

Sul punto giova fin da ora chiarire che due ricorsi sono in rapporto di simmetria soltanto ove incentrati su motivi identici, ad esempio se la ragione di esclusione dedotta è la stessa, per contro sono asimmetrici se vi è solo comunanza di effetti, vale a dire l'altrui esclusione; il tema verrà approfondito a breve.

*5.4. Terza fase: Cons. St., Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7 e Cons. St., Ad. Plen. n. 9 del 2014*

**“Ove entrambe le offerte siano inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l’aggiudicazione sarà confermata”.**

Contrariamente a quello che potrebbe pensarsi anche all’indomani della sentenza Fastweb della Corte di Giustizia, non si è registrato un radicale cambiamento dell’orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato in tema di rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale. La via maestra, infatti, restava segnata dai principi espressi dalla pronuncia n. 4/2011 dell’Adunanza Plenaria.

Questo è quanto si desume dall’esame di due note pronunce dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato su cui occorrerà soffermarsi al fine di svolgere alcuni rilievi critici.

Attraverso la sentenza n. 7/2014, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che, nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente con cui si sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario – in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione – dovesse essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale; tale evenienza non si verifica allorquando il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall’amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

Il principio veniva poi sviluppato e affinato dalla successiva pronuncia **dell’Adunanza Plenaria n. 9 del 2014**, in modo da chiarire l’effettiva portata della sentenza Fastweb.

In particolare, la disciplina attribuita dalla Corte di Giustizia all’esame dei ricorsi escludenti nell’ambito della gara a due veniva interpretata come un’eccezione all’interno del quadro unitario laboriosamente ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria). Si affermava infatti che ove

“entrambe le offerte siano inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, sarebbe contrario all’uguaglianza concorrenziale escludere solo l’offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e per contro confermare l’offerta dell’aggiudicatario ricorrente incidentale, recante il medesimo vizio. In questo caso non si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: se il vizio sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l’aggiudicazione sarà confermata”.

La pronuncia precisava inoltre che la sentenza Fastweb non aveva in alcun modo introdotto una giurisdizione di tipo oggettivo (cioè basata sul vizio dedotto e non sull’interesse a dedurlo) ma mirava semplicemente alla massima realizzazione del principio di “parità delle armi”. E quindi, soltanto facendo riferimento a tale principio si riteneva possibile cogliere il significato di tale arresto giurisprudenziale; nel caso in cui il ricorrente incidentale avesse lamentato il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, sarebbe venuta meno l’asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell’aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall’aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno. In altri termini la simmetria dei ricorsi poneva le parti in una posizione di parità che altrimenti non si sarebbe avuta ove i vizi dedotti fossero stati diversi.

Si comprende in quest’ottica l’importanza assunta dalla categoria, se può dirsi tale, dei “motivi identici”, occorrendo in primo luogo stabilire se possano dirsi tali i motivi identici in senso stretto (che rappresentano una riproposizione quasi speculare dello stesso motivo del ricorrente principale), ovvero quelli recanti mera identità finalistica da intendersi quale interesse all’esclusione.

La sentenza coglieva l’occasione per chiarire anche questo profilo, precisando che l’identità del motivo è ricavabile non tanto dall’identità del vizio lamentato, quanto piuttosto dalla fase della gara in cui il vizio è maturato: **se i profili di illegittimità dedotti in giudizio attengono allo stesso stadio procedurale il giudice non può esimersi dall’esame di entrambi i ricorsi in via contestuale.**

La pronuncia da ultimo richiamata si preoccupava altresì di individuare quali **fasi della gara** determinassero tale importante effetto a livello processuale, riducendosi queste, per vero, a soli tre momenti e cioè la **fase di controllo di tempestività di presentazione delle offerte e di verifica di sigillatura dei plichi nonché di apertura degli stessi, la fase di valutazione dei requisiti soggettivi e infine quella di esame del contenuto delle offerte.**

