N. 00004/2011REG.PROV.COLL.

N. 00002/2011 REG.RIC.A.P.

N. 00003/2011 REG.RIC.A.P.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

a) sul ricorso n. 3321/2010, proposto da:
Site Spa in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Ducati Sistemi Spa, Rti - Balfour Beatty Rail Spa, Rti - Armafer Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Mariano, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2.

contro

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Luciano Ancora, Angelo R Schiano, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, via del Babuino, 107;

nei confronti di

Eredi Giuseppe Mercuri Spa, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Sirti Spa, Rti - Consorzio Armatori Ferroviari Scpa, rappresentati e difesi dagli avv. Benedetto Giovanni Carbone, Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via degli Scipioni n. 288;

G.E. Transportation System Spa, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell' ATI, Ati - Sifel Spa, Ati - Clf Costruzioni Linee Ferroviarie Spa, Ati - Tozzi Sud Spa, Ati - Esim Srl, Ati - Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. Pa, rappresentati e difesi dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

b) sul ricorso n. 4471/2010, proposto da:
G.E. Transportation System Spa, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell' ATI, Ati - Sifel Spa, Ati - Clf Costruzioni Linee Ferroviarie Spa, Ati - Tozzi Sud Spa, Ati - Esim Srl, Ati - Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. Pa, rappresentati e difesi dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Luciano Ancora, Angelo R. Schiano, con domicilio eletto presso Angelo R. Schiano in Roma, via del Babuino, 107;
Eredi Giuseppe Mercuri Spa, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Sirti Spa, Rti - Consorzio Armatori Ferroviari Scpa, rappresentati e difesi dagli avv. Benedetto Giovanni Carbone, Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via degli Scipioni n. 288;
Site Spa in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Ducati Sistemi Spa, Rti - Balfour Beatty Rail Spa, Rti - Armafer Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Mariano, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

a) quanto al ricorso n. 3321 del 2010:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione I, n. 1131/2010, concernente AFFIDAMENTO PROGETTAZIONE E REALIZZAZIONE LAVORI.

b) quanto al ricorso n. 4471 del 2010:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione I, n. 1334/2010, concernente AFFIDAMENTO PROGETTAZIONE E REALIZZAZIONE LAVORI.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl, di Eredi Giuseppe Mercuri Spa, di Ge Transportation System Spa e di Site Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2011 il Cons. Marco Lipari e uditi per le parti gli avvocati Quinto, Ancora, Schiano, Carbone, Mastroviti e Matassa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. (di seguito: "FSE") indiceva una gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori relativi a "interventi di trazione elettrica, segnalamento e armamento lungo la rete gestita dalla FSE", per un importo complessivo di euro 136.162.402,97.

Alla procedura selettiva partecipavano tre concorrenti.

All'esito della gara:

- l'appalto era aggiudicato all'associazione temporanea di imprese (a.t.i.) di cui era mandataria la società Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. (di seguito: "MERCURI");
- seconda classificata era l'a.t.i. con mandataria la SITE s.p.a. (d'ora innanzi: "SITE");
- terza classificata, infine, era l'a.t.i. di cui era mandataria la società G.E. Transportation System s.p.a. (d'ora innanzi: "GETS").

2. SITE proponeva un ricorso dinanzi al TAR (rubricato al n. 111/2010), con cui contestava l'eccessiva brevità dei termini di gara. Successivamente, con un primo atto di motivi aggiunti, censurava l'aggiudicazione in favore della prima classificata MERCURI, deducendo motivi di esclusione di questa dalla gara e lamentando l'illegittimità dei punteggi attribuiti dalla commissione.

MERCURI si costituiva in giudizio, contrastando nel merito la domanda e proponendo un ricorso incidentale, volto a confutare la legittimità dell'ammissione in gara della ricorrente SITE e, conseguentemente, la sua legittimazione e il suo interesse alla proposizione della domanda principale.

A fronte del ricorso incidentale, SITE, al dichiarato scopo di dimostrare il proprio "interesse strumentale" al ricorso, in relazione alla domanda, subordinata, di annullamento dell'intera procedura di gara, proponeva, con un secondo ricorso per motivi aggiunti, ulteriori censure, rivolte anche contro l'ammissione in gara della concorrente terza classificata GETS.

Quest'ultima si costituiva in giudizio, mediante un atto di inervento, con il quale:

- per un verso aderiva alle censure contro l'ammissione di MERCURI;
- per un altro verso resisteva ai motivi di gravame riguardanti la dedotta illegittimità della sua partecipazione alla gara.

MERCURI, dal canto suo, impugnava, in via incidentale, anche l'ammissione alla gara di GETS.

3. Frattanto, in altro distinto processo dinanzi al TAR (n. 2194/2009), la stessa terza classificata, GETS, proponeva un autonomo ricorso contro gli atti della procedura, con cui contestava, in via gradata:

- l'ammissione in gara sia della seconda (SITE), che della prima classificata (MERCURI);
- i punteggi assegnati alle offerte;
- la legittimità dell'intera procedura di gara seguita dalla stazione appaltante.

In questo secondo giudizio (n. 2194/2009) si costituivano entrambe le controinteressate SITE e MERCURI, le quali articolavano due separati ricorsi incidentali, di analogo contenuto, volti ad impugnare l'ammissione in gara della ricorrente GETS e a eccepirne la legittimazione e l'interesse alla proposizione del ricorso principale.

4. Il TAR manteneva separati i due giudizi, ancorché riferiti alla medesima procedura di gara, e li definiva con due distinte pronunce (n. 1331/2010 e n. 1334/2010), entrambe oggetto degli odierni appelli.

All'esito del giudizio n. 111/2010, il TAR, con la sentenza n. 1131/2010, oggetto dell'appello n. 3321/2010, proposto da SITE:

a) dichiarava improcedibile, "per cessazione della materia del contendere", le censure proposte da SITE con il ricorso principale e con il primo atto di motivi aggiunti, concernenti la contestata brevità dei termini per la presentazione delle offerte;

b) dichiarava irricevibili le censure, di cui al primo atto di motivi aggiunti, contro l'ammissione in gara della prima classificata, in base all'argomento secondo cui i motivi aggiunti avrebbero dovuto essere proposti entro il termine dimezzato di 30 giorni, ai sensi dell'articolo 23-bis della legge n.

1034/1971, e non entro il termine ordinario di 60 giorni, decorrente dalla conoscenza degli atti;

c) dichiarava "conseguentemente improcedibili, per difetto d'interesse, gli ulteriori motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale in relazione alla posizione" di GETS;

d) non si pronunciava in ordine alle altre eccezioni di inammissibilità e irricevibilità del ricorso principale e dei correlati motivi aggiunti, formulate da MERCURI;

e) non vagliava il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata MERCURI, dichiarandolo interamente "improcedibile, per difetto d'interesse".

5. All'esito del giudizio n. 2194/2009, il TAR, con la sentenza n. 1334/2010, oggetto dell'appello n. 4471/2010, proposto da GETS:

a) accoglieva una delle censure comuni ai due distinti ricorsi incidentali proposti dalle controinteressate, prima e seconda classificata (MERCURI e SITE), giudicando illegittima l'ammissione in gara di GETS;

b) dichiarava improcedibile il ricorso principale di GETS, in asserita applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria, con decisione 10 novembre 2008 n. 11.

In particolare, a dire del TAR, "l'accoglimento del ricorso incidentale fa sì che la ricorrente principale, che è incorsa in una causa di esclusione, non possa più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non possa conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara. Il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da soggetti che non possono ottenere alcuna utilità dal suo accoglimento (cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11)."

6. In definitiva, in virtù delle due sentenze di sostanziale reiezione dei ricorsi principali, pronunciate dal TAR, l'aggiudicazione disposta in favore della prima classificata MERCURI conservava intatta la propria efficacia.

Peraltro, la stazione appaltante, a fronte dalla proposizione degli appelli, accompagnati da istanze cautelari, stabiliva autonomamente di non procedere alla stipulazione del contratto, sino alla definizione del contenzioso.

7. Le due sentenze formano oggetto di altrettanti appelli principali, nonché di impugnazioni incidentali incrociate, ad opera di tutti e tre i concorrenti partecipanti alla gara in contestazione.

La sentenza n. 1131/2010 è gravata, in via principale, dalla seconda classificata (SITE), ricorrente dinanzi al TAR, che contesta la sola declaratoria di irricevibilità e ripropone tutte le censure di cui ai motivi aggiunti di primo grado, non esaminate dal TAR.

A sua volta, la prima classificata MERCURI ripresenta, con appello incidentale, tutti i motivi del proprio ricorso incidentale in primo grado, che il TAR ha dichiarato assorbiti, nonché le difese concernenti la dedotta inammissibilità e irricevibilità dei motivi aggiunti giudicati tardivi.

8. La sentenza n. 1334/2010 è gravata con l'appello principale della terza classificata (GETS), la quale contesta l'accoglimento dei ricorsi incidentali di primo grado e ripropone i motivi del proprio ricorso principale, formulati dinanzi al TAR. Sostiene, inoltre, che la riconosciuta fondatezza dei ricorsi incidentali non precluderebbe l'esame del ricorso principale, in relazione al dedotto interesse strumentale alla rinnovazione integrale della gara.

Dal canto loro, la prima e la seconda classificata (MERCURI e SITE), con distinti appelli incidentali, riproducono, in questo grado, tutti i motivi dei loro ricorsi incidentali di primo grado, dichiarati assorbiti dal Tar e non esaminati nel merito.

9. In entrambi i giudizi si è costituita FSE, contestando gli appelli principali e gli appelli incidentali e manifestando, comunque, l'interesse all'esame, nel merito, di tutte le questioni concernenti la legittimità del proprio operato.
10. Con ordinanza 18 gennaio 2011 n. 351, la Sesta Sezione ha disposto la riunione dei due appelli, attesa la loro evidente connessione oggettiva e soggettiva.
La pronuncia, riservando la valutazione delle diverse questioni preliminari di ammissibilità e di ricevibilità presentate dalle parti, ha deferito l'esame dei ricorsi all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'articolo 99 del codice del processo amministrativo.

In sintesi, i numerosi punti di diritto sottoposti all'esame della Plenaria sono i seguenti.
a) Ai sensi dell'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo, è deferita la questione riguardante l'ordine di esame del ricorso principale e di quelli incidentali, nei casi di contenzioso su gare di appalto, quando tutti i concorrenti siano in giudizio nella qualità di ricorrenti principali (i partecipanti diversi dall'aggiudicatario), o in quella, contrapposta, di ricorrenti incidentali (l'aggiudicatario ed eventualmente gli altri concorrenti collocati in posizione migliore in graduatoria rispetto al ricorrente). A questo riguardo, l'ordinanza prospetta, esplicitamente, la necessità di modificare in modo radicale l'indirizzo interpretativo espresso dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 10 novembre 2008 n. 11.
b) L'ordinanza deferisce all'esame della Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 5, del codice del processo amministrativo, nell'interesse della legge, pur delineandone la non diretta rilevanza nella controversia in esame, le questioni concernenti:

b-1) l'ambito dell'onere di impugnazione immediata del bando di gara;

b-2) la legittimazione all'impugnazione del bando.

Le questioni di cui ai punti b-1) e b-2), ricondotte formalmente alla ipotesi di cui all'articolo 99, comma 5, del codice, peraltro, sono esposte, nella motivazione, anche quali argomentate critiche all'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria 23 gennaio 2003 n. 1, cha ha affrontato il tema specifico dell'ambito dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara o di concorso.

I punti di diritto deferiti alla Plenaria in materia di impugnazione del bando si collegano, nell'ordinanza, alla affermazione secondo cui il problema del rapporto tra il ricorso principale e quello incidentale assumerebbe connotazioni peculiari qualora l'oggetto del ricorso principale sia costituito dagli atti recanti la lex specialis di gara (bando e lettera di invito).

b-3) Sempre ai sensi dell'articolo 99, comma 5, è deferita all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione riguardante i limiti di ammissibilità di un'a.t.i. (e di un consorzio) "sovrabbondanti", costituiti, cioè, da soggetti che, in concreto e nel loro complesso, presentino requisiti soggettivi di partecipazione quantitativamente molto superiori rispetto ai limiti minimi indicati nel bando di gara.

c) Ai sensi dell'art. 99, comma 1, del codice del processo amministrativo, poi, sono demandate all'Adunanza Plenaria le questioni riguardanti:

c-1) la modificabilità, o meno, "per riduzione" della compagine organizzativa delle a.t.i. e dei consorzi, in corso di gara; tale questione si collega, nel corpo della motivazione dell'ordinanza, a quella (direttamente rilevante nella presente vicenda) concernente la possibilità, per l'impresa concorrente, di rinunciare, in corso di causa, ad avvalersi di un impresa ausiliaria, ai sensi dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici;

c-2) la necessità, o meno, che le imprese del settore, le quali impugnino gli atti di una procedura senza bando alla quale non abbiano partecipato, dimostrino il possesso dei requisiti di ammissione a quella gara.

11. Le parti, in vista dell'udienza di discussione dinanzi all'Adunanza Plenaria, hanno ampiamente illustrato le rispettive posizioni con memorie e repliche.

12. I due appelli sono stati già riuniti dall'ordinanza di rinvio della Sesta Sezione, tenendo conto della loro evidente connessione oggettiva e soggettiva.

Le diverse e complesse questioni interpretative prospettate devono essere analizzate nei soli limiti indispensabili per definire la vicenda contenziosa in esame, secondo la loro sequenza razionale.

In questa prospettiva, assume carattere pregiudiziale il tema riguardante il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale di primo grado e la definizione del loro corretto ordine di esame.

Detta questione presenta rilevanza centrale in relazione ad entrambi gli appelli, pur tenendo conto dei diversi contenuti delle due sentenze impugnate.

13. La sentenza n. 1334/2010 ha affrontato espressamente il problema del rapporto tra i ricorsi incidentali proposti dalle due controinteressate e il ricorso principale articolato da GETS. A tale riguardo, la pronuncia dopo avere accolto i ricorsi incidentali, ha statuito l'"improcedibilità del ricorso principale".

La pronuncia forma oggetto, anche in questa parte, di un'apposita censura di GETS, secondo la quale, in applicazione dei principi di diritto espressi dall'Adunanza Plenaria n. 11/2008, la riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale (peraltro, diffusamente contestata nel merito dall'appellante) non precluderebbe l'esame del ricorso principale.

Pertanto, la soluzione della prima questione prospettata dall'ordinanza di rinvio è decisiva per la definizione del giudizio di cui all'appello n. 4471/2010.

14. La sentenza n. 1331/2010, invece, non ha esaminato in termini espliciti il problema del rapporto tra il ricorso incidentale e quello principale, giudicando assorbente la valutazione di:

- improcedibilità, per cessata materia del contendere, del ricorso originario e del primo atto di motivi aggiunti proposti da SITE;
- irricevibilità degli ulteriori motivi aggiunti.

15. SITE, nel proprio atto di appello, impugna la statuizione concernente l'irricevibilità del secondo atto di motivi aggiunti.

L'accoglimento di questo specifico motivo di appello costituisce il passaggio logico indispensabile per assegnare rilevanza pregiudiziale, anche nel processo n. 3321/2010, al problema del rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale e al loro esatto ordine di esame.

È appena il caso di osservare, tuttavia, che, nella presente vicenda, la necessaria priorità della valutazione di ricevibilità dei motivi aggiunti deriva unicamente dalla circostanza che, in concreto, il TAR abbia giudicato assorbente tale aspetto della controversia.

Pertanto, resta in ogni caso impregiudicata la soluzione del problema, più ampio, riguardante il corretto ordine di esame del ricorso incidentale e di quello principale, anche in relazione alla valutazione della loro ritualità, ammissibilità e procedibilità, secondo quanto sarà illustrato in prosieguo.

16. Il collegio giudica fondato il motivo di appello proposto da SITE, nell'ambito del giudizio di impugnazione contro la sentenza n. 1331/2010, nella parte diretta a contestare la pronuncia di irricevibilità dei motivi aggiunti.

A dire del TAR, i motivi aggiunti, nel vigore dell'articolo 23-bis della legge n. 1034/1971 e dell'articolo 245 del codice del processo amministrativo, sono

soggetti alla regola del "dimezzamento" dei termini, e, pertanto, devono essere notificati entro trenta giorni.

È evidente, invece, che il ricorso per motivi aggiunti, proposto dalla parte interessata, dopo la scadenza del termine dimezzato di trenta giorni, ma nel rispetto del termine decadenziale ordinario di sessanta giorni, deve considerarsi tempestivo, alla stregua di quanto stabilito da questa Adunanza Plenaria, con sentenza 15 aprile 2010 n. 1.

Tale pronuncia, risolvendo un contrasto giurisprudenziale, ha chiarito che l'istituto della cosiddetta "dimidiazione" dei termini processuali, di cui all'art. 23 bis della legge TAR (applicabile, *ratione temporis*, al giudizio svoltosi in primo grado) non è applicabile al termine per la proposizione dei motivi aggiunti al ricorso introduttivo.

Infatti, la ratio insita nella scelta normativa di non estendere il dimezzamento al termine di notifica dell'atto introduttivo del giudizio riposa nell'esigenza di garantire il pieno esercizio del diritto di difesa. Detta necessità sussiste anche per i motivi aggiunti, proponibili nei casi nei quali il ricorrente debba articolare nuove censure, a seguito della conoscenza di nuovi atti o della sopravvenienza di circostanze non conosciute al momento della proposizione del ricorso.

17. Pertanto, nell'ambito del giudizio di impugnazione originato dall'appello di SITE (ricorso n. 3321/2010), una volta accertata la tempestività del ricorso di primo grado, con riguardo alla proposizione dei motivi aggiunti, le parti assumono, in grado di appello, le stesse posizioni rivestite dinanzi al TAR:

- l'appellante principale ripropone le censure articolate con il ricorso di primo grado e con i connessi motivi aggiunti;
- le appellanti incidentali ripropongono le difese articolate in primo grado e i ricorsi incidentali diretti a contestare la partecipazione alla gara di SITE.

Anche in relazione a tale giudizio, quindi, assume diretta rilevanza, potenzialmente risolutiva della lite, la soluzione del problema del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale.

18. Ciò chiarito, è opportuno svolgere una puntualizzazione in fatto.

Sotto il profilo processuale, la vicenda in esame presenta una differenza rispetto alla situazione valutata dall'Adunanza Plenaria n. 11/2008.

Tale precedente riguardava il caso in cui le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra: l'una con ricorso principale e l'altra con ricorso incidentale.

Nel caso di specie, ognuna delle tre concorrenti partecipanti alla gara ha contestato la partecipazione alla selezione delle altre due imprese. In concreto, però, gli atti di ammissione alla gara delle due ricorrenti di primo grado sono impugnati, attraverso la prospettazione di censure sostanzialmente corrispondenti, tanto con i ricorsi incidentali delle altre parti controinteressate, quanto con gli stessi ricorsi principali (contrapposti) dei due ricorrenti di primo grado.

Questa ulteriore complicazione della vicenda, tuttavia, non sposta i termini essenziali della questione.

Non vi è dubbio, infatti, che i principi espressi dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 siano astrattamente riferibili non solo al caso di due sole imprese in gara, ciascuna delle quali miri ad impugnare l'atto di ammissione dell'altra (rispettivamente, con il ricorso principale e con il ricorso incidentale), ma anche alle ipotesi in cui vi siano più di due imprese in gara e le impugnazioni, principali e incidentali, mirino a contestare la partecipazione di tutte le concorrenti.

19. In questa prospettiva risulta contraddittoria l'impugnata sentenza del TAR, n. 1334/2010, la quale, pur affermando apertamente, nella motivazione, di uniformarsi all'indirizzo della pronuncia n. 11/2008, ha:

a) accolto i ricorsi incidentali proposti dalle due controinteressate;

b) dichiarato assorbito il ricorso principale proposto da GETS.

Tale esito processuale avrebbe potuto essere raggiunto solo mediante il superamento, totale o parziale, dell'orientamento affermato dalla citata sentenza n. 11/2008. Altrimenti, il TAR, adeguandosi all'indirizzo della Plenaria, anche dopo avere accolto i ricorsi incidentali, avrebbe dovuto esaminare, comunque, la fondatezza, nel merito, del ricorso principale.

20. La questione concernente il preciso ordine di esame dei ricorsi principali e incidentali, aventi per oggetto la contestazione incrociata degli atti di ammissione alla gara di tutti i concorrenti, ha formato oggetto, negli ultimi anni, di un serrato e complesso dibattito interpretativo. Al riguardo, si sono registrate soluzioni giurisprudenziali contrastanti, fino alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008, il cui indirizzo risulta seguito, in modo prevalente, sebbene non univoco, dalla successiva giurisprudenza.

La citata decisione n. 11/2008, dopo avere esaminato le principali tesi interpretative emerse in giurisprudenza, è pervenuta alla conclusione secondo cui, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice, qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve in ogni caso pronunciