

2

Principio della domanda

Sommario: 1. Fonti. - 2. Definizione. - 3. Portata e contenuto. - 4. Applicazioni pratiche. - 4.1 Inammissibilità della conversione della domanda di annullamento in condanna al risarcimento del danno. - 4.2. Ordine di graduazione dei motivi ed eccezionalità della tecnica dell'assorbimento. - 4.3. Ricorso incidentale. - 5. Sentenze. - 6. Connessioni. - 6.1. Principio di atipicità delle azioni e dell'effettività della tutela.

1. Fonti

Art. 99, 100, art. 112 c.p.c.; art. 34, 39, comma 1, 120 c.p.a..

2. Definizione

Il brocardo latino "*Ne procedat iudex ex officio*" esprime il principio della domanda in forza al quale il processo può essere avviato solo su richiesta di una parte, sicchè le ipotesi in cui il giudice può procedere d'ufficio sono eccezionali.

3. Portata e contenuto

Il principio della domanda, quale corollario del più generale principio dispositivo, è previsto dall'art. 99 c.p.c. che prevede che: "*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*".

Il processo amministrativo, nonostante verta su un'attività espressione del potere pubblico, non è una giurisdizione di tipo oggettivo e, in quanto tale, è soggetto anche esso al c.d. **principio della domanda**, quale specificazione del più generale principio dispositivo: infatti, una volta che si è passati da un giudizio sull'atto a un giudizio sul rapporto, il giudice amministrativo non può esercitare le sue funzioni giurisdizionali d'ufficio, ma detto esercizio presuppone necessariamente l'iniziativa della parte.

Il principio della domanda tuttavia deve essere letto in combinato disposto con il principio della necessaria **corrispondenza tra chiesto e pro-**

nunciato previsto dall'art. 112 c.p.c. il giudice deve pronunciarsi su tutta la domanda, ma non oltre i limiti della domanda, né su eccezioni che siano demandate dalla legge alle parti (CHIOVENDA).

La natura soggettiva del giudizio determina che il giudice non può officiosamente pretermettere l'esame della domanda, convertendola in altra domanda sulla base di un giudizio discrezionale di valore che necessiterebbe di una previsione legislativa, come ad esempio è previsto in tema di appalti ex artt. 120 ss. c.p.a.; né può sostituire l'ordine dell'esame dei motivi deciso dal ricorrente.

Al fine di individuare i limiti entro i quali il giudice è tenuto a esercitare i propri poteri, occorre preliminarmente comprendere quale sia **l'oggetto della domanda**. A tal proposito **si tenga conto che quest'ultima consta di due elementi costitutivi: il *petitum* e la *causa petendi***. Tradizionalmente valorizzando entrambi i profili si riteneva che la domanda fosse identificabile non solo dal provvedimento impugnato, ma anche dai motivi di illegittimità addotti da ricorrente, sicché il giudice amministrativo non poteva sindacare la legittimità di provvedimenti amministrativi diversi da quello impugnato, né annullare il provvedimento impugnato per vizi diversi da quelli enunciati e fatti valere come motivi della richiesta di annullamento. I vizi fatti valere nel ricorso erano quindi elementi dell'oggetto della domanda, sicché ogni qualvolta la *causa petendi* sottesa alle singole censure fosse stata diversa, doveva concludersi nel senso della pluralità di domande, ancorché basate sulla stessa azione.

Al fine di temperare la rigidità di questo sistema, tuttavia, soccorreva l'istituto dei c.d. **motivi aggiunti** che consente al ricorrente che venga a conoscenza di un vizio del provvedimento solo in un secondo tempo, di introdurre nel giudizio altri motivi di illegittimità o impugni un atto connesso al primo, anche dopo che sia decorso il termine per proporre ricorso.

L'Adunanza Plenaria 5 luglio 2015, n. 5, invece, ribaltando il precedente orientamento, ha affermato che *"nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale, motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti autonomamente lesivi"*. In altri termini, ciò che rileva ai fini di ritenere sussistenti una pluralità di domande, quindi, è esclusivamente il **numero di provvedimenti impugnati**, senza che possa assumere rilievo il concreto atteggiarsi delle doglianze connesse all'atto stesso e proposte nell'atto introduttivo.