Ne derivava che i ricorsi recanti motivo escludente identico – si pensi all'ipotesi in cui venisse dedotta in entrambi l'intempestività della domanda o la non integrità del plico, ovvero la mancanza della qualificazione per la richiesta categoria di lavori dell'impresa ricorrente principale che si confronti con la mancanza di un requisito di affidabilità morale dell'impresa aggiudicataria ricorrente – dovevano essere entrambi esaminati. Al contrario, ove i vizi lamentati fossero pertinenti a fasi diverse, e dunque non ricorresse la condizione di identità del motivo escludente, la regola applicabile tornava ad essere quella generale che recava priorità al ricorso pregiudiziale. In particolare era considerato pregiudiziale il ricorso che deduceva vizi maturati nella fase più risalente: dunque, per esemplificare, era preclusivo il motivo che deduceva un profilo di illegittimità occorso in fase di verifica dei plichi rispetto ad altro che lamentava la carenza di requisiti oggettivi dell'offerta. Quivi la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela rendeva infatti irrilevante l'esame degli ulteriori profili adottati dalle parti e relativi a presunti vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare) tali da travolgere l'intera gara. In questi casi si osservava che il ricorrente principale era privo della possibilità giuridica di risultare aggiudicatario della specifica gara, ciò finanche in caso di rinnovo pedissequo della medesima, in quanto il medesimo impedimento non sarebbe venuto meno, riproponendosi immutato. Lo stesso poteva al più auspicare che l'Amministrazione indicasse una nuova gara, mutandone i termini e le condizioni, sì da consentirgli di partecipare. Di norma però la stazione appaltante non ha un obbligo di questo tipo, neppure in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura; ne derivava che una simile pretesa assumeva la consistenza di "una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire".

Il Consiglio di Stato dunque enunciava i seguenti principi di diritto che si riportano fedelmente.

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

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

*"In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela*

*della Stazione appaltante il cui esercizio richiederà un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara".*

Ne deriva che:

- "a) il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione;*
- b) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile;*
- c) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale;*
- d) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale – estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale – ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione.  
(omissis)*
- g) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso*

*ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile;*

- h) *nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non v'è esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale;*
- i) *nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale – estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale – ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione”.*

**Una simile impostazione, pur nel meritevole intento di garantire la parità di trattamento dei ricorrenti, conseguiva tale risultato solo nell'ipotesi di ricorsi simmetrici e solamente in caso di gara a due,** dstando così non poche perplessità. Si osservava, infatti, che una simile prospettiva impediva al giudice, a fronte dell'accoglimento di un motivo che deduceva profili di illegittimità di scarso rilievo ma collocati in fase anteriore, l'esame di vizi ben più radicali, ma relativi ad una fase successiva.

L'interpretazione data dall'Adunanza Plenaria, sebbene conforme al principio processual-civilistico in forza del quale le questioni di rito debbono necessariamente precedere l'esame del merito, sembrava inoltre non cogliere la spinta eurounitaria verso la tutela della *par condicio* dei ricorrenti. Ciò era reso evidente dal fatto che il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia fosse stato applicato alle sole fattispecie di gara a due, limitando la portata generalizzante dello stesso al singolo caso concreto rimesso all'attenzione della Corte sovranazionale. Non a caso fin dalle prime applicazioni si pose il problema della giustificabilità di un trattamento differenziato in ipotesi di gara a tre o più partecipanti.

#### 5.5. Quarta fase: Corte di Giust., 5 aprile 2016, C-689/13

***“I principi dichiarati dalla Corte di giustizia con la sentenza Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) sono applicabili anche nel caso in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara siano maggiori di due”.***

Una successiva rimessione alla Corte di Giustizia ha da ultimo permesso di far luce sulla questione; in particolare il giudice del rinvio domandava se l'interpretazione fornita dalla Corte nella sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) valesse anche nella fattispecie in cui le imprese partecipanti fossero più di due, anche se soltanto due fra loro avessero proposto ricorso.

Il quesito sottoposto dal Consiglio di Giustizia Amministrativa era così formulato:

*“Se i principi dichiarati dalla [Corte di giustizia] con la sentenza [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese”.*

In risposta la Grande Sezione ha chiarito che l'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 debba avvenire alla luce del principio di parità delle parti e pertanto, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate dall'amministrazione possano essere considerati efficaci, essi debbono essere accessibili 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. Ne deriva che **il principio formulato dalla Corte nella sentenza *Fastweb* è applicabile anche in un contesto in cui i concorrenti siano superiori a due.** Ciascuna delle parti della controversia ha infatti un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti e non è escluso che una delle irregolarità, che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella del ricorrente incidentale, 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.

La Corte pertanto chiarisce che il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, 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*.

In altri termini, quand'anche la gara non sia a due ovvero le censure non siano simmetriche il giudice è tenuto ad esaminarle tutte. L'impostazione

dunque si discosta dalle regole processuali finora ossequiosamente osservate, a nulla rilevando la distinzione tra questioni di rito e merito.

A prescindere dalla consistenza dell'interesse vantato, ben potendo questo assurgere a interesse meramente strumentale, ciascun motivo deve ricevere pari attenzione da parte del collegio.

Il principio espresso dalla Corte è il seguente:

*“L’articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l’esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l’esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente” (Corte di Giust., 5 aprile 2016, C-689/13).*

La pronuncia ha suscitato alcuni rilievi critici che hanno messo in luce un profilo problematico difficilmente superabile. Se il giudice ha infatti l’obbligo di esaminare il ricorso principale anche in caso di fondatezza dell’incidentale o anche in presenza di gara non a due ben può accadere, allora, che l’incidentale si atteggi quale istituto a favore del terzo concorrente. Ove infatti ciascuno dei ricorrenti lamenti vizi reciprocamente escludenti, senza tuttavia prendere in considerazione la posizione del terzo, non è da escludersi che quest’ultimo sia l’unico a beneficiare della sentenza di accoglimento del giudice che abbia, appunto, disposto l’esclusione di entrambe le parti ricorrenti. Quindi, nell’ipotesi in cui la P.A. decida di non ripetere la gara potrebbe aver luogo l’esito paradossale per cui neppure in via strumentale l’interesse delle parti risulterebbe soddisfatto, prediligendosi di fatto il terzo rimasto inerte.

#### *5.6. Quinta fase: il nuovo art. 120 c.p.a. come modificato dall’art. 204 del nuovo codice dei contratti pubblici*

Come sopra accennato la problematica concernente l’ordine di esame dei ricorsi escludenti parrebbe in via di superamento grazie alla riforma dell’art. 120 del Codice del processo amministrativo attuata dall’art. 204, comma 1, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Si riporta il testo dei commi 2 bis e 6 bis, introdotti dalla riforma:

*2-bis. 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 va impugnato nel*

*termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.*

*6-bis. Nel casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione.*

In forza della novella appena citata le stazioni appaltanti assumo il compito di emanare, ai fini dell'ammissione dei concorrenti alle procedure di gara, un provvedimento espresso e dunque suscettibile di impugnazione entro un termine di decadenza di trenta giorni; tale provvedimento viene adottato all'esito della valutazione sul possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali e vale ad individuare i soggetti esclusi dalla procedura ovvero quelli ammessi.

A fronte della creazione di un provvedimento di ammissione passibile di impugnazione si prevede, inoltre, la creazione di un rito processuale *ad hoc*, all'interno del quale è possibile contestare i vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o di ammissione alla stessa.

In altri termini **la norma ha introdotto un rito accelerato immediato, volto a definire il panorama dei ricorrenti, introducendo a carico dei partecipanti alla gara l'onere di immediata impugnazione del provvedimento tanto di esclusione quanto di altrui ammissione.** Trattasi di un



rito propedeutico che chiarisce in via anticipata chi è legittimato a partecipare alla gara.

Se in tema di impugnazione del provvedimento di esclusione detta norma in nulla sembra innovativa, al contrario, quanto alla possibilità di ricorrere avverso il provvedimento di ammissione, appare del tutto rivoluzionaria. Mentre nel primo caso, infatti, l'attualità della lesione subita dal ricorrente giustifica, secondo giurisprudenza costante l'onere di impugnare, nel secondo l'interesse a ricorrere parrebbe difettare. L'ammissione di altri concorrenti non produce infatti una lesione definitiva, riducendo al più le possibilità di conseguimento dell'aggiudicazione, dunque le *chances*.

Al di là di tali considerazioni è evidente che il legislatore in questo modo miri a risolvere il problema della proliferazione del contenzioso sulle cause di esclusione attraverso un sistema di anticipazione della tutela giurisdizionale, nel quale sia preclusa la possibilità di censurare i medesimi vizi nel contenzioso avverso l'aggiudicazione.

Si osservi che **oggetto di immediata impugnazione è il provvedimento definitivo**, di esclusione o di ammissione alla procedura, emesso dalla stazione appaltante. Ciò significa che le mere proposte della Commissione non sono suscettibili di impugnazione. Lo schema delegato imponeva, invero, di impugnare in via immediata anche il provvedimento di nomina della commissione di gara. Il Consiglio di Stato, tuttavia, nel parere n. 855/ 2016 aveva espresso sul punto delle perplessità, ritenendo detta previsione poco coerente con la legge delega sì da indurre il legislatore delegato all'espunzione. Si riporta un passaggio significativo del menzionato parere.

*“Vista la natura eccezionale del rito, derogatorio rispetto ai termini e alle regole generali, si impone un’attuazione non estensiva della delega. Si propone quindi di eliminare il riferimento alla “composizione della commissione” nell’enumerazione delle materie interessate dal processo speciale in esame. L’espunzione è anche coerente con la ratio del nuovo rito, volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione”.*

**Il termine di impugnazione, come detto di trenta giorni, decorre dal momento della pubblicazione** e non dalla comunicazione ai singoli partecipanti: la previsione sembra in netta controtendenza con l'onere di informazione personale gravante sulla P.A., quest'ultimo desumibile dai principi generali e dall'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, a norma del quale le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara.

Quanto detto induce a ritenere che ciascun concorrente, seppure non escluso o addirittura già risultante aggiudicatario, non può attendere lo spirare del termine o l'eventuale instaurazione di un contenzioso per l'annullamento dell'aggiudicazione perché così facendo perde una volta per tutte la possibilità di spiegare le censure di maggiore rilievo (cioè quelle relative alla carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali). Ne deriva, come conseguenza paradossale, che è preferibile, in via cautelativa, contestare immediatamente l'altrui ammissione a prescindere dall'effettiva utilità ritraibile dall'impugnazione, piuttosto che correre il rischio di subire, in un momento successivo, il consolidarsi di una graduatoria illegittima ovvero di essere privati della possibilità di difendersi con ricorso incidentale escludente dalle censure degli altri concorrenti. Il rischio è dunque che tale riforma, lungi dal conseguire l'obiettivo della deflazione processuale, produca l'effetto opposto.

Non a caso, la più attenta dottrina ha evidenziato che, ove privo di una adeguata giustificazione procedimentale e sostanziale, il sistema delle preclusioni individuato dal novellato art. 120 c.p.a. potrebbe rivelarsi di ostacolo all'esercizio di una piena tutela giurisdizionale, sì da destare dubbi sul piano della legittimità costituzionale e della compatibilità con i principi dei Trattati U.E. (Filippo Satta, Anna Romano, *“La disciplina dell'esclusione e dell'ammissione degli operatori tra diritto sostanziale e processuale”* in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it)).

Meritano dunque un ripensamento le preclusioni riguardanti il ricorso incidentale, strumento quest'ultimo indispensabile per garantire l'effettiva tutela giurisdizionale e l'esercizio del diritto di difesa del destinatario del ricorso principale. L'orientamento in parola osserva altresì che l'attuale formulazione dell'art. 120 c.p.a., non tiene conto del fatto che l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale scaturisce unicamente, forse anche naturalmente, dalla proposizione del ricorso principale. Un sistema che invece pretende di configurare in via anticipata l'interesse a ricorrere agganganciandolo al provvedimento di ammissione finisce per penalizzare, in maniera ingiustificata, l'aggiudicatario: dove la c.d. “tutela preventiva” data dall'impugnazione dell'ammissione degli altri concorrenti favorisce un andamento più spedito della procedura, allo stesso tempo priva l'operatore economico della possibilità di utilizzare un efficace strumento per difendere la posizione acquisita all'esito della gara.

### *5.7. Sesta fase: l'Adunanza Plenaria n. 6/2018 torna ad interrogare la Corte di Giustizia*

L'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato inizia dalla ricognizione della normativa nazionale processuale applicabile nella materia dei

contratti pubblici. Il massimo consesso di giustizia amministrativa, in particolare, difende la compatibilità europea del rito superaccelerato di cui al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., rammentando, da un lato, come il rimedio in questione valorizzi l'interesse strumentale al corretto svolgimento della procedura di gara e alla sua eventuale rinnovazione, a più riprese indicato come fondamentale dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Dall'altro, evidenziando come proprio il rito in questione abbia tolto occasioni alla contrapposizione tra ricorso principale e ricorso incidentale. Ciò nonostante 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 queste, rientra certamente la tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale c.d. "escludente".

La Plenaria pone in luce come all'indomani della citata sentenza "Puligienica" la Corte di Giustizia sia tornata nuovamente sul tema con due recenti pronunce:

- a) nell'ultima in ordine cronologico, resa dalla Sezione VIII, il 10 maggio 2017 nella causa C-131/16 (Archus) è stato affermato che la direttiva 92/13 deve essere interpretata nel senso che, nel caso in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico abbia dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due determinazioni che contemporaneamente rigettano l'offerta di uno degli offerenti ed aggiudicano l'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso le due determinazioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario, in modo che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della Direttiva 92/13 possa ricomprendere l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico: secondo la giurisprudenza nazionale (si veda Cassazione civile, sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, considerando 3.3.2) in tal modo sarebbe stato "reso ancora più esplicito l'enunciato della sentenza Fastweb relativo alla possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare, spiegando che: "Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro, nell'ipotesi di esclusione di tutti 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" (punto 52). Con il che è definitivamente chiarito che basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione.";

b) nella sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C 355/15 punti da 13 a 16, 31 e 36) la Corte ha, invece, affermato che “ad un offerente la cui offerta era stata esclusa dall’amministrazione aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico poteva essere negato l’accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico in quanto la decisione di esclusione di tale offerente era stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell’appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico in questione”.

La giurisprudenza nazionale non è, però, concorde in ordine alle conseguenze da trarre dalle statuizioni della Corte di Giustizia dell’Unione europea della sentenza “*Puligenica*” e delle due più recenti sentenze.

Tanto premesso, la Plenaria indica quali sono i punti fermi sui quali si è raggiunto un solido equilibrio, precisando che:

a) nessuno dubita che, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi propongano ricorsi reciprocamente escludenti, si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione dai medesimi proposti, quali che siano i motivi di censura ivi contenuti;

b) parimenti, nessuna perplessità sussiste circa l’esattezza dell’affermazione secondo cui ad analoghe conclusioni deve pervenirsi (anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara), ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura in quanto:

I) si censuri la regolarità della posizione – non soltanto dell’aggiudicatario e di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, collocati in posizione migliore della propria ma, anche – dei rimanenti concorrenti collocati in posizione deteriore;

II) ovvero perché siano proposte censure avverso la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l’intera selezione evidenziale;

c) in tali casi, si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l’obbligatorietà dell’esame del ricorso principale, in quanto dall’accoglimento di quest’ultimo discenderebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura.

Punti di incertezza riguardano, invece, il caso in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:

a) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara di guisa che, anche laddove entrambi i ricorsi

- (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero purtuttavia alcune offerte non “attinte” dai vizi riscontrati;
- b) al contempo, 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.

Infatti, in giurisprudenza si registrano due filoni interpretativi contrapposti nelle conclusioni, sebbene partano dall'analoga considerazione secondo la quale dall'accoglimento del ricorso incidentale “escludente” discende l'insussistenza dell'interesse diretto e immediato del ricorrente principale riguardo all'aggiudicazione perché, essendo stato accertato che lo stesso è stato indebitamente ammesso alla gara, questi certamente non può ottenere l'aggiudicazione.

Una prima opzione esegetica ritiene che le indicazioni contenute nella sentenza “Puligienica” imporrebbero anche in simili evenienze la disamina del ricorso principale, pur dopo l'avvenuto accoglimento del ricorso incidentale escludente, non dovendosi tenere conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste estranee al giudizio) né dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale. In definitiva, non dovrebbe guardarsi all'immediata possibilità del ricorrente principale di ottenere l'aggiudicazione, quanto all'eventualità che la stazione appaltante possa 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 vi resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare e si addivenga alla ripetizione della procedura.

Un secondo indirizzo, invece, sostiene che l'esame del ricorso principale debba essere operato solo nel caso in cui si accerti che anche le altre offerte presentate dai candidati estranei al giudizio risultino affette dal medesimo vizio che aveva giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente parte della controversia.

Entrambi gli orientamenti non sono andati esenti da critiche. Infatti, la prima tesi:

- a) non terrebbe conto delle “aperture” (contenute nella sentenza CGUE, Sez. 21 dicembre 2016 in causa C-355/15 – *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GsmBH*) relative alla possibilità che l'offerente escluso dalla gara con una pronuncia regiodicata non possa più contestare l'esito della gara;
- b) non terrebbe in considerazione la circostanza che l'autotutela della stazione appaltante sulle altre offerte rimaste in gara, in simili evenienze, non costituirebbe altro che una mera eventualità ipotetica, rimessa a determinazioni rientranti nella lata discrezionalità della stazione appaltante e che l'interesse (seppure ipotetico) in tal senso prospettato non potrebbe poi essere giustiziabile: in quanto “soggetto definitivamente

escluso” con una pronuncia regiudicata sembra certo che il ricorrente principale non potrebbe impugnare le successive determinazioni della stazione appaltante che, scorrendo la graduatoria, implicitamente non abbia dato corso all’annullamento e ripetizione dell’intera gara;

- c) darebbe ingresso ad una nozione di interesse scevra dai predicati di “certezza ed attualità”(e pertanto distonica rispetto ai principi generali del processo amministrativo costantemente affermati dalla giurisprudenza: tra le tante, si veda Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855, Cassazione civile, sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031);
- d) ciò, in un sistema giuridico che continua a considerare l’autotutela dell’amministrazione, anche per ragioni di garanzia dell’affidamento, meramente facoltativa e peraltro soggetta ai limiti temporali stringenti di cui all’art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n.241 e che ritiene tali principi praticabili anche laddove l’atto amministrativo puntuale si ritenga illegittimo per contrasto con il diritto comunitario, dovendosi escludere (tranne in casi eccezionali, puntualmente individuati dalla sentenze Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, n. 453/00 Kuhne & Heitz, punto 27 e Corte 12 febbraio 2008, C-2/06, Kempster, par. 38) che, a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario, l’amministrazione abbia un obbligo di annullamento d’ufficio o un mero obbligo di riesame, ovvero che il Giudice possa procedere alla disapplicazione del medesimo (tra le tante, si vedano Consiglio di Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579 Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538).

Quanto alla seconda opzione prospettata, è stato posto in luce che:

- a) essa sembrerebbe contrastare con le affermazioni (in tesi incondizionate ed indifferenti al numero delle imprese partecipanti alla procedura ed alla tipologia ed identità dei vizi dedotti) contenute nella sentenza 5 aprile 2016 in causa C-689/13-Puligienica;
- b) per altro verso, non terrebbe conto della circostanza che, anche laddove esaminando il ricorso principale e quello incidentale si accertasse che tutte le restanti offerte rimaste in gara (e riferibili ad imprese non evocate in giudizio) presentavano vizi comuni a quelli riscontrati sussistenti, ugualmente resterebbe facoltativo, per l’Amministrazione, agire in autotutela non scorrendo la graduatoria e disponendo la ripetizione della gara, né – stante il principio contenuto nell’art. 112 c.p.c. ed il disposto dell’art. 34 comma II del c.p.a. – il Giudice potrebbe dettare motu proprio una indicazione conformativa in tal senso.

In relazione al versante processuale è stato fatto notare come l’eventualità che il vizio riguardi anche offerte di imprese non evocate in giudizio, da un lato, imporrebbe al ricorrente principale l’onere di provare una simile eventualità. Dall’altro, si debba affidare al Giudice il vaglio sulla concretezz-

za dell'interesse alla riedizione della procedura azionata con il ricorso principale, ricorrendo agli istituti processuali del codice del processo amministrativo per consentire in tali evenienze il dispiegarsi del contraddittorio con le offerenti rimaste in gara e non evocate (armonicamente al principio di cui all'art. 2909 c.c. sui limiti soggettivi del giudicato, che si forma soltanto tra le parti processuali) e, insieme, per rendere effettiva e non ipotetica (in quanto rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante) l'evenienza della ripetizione della gara ove le censure contenute nel ricorso principale fossero reputate fondate e, soprattutto, fossero comuni alle offerenti rimaste in gara e potenziali beneficiarie dello scorrimento della graduatoria.

Tanto premesso la Plenaria formula il seguente quesito, nel rimettere alla Corte di Giustizia, la questione: se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che 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).

**6. L'impugnazione incidentale è condizionata all'esito della principale? (Ad. Plen., 16 dicembre 2011, n. 24; Ad. Plen., 18 maggio 2018, n. 8)**

Si rendono opportune alcune considerazioni di ordine generale sull'appello incidentale.

L'appello incidentale è lo strumento attraverso il quale viene censurata una sentenza nell'ambito di un giudizio di appello da altri già instaurato e per ragioni tendenzialmente diverse da quelle fatte valere dall'appellante principale. La definizione appena data è volutamente generica, ciò è do-