedure o quello alla rapida definizione del contenzioso e alla realizzazione dell'opera?

La causa dell'insicurezza risulta, con ogni evidenza, insita nella lacunosità della disciplina scritta, tanto al livello europeo, quanto – in misura minore – in ambito nazionale.

La direttiva ricorsi, infatti, si avvia a compiere trent'anni, senza avere mai subito alcuna revisione generale: mentre le direttive sostanziali in materia di appalti sono state completamente ricodificate nel 2004 prima e nel 2014 dopo. Trent'anni densi di avvenimenti, riguardanti l'allargamento dell'Unione e delle sue competenze, l'evoluzione dei sistemi processuali, le innovazioni sostanziali in materia di appalti (che hanno notevolmente amplificato il rilievo degli aspetti concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione, con evidenti ricadute sul piano del contenzioso sulle ammissioni ed esclusioni, attuato con la tecnica dei ricorsi reciprocamente escludenti), le trasformazioni economiche riguardanti il settore delle commesse pubbliche.

La tecnica di scrittura di tale direttiva è ancora piuttosto schematica e incentrata sull'affermazione di principi alquanto generici, che molti Stati membri considerano "scontati", perché enunciati a livello costituzionale o consolidati da tempo nei rispettivi codici processuali.

In tal senso, è emblematico l'itinerario del recepimento della direttiva ricorsi nell'ordinamento italiano. In concreto, ha avuto espresso recepimento solo la disciplina in materia di risarcimento del danno (con la legge n. 142/1992). Gli altri principi processuali, invece, sono stati considerati già insiti all'interno dell'ordinamento nazionale (già prima del codice del 2010 e addirittura prima della stessa legge n. 205/2000).

In modo formale, il codice dei contratti pubblici del 2006 indica la direttiva ricorsi nella rubrica di alcuni articoli: ma si tratta di norme sostanzialmente ricognitive e non innovative del sistema previgente: a tutto concedere un mero perfezionamento e un'integrazione della disciplina europea e non suo recepimento.

28. È ancora giustificata la struttura della direttiva ricorsi secondo principi generali?

Si potrebbe giustificare questa impostazione della direttiva ricorsi evidenziando che la materia della tutela giurisdizionale, per la sua complessità tecnica e per la sua incidenza su aspetti tipicamente nazionali ed eterogeni degli ordinamenti degli Stati membri esige normative basate su ampi e generici principi.

Ma questa obiezione non coglie nel segno.

Forse, nel 1989, il “rispetto” per le competenze giurisdizionali degli Stati membri poteva ancora spiegare un atteggiamento prudente e non invasivo. Ma, ora, il sistema UE riconosce con larghezza la necessità di regolare anche istituti processuali.

D’altro canto, la necessità di interventi normativi puntuali è testimoniata da due dati: la direttiva n. 66 del 2007 e la stessa giurisprudenza della CGUE, costretta a ripetuti interventi di puntualizzazione dei principi espressi dalla disciplina scritta europea.

La direttiva n. 66/2007 dimostra che il legislatore europeo ha la capacità di intervenire puntualmente su aspetti peculiari del contenzioso, dettando una disciplina articolata e specifica (in tale circostanza, lo *stand still* e l’inefficacia del contratto). Quando la normativa europea detta una disciplina così puntuale, gli Stati membri hanno la possibilità di recepirla in modo adeguato, senza rischi di fraintendimenti e di incertezze interpretative.

Così è avvenuto in Italia, con il decreto legislativo n. 53/2010 e con il codice del processo amministrativo. La materia trattata risulta di estrema delicatezza e complessità: eppure pochissimi dubbi sono emersi nell’esperienza giurisprudenziale e, in questo campo, non si pone un vero e proprio tema di insicurezza giuridica.

29. *Le regole puntuali espresse della CGUE: aspetti positivi e negativi della prassi*

La giurisprudenza della CGUE, poi, in chiave pretoria, ha creato una quantità impressionante di regole puntuali (per esempio la tutela cautelare *ante causam*; la responsabilità oggettiva della stazione appaltante, ecc.).

In questo modo, la Corte sembra operare come un giudice di *Common Law*: dal singolo caso trae lo spunto per “creare” una regola processuale. Ma i pregi e i difetti di simile impostazione sono evidenti, anche al netto

di ogni riserva pregiudiziale sulla opportunità di riconoscere alla Corte siffatto potere para-normativo. In particolare, il singolo caso, per la sua peculiarità, può condurre ad un esito generale non persuasivo, mancando il necessario approfondimento istruttorio e la valutazione d'insieme della problematica. Si pensi al caso *Fastweb*: l'ordinanza di rinvio evidenziava le caratteristiche concrete del contenzioso, caratterizzato, in punto di fatto, dalla medesima carenza delle offerte tecniche presentate dai due concorrenti. Probabilmente, il giudice di merito avrebbe potuto esaminare entrambi i ricorsi, senza contraddire l'impostazione della Plenaria n. 4/2011: la CGUE, invece, enuncia un principio di più ampia portata, senza, però, spiegarne adeguatamente il perimetro di operatività.

A margine di questo ruolo "pretorio" della Corte, si deve aggiungere che, evidentemente, la strada strettissima del giudizio non permette certamente di svolgere le valutazioni "politiche" e di compiere le procedure di "better regulation" (analisi di impatto della regolazione, verifica tecnico-normativa, ecc.), necessarie per creare una regola pienamente convincente, applicabile in tutti gli ordinamenti dell'Unione.

30. *I rischi di insicurezza giuridica derivanti dalla decisione Puligienica*

Questi limiti sono emersi in modo clamoroso nella sentenza *Puligienica*, la quale, travalicando (e probabilmente anche fraintendendo) i limiti della questione sottoposta dalla ordinanza di rinvio del CGA siciliano, ha creato disinvoltamente una vera e propria regola che male si armonizza con consolidati e pacifici principi (nazionali ed europei) in tema di contraddittorio processuale, ambito dell'autotutela amministrativa, interesse strumentale al ricorso.

La giurisprudenza pretoria, sviluppata per successive tappe ed aggiustamenti, poi, conduce, talvolta, a risultati poco persuasivi. Non si comprende, infatti, perché, stando alla giurisprudenza della CGUE, l'operatore economico legittimamente escluso da una gara, secondo il definitivo accertamento derivante dal giudicato, non possa impugnare l'aggiudicazione ad un terzo, per far valere l'interesse *strumentale* alla riedizione della procedura, mentre questo potere dovrebbe spettare all'operatore economico illegittimamente ammesso alla gara, anche nelle ipotesi in cui l'illegittimità della partecipazione sia ritualmente accertata attraverso l'accoglimento del ricorso incidentale escludente.

Le due situazioni sostanziali sono identiche: in entrambi i casi un operatore economico che, secondo l'accertamento inoppugnabile del giudice, non ha titolo a partecipare alla gara, intende ottenere l'annullamento integrale della gara e la sua ripetizione.

La Corte, inspiegabilmente, abbandona il criterio sostanzialistico, per seguire un indirizzo formale o processuale. Ma così facendo omette di analizzare il "funzionamento" del ricorso incidentale, valorizzando il solo dato estrinseco del precedente passaggio in giudicato della decisione sull'ammissione od esclusione dell'operatore economico ricorrente.

Né pare convincente la prospettata differenziazione dall'ipotesi in cui la legittimità dell'esclusione sia stata definitivamente accertata in un giudizio diverso da quello riguardante l'impugnazione dell'aggiudicazione.

31. Verso una possibile nuova (parziale) codificazione della giustizia amministrativa europea? Il ruolo della CGUE

Ora, è difficile stabilire a priori quale sia la soluzione preferibile sul piano astratto del problema riguardante la tutela dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara: ma l'esperienza di questi anni evidenzia che essa non può derivare da successivi aggiustamenti di tiro della CGUE, pungolata da ripetute sollecitazioni delle Corti nazionali, riferite a casi particolari.

Occorre, invece, affrontare il tema generale dell'aggiornamento della direttiva ricorsi, che tenga conto delle criticità emerse nei diversi ordinamenti, a cominciare proprio da quello italiano. Se occorre, se può contribuire al risultato fondamentale della "sicurezza giuridica", potrebbe essere anche valutata l'opportunità di introdurre una disciplina europea di carattere analitico, dettagliata e chiara.

Anche sul versante nazionale si potrebbe valutare se, a valle di un auspicabile intervento del legislatore europeo, non possano introdursi nel codice alcuni modesti sul piano quantitativo, ma necessari, correttivi volti a sciogliere determinati dubbi applicativi della disciplina riferita al ricorso incidentale.

Resta ferma, ovviamente, la massima fiducia nei confronti della Corte del Lussemburgo e nella sua capacità di dialogare positivamente con i giudici nazionali, al fine di definire in modo equilibrato le questioni poste al suo esame. Ma, nel suo complesso, la giustizia amministrativa aspira ad un livello di sicurezza giuridica ancora più stabile ed ampio, radicato su regole scritte, ponderate sulle determinazioni assunte dalle Istituzioni titolari del potere normativo.