Preme precisare che quanto detto, come vedremo nelle applicazioni pratiche § 4.1., non è estendibile alle ipotesi nelle quali il Giudice sia chiamato a pronunciarsi su domande strutturalmente diverse, quali un'azione di annullamento e un'azione di condanna al risarcimento dei danni, dal momento che in questo caso le forme di tutela richieste rispondono a interessi diversi di cui il ricorrente è titolare.

2. Principio della domanda

In questi termini, il Consiglio di Stato opera una “**soggettivizzazione**” **nella valutazione circa il numero di azioni proposte** e ridetermina i contorni del principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, con evidenti ripercussioni in punto di ampiezza della domanda e di poteri del Giudice.

Si tende quindi a confermare ulteriormente la **primazia del principio di effettività** e di ciò che esso comporta in termini di una diversa lettura dello stesso principio dispositivo.

Chiarito che il processo amministrativo è sottoposto al principio della domanda, occorre a questo punto individuare gli elementi identificativi della stessa che consentono al giudice di pronunciarsi. Le condizioni dell'azione, che devono esistere al momento della domanda e persistere fino al momento della pronuncia, sono la legittimazione ad agire e l'interesse a ricorrere.

Quanto alla **legittimazione**, essa consiste nella coincidenza tra chi propone il ricorso e **chi versa rispetto al bene della vita in una posizione differenziata e qualificata rispetto alla collettività**. Si tenga conto che, al contrario di quanto accade nel processo civile, davanti al giudice amministrativo non basta che il ricorrente si affermi titolare della posizione che intende tutelare in giudizio, ma è necessaria l'effettiva dimostrazione di detta titolarità.

A titolo esemplificativo, in tema di appalti, come di concorsi, questa posizione deriva dalla presentazione della domanda di partecipazione, sorretta dai necessari requisiti cronologici, soggettivi, e oggettivi (la domanda non è un *quid facti*, ma un *quid iuris*).

Quanto alla seconda condizione, l'**interesse a ricorrere** ex art. 100 c.p.c., esso consiste nel **vantaggio concreto, materiale e talora anche morale, che il ricorrente trae dall'accoglimento del ricorso**. Il sopravvenire di eventi che rendano non realizzabile questo vantaggio produce la sentenza di improcedibilità di cui all'art. 35, comma 1, lett. c, c.p.a. **L'interesse può anche essere strumentale**, ossia collegato alla *chance* di ottenere il bene della vita in sede di riesercizio del potere. Tuttavia, il Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria 28 gennaio 2012, n. 1) in tema di *project financing*, ha chiarito che l'interesse ad agire è collegato non a un interesse generale, ma necessariamente allo specifico bene della vita, quale proiezione processuale dell'interesse legittimo che altro non è se non interesse diretto e sostanziale, avente come oggetto il bene della vita da conseguire (interesse pretensivo) o difendere (interesse oppositivo).

Infine, le caratteristiche dell'interesse si ripercuotono anche sulla modulazione della sentenza di annullamento, dal momento che gli effetti della stessa devono essere tali da garantire il soddisfacimento dell'interesse del ricorrente. Si esclude, pertanto, che l'annullamento debba essere necessariamente totale con effetti *ex tunc*, ma possa anche configurarsi come

annullamento parziale o con effetti *ex nunc*. È stata così coniata la figura del c.d. **annullamento elastico**.

4. Applicazioni pratiche

4.1. Inammissibilità della conversione della domanda di annullamento in condanna al risarcimento del danno

Per potere verificare il rispetto della corrispondenza della pronuncia giudiziale alla domanda, ex art. 112 c.p.c., è fondamentale prioritariamente l'individuazione esatta del *petitum*, che in fondo è la declinazione, da parte del privato, della protezione del suo bene della vita.

L'Adunanza plenaria con sentenza **13 aprile 2015, n. 4** nel dare risposta negativa alla domanda relativa all'ammissibilità di una pronuncia di condanna al risarcimento del danno a fronte di una domanda di annullamento, ha affermato che il **giudice può non già "modulare" la forma di tutela sostituendola a quella richiesta**, ma, come sopra evidenziato, al massimo regolare la portata dell'annullamento. In particolare, la lettura del punto 4 della succitata Plenaria individua lo spazio di manovra del giudice all'interno del *petitum* annullatorio, consentendo la calibrazione degli effetti, se funzionale all'interesse del ricorrente. In questi limiti, va descritta la presenza della funzione di "accertamento", che è propedeutica all'annullamento, ma non può condurre alla fuoriuscita da tale pretesa, conducendo a una diversa pronuncia di risarcimento.

Il giudice potrà adottare una pronuncia di accertamento nei limiti in cui ciò sia giustificato da una carenza di interesse del ricorrente all'annullamento, mentre è preclusa la possibilità che sia il giudice d'ufficio a decidere quale forma di tutela sia la più adatta per il ricorrente sulla base di una valutazione complessiva degli interessi, quali quelli dei controinteressati o dell'interesse pubblico

Pertanto, atteso che **non possono considerarsi "fungibili" il *petitum* annullatorio e quello risarcitorio**, il Collegio ha affermato che il principio della domanda osta a che il giudice muti l'oggetto della domanda pena il vizio di omessa pronuncia e di ultrapetizione. Né a tal fine potrebbero essere utilmente invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, stante quanto stabilito dagli art. 99 e 112 c.p.c. in forza del quale "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa", applicabili ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. anche al processo amministrativo.

In conclusione, in virtù del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può *ex officio* limitarsi a condannare l'amministrazione al risar-

2. Principio della domanda

cimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anzichè procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorchè la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita.

4.2. Ordine di graduazione dei motivi ed eccezionalità della tecnica dell'assorbimento

Il privato non solo può scegliere il tipo di tutela (annullamento o risarcimento) **ma può anche graduare le modalità della tutela**, attraverso la **fissazione dell'ordine di esame dei motivi**. Sul punto è di recente intervenuta il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria sentenza 27 aprile 2015, n. 5 che valorizzando, da un lato il **principio dispositivo** e dall'altro quello di **effettività della tutela**, considera vincolante l'ordine di esame dei motivi fissato in modo esplicito dal ricorrente, sulla base del presupposto per cui sussiste una sostanziale coincidenza tra ordine di prospettazione e massima utilità ritraibile dal ricorrente. Secondo questa nuova ricostruzione il giudice deve esercitare i propri poteri non in vista del rispetto di un superiore principio di ordine logico giuridico, improntato sulla legalità oggettiva, quanto piuttosto dell'interesse del ricorrente e l'effettività della tutela quale parametri sui quale articolare un giudizio che si fonda sul rapporto. Quanto detto trova, tuttavia, un'eccezione nel difetto di competenza: infatti, l'art. 34 c.p.a. sancendo che *"in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*, determina la sottrazione del vizio di incompetenza all'operatività della graduazione, esplicita o implicita, dei motivi di ricorso.

Orbene, quanto detto presuppone una graduazione, tuttavia la Plenaria si è occupata anche del caso in cui questo ordine non sussiste: in queste ipotesi attribuisce **al giudice il compito di valutare d'ufficio l'ordine logico-giuridico in caso di mancata indicazione di parte**. In altri termini, l'assenza di una graduazione dei motivi da parte del ricorrente comporta una riespansione dell'obbligo del giudice di pronunciare sulle domande proposte, il quale dovrà optare, non già per il criterio del soddisfacimento del massimo interesse, bensì per la prevalenza di un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell'azione amministrativa. Viene dunque confermato il principio secondo cui, in assenza di graduazione, *"rientra nel potere del Giudice amministrativo, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto tra le stesse esistente sul piano logico-giuridico"*.

Logica conseguenza di quanto premesso è la **perimetrazione delle ipotesi di assorbimento dei motivi** che, in quanto tale, rappresenta un limite al principio di effettività della tutela e soddisfazione dell'interesse del ricorrente. Proprio per questa ragione all'Adunanza Plenaria ha affermato che "il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, unitamente alle esigenze di miglior cura dell'interesse pubblico e della legalità, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi sia, in linea di principio, da considerarsi vietato".

Tradizionalmente, la dottrina ha sempre ritenuto legittima la tecnica dell'assorbimento, in quanto determinando una sostanziale omissione dell'esame di determinate censure, estesa anche alle ipotesi di vizi di illegittimità di natura meramente formale, si poneva in accordo con il principio di economia processuale (COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*). Tuttavia, come sopra evidenziato, la tendenza più attuale è nel senso di ritenere prevalente il principio dell'effettività della tutela, rispetto a ogni altro principio connaturato nell'ordinamento processuale amministrativo, il che impone necessariamente di ritenere tendenzialmente vietata la tecnica dell'assorbimento, salvo alcuni casi eccezionali. A tal proposito, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di individuare i casi in cui è possibile derogare al divieto nelle seguenti ipotesi: a) espressa previsione di legge; b) evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico – pregiudiziale; c) ragioni di economia processuale (quando non si leda l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica).

Pertanto, **mai l'assorbimento può tradursi in una sottrazione di tutela**, ossia in una pronuncia meno appagante di quella derivante dall'accoglimento del motivo pretermesso. Si tratterebbe di un **diniego aprioristico di tutela che potrebbe portare all'annullamento in cassazione per diniego di giurisdizione**.

4.3. Ricorso incidentale

Prima di affrontare il problema del ricorso incidentale escludente e del ruolo del principio della domanda nella soluzione della questione, occorre preliminarmente inquadrare l'istituto.

Il ricorso incidentale è quello strumento che permette l'impugnazione di un atto illegittimo, tuttavia idoneo a produrre un effetto favorevole per il destinatario. In particolare, l'interesse, per il ricorrente incidentale, sorge nel momento in cui il soggetto non vincitore impugni il provvedimento, tendendo a un pronuncia di carattere caducatorio. Il soggetto vincitore si vede pertanto sottoposto al rischio che la sua posizione di vantaggio, conseguita a seguito del provvedimento impugnato con ricorso principale, venga meno in caso di accoglimento delle censure proposte.

2. Principio della domanda

Nel ricorso incidentale, tuttavia, il ricorrente non si limita a una difesa volta a contraddire i motivi sulla base dei quali si fonda la pretesa del ricorso principale, ma impugna il provvedimento favorevole per motivi ulteriori, volti a dimostrare **l'inammissibilità del ricorso o l'infondatezza della pretesa in essa contenuta**. Il carattere dell'accessorietà rappresenta il *proprium* del ricorso incidentale, in quanto l'interesse del soggetto sorge proprio in ragione del ricorso principale, di talché ne discende che nella diversa ipotesi in cui il ricorrente voglia impugnare il provvedimento per motivi indipendenti, dovrà utilizzare lo strumento del ricorso principale nel rispetto dei relativi termini di impugnazione.

Preme evidenziare, infatti, come qualora si ammettesse al soggetto, che avrebbe dovuto impugnare l'atto nel rispetto dei termini decadenziali, di utilizzare lo strumento del ricorso incidentale si consentirebbe di fatto l'elusione dei termini decadenziali posti a garanzia di esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Al contrario, come sopra evidenziato, nel ricorso incidentale il soggetto titolare della posizione di vantaggio vede sorgere il proprio interesse a impugnare solo nel momento in cui un altro soggetto proponga ricorso principale.

Il ricorso incidentale necessita, quindi, della sussistenza di due differenti elementi: **uno negativo, rappresentato dall'assenza di una lesione attuale**, che altrimenti si sarebbe dovuta far valere in via principale; **l'altro positivo, rappresentato dalla lesione virtuale** derivante dall'accoglimento del ricorso principale che determina l'inerenza dell'impugnazione incidentale a quella principale.

Proprio in considerazione di questa particolare connessione che intercorre tra il ricorso incidentale e quello principale, si è posto il problema di individuare la natura giuridica dello strumento in parola. Diverse le tesi emerse in dottrina e giurisprudenza.

Secondo l'impostazione tradizionale, il ricorso incidentale sarebbe un'**eccezione di rito** volta a paralizzare le pretese del ricorrente principale. L'accoglimento di questa tesi giustifica quindi la deroga al rispetto dei termini perentori: infatti, il ricorso incidentale mira esclusivamente a ottenere una pronuncia di inammissibilità del ricorso principale, e mai potrebbe determinare l'effetto di annullamento del provvedimento. In altri termini, a prescindere dal nomen, l'essenza del rimedio sarebbe processuale e non impugnatoria.

Questa tesi è stata tuttavia criticata da quanti hanno evidenziato come in questo modo non sia valorizzato il *proprium* del ricorso incidentale. Con quest'ultimo il ricorrente non si limita a una difesa volta a paralizzare le pretese del ricorrente principale, ma impugna il provvedimento illegittimo per ragioni diverse da quelle fatte proprie nel primo ricorso. In questi termini, sarebbe più corretto inquadrare l'istituto in termini di **domanda riconvenzionale**. Il ricorso incidentale amplia il *thema decidendum* evidenziando

diversi profili d'illegittimità del provvedimento, il che non esclude che l'accoglimento determini comunque una pronuncia di annullamento.

Il Consiglio di Stato, valorizzando i **profili positivi di entrambe le tesi**, accoglie l'impostazione che sostiene la **natura composita e variabile del ricorso incidentale**.

Quest'ultimo, oltre a svolgere una funzione di **concentrazione delle impugnazioni**, si atteggia, a seconda dei casi, alla stregua di un'eccezione di rito o di una domanda riconvenzionale, volta ad ottenere l'annullamento per motivi diversi.

Definita in questi termini la natura del ricorso incidentale e chiarito che lo stesso possa assumere connotati diversi, i profili giuridici di maggior rilievo attengono al caso in cui lo stesso si proponga come **ricorso escludente il ricorso principale**. In questo caso, il problema consiste nel definire quale sia **l'ordine di trattazione dei due ricorsi**, e quindi in che rapporto si ponga il ricorso incidentale rispetto a quello principale.

La questione è stata oggetto di un annoso dibattito giurisprudenziale, di cui appare opportuno dare atto in particolare in merito alle principali fasi evolutive che hanno portato alla recente pronuncia della Plenaria del 2014, n. 9.

Prima del 2008, anno nel quale è intervenuta la prima importante pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, la giurisprudenza e la dottrina erano divise in due filoni interpretativi.

Secondo una prima impostazione, il ricorso incidentale escludente sarebbe dovuto essere sempre trattato prioritariamente rispetto a quello principale in considerazione del fatto che con lo stesso si contestava la **legittimazione ad agire del ricorrente principale**. In questi termini, secondo l'ordine processuale per cui vanno trattate prima le questioni di rito e poi quelle di merito, il ricorso principale non sarebbe mai dovuto essere trattato ogni qualvolta l'accoglimento di quello incidentale avesse determinato una **carezza di legittimazione del primo**. Si sosteneva, quindi, un principio di pregiudizialità necessaria del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale.

Su altro fronte, una diversa tesi asseriva la **necessità di conoscere nel merito il ricorso principale** in tutti i casi in cui dall'accoglimento dello stesso, a prescindere dalla correttezza delle censure mosse dal ricorrente incidentale, il ricorrente principale avrebbe potuto trarre un'utilità sostanziale.

Quest'ultima impostazione è stata accolta dalla pronuncia dell'**Adunanza Plenaria con sentenza 10 novembre 2008, n. 11** con la quale il Supremo Consesso ha negato la sussistenza di una pregiudizialità necessaria tra i due ricorsi. Questa tesi si basa sull'assunto per cui, in virtù del principio della *par condicio*, il ricorso principale deve essere conosciuto dal giudice amministrativo ogni volta che dall'accoglimento dello stesso il ricorrente possa trarre un risultato positivo, ancorchè strumentale, come ad esempio la reindizione della gara. Sicuramente questo si verifica almeno in due ipotesi.

2. Principio della domanda

La prima quando si tratti di una gara con soli due partecipanti, il che determina che, qualora il ricorrente principale vedesse accolte le proprie censure, a prescindere dalla fondatezza di quelle proposte nel ricorso incidentale, la p.a. dovrebbe rifare la gara. In questa evenienza, il ricorrente principale avrebbe la possibilità di vedersi aggiudicata la gara. La seconda ipotesi, prospettata dalla Plenaria, si realizza nei casi in cui il ricorrente abbia impugnato un atto prodromico alla gara, come ad esempio il bando, la cui caducazione farebbe venire meno l'intera procedura concorsuale.

Questa ricostruzione è stata, tuttavia, disattesa da una successiva **Audienza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4**. In questa sede il Consiglio di Stato ha chiarito che il **ricorso incidentale è necessariamente prioritario** rispetto a quello principale, in virtù del principio per cui le questioni di rito vanno trattate prima di quello di merito. In forza del principio di imparzialità del giudice e di parità delle parti, le questioni di legittimità a ricorrere devono essere trattate con priorità logica, e ciò a prescindere dal fatto che la loro evidenza derivi da un altro ricorso. Queste conclusioni, sostiene la giurisprudenza, non sono frutto di un principio di prevalenza tra strumenti processuali, ma di applicazione dei principi generali in tema di processo. Infatti, qualora il ricorso incidentale non sia escludente, e quindi non proponga una questione attinente la legittimazione del ricorrente principale, questa esigenza di priorità logica verrebbe meno.

L'unica deroga ammessa dal Consiglio di Stato è l'ipotesi in cui il **ricorso principale sia facilmente inammissibile, improcedibile o inaccogliabile**, nel qual caso, venendo meno quest'ultimo, cade automaticamente anche quello incidentale.

A modificare l'assetto così delineato dalla Plenaria è intervenuta la Corte di Giustizia che, nella pronuncia nota come "**sentenza Fastweb**", ha introdotto una deroga al regime che vede il ricorso incidentale come necessariamente prioritario rispetto a quello principale. In particolare, si è sostenuta la **necessità di trattare entrambi i ricorsi nel caso in cui si tratti di gara a due soli partecipanti** e gli stessi abbiano impugnato un vizio identico e incrociato. La Corte si è espressa nel senso per cui, nonostante sussista un principio di autonomia in capo agli Stati membri in tema di disciplina processuale, è necessario che sia rispettato il principio di parità delle parti, al fine di evitare un ingiustificato *vulnus* di tutela. Occorre precisare che l'"**identità di vizio**" non deve essere inteso in senso assoluto, come identità di censura, ma è necessario che lo stesso appartenga alla medesima sub-fase della procedura di gara. A tal fine, si è proposta una tripartizione: la **prima fase** attiene alla presentazione delle domande e corretta formazione dei plichi, la **seconda** si riferisce alla verifica dei requisiti oggettivi e soggettivi dei partecipanti, siano essi generali o speciali; infine la **terza ed ultima fase** concerne l'accertamento della documentazione richiesta a pena di esclusione.

In questo modo, il ricorso principale e il ricorso incidentale dovranno essere trattati congiuntamente qualora, in una procedura a due, si tratti di atti volti a contestare reciprocamente vizi riferibili alla medesima fase procedurale.

Dopo questa pronuncia, l'Adunanza Plenaria è nuovamente tornata a pronunciarsi sulla questione dell'ordine da seguire per l'esame del ricorso principale e del ricorso incidentale, attenuando la portata dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria.

Secondo il Consiglio di Stato, la **sentenza Fastweb** avrebbe in realtà confermato l'impianto argomentativo della pronuncia del 2011, introducendo solo un'eccezione che, in quanto tale, deve essere considerata di stretta interpretazione. Pertanto, si potrà derogare all'ordine di trattazione dei ricorsi solo ed esclusivamente nel caso in cui entrambe le offerte siano inammissibili per vizi riferibili alla medesima fase, in quanto sarebbe una palese violazione del principio di uguaglianza concorrenziale, l'esclusione della sola offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e la contestuale conferma dell'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benchè suscettibile di esclusione per la medesima ragione.

Al di fuori di questa ipotesi, il giudice dovrà, in conformità dei principi generali, conoscere prioritariamente 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.**

5. Sentenze

Processo amministrativo e principio della domanda

Consiglio di Stato Ad. plen. 27 aprile 2015 n. 5 "I principi della domanda, di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e della rilevanza d'ufficio di talune «grandi» questioni afferenti al rito o al merito sono enunciati negli artt. 99 e 112 c.p.c. e nell'art. 2907 c.c., al quale l'art. 99 c.p.c. è strettamente collegato, perchè sancisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte; tali principi non sono riprodotti espressamente e singolarmente nel codice del processo amministrativo, anche se l'art. 34, comma 1, c.p.a. stabilisce, in perfetta consonanza con essi, che «In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti, della domanda...» eroga le varie forme di tutela ivi disciplinate; in ogni caso tali principi processualciviltistici sono applicabili al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno ex art. 39, comma 1, c.p.a.".

Inammissibilità della conversione della domanda di annullamento in condanna al risarcimento del danno

Consiglio di Stato ad. plen. 13 aprile 2015 n. 4 "Il giudice amministrativo, in virtù del principio della domanda che regola il processo amministrativo e ritenuta la fon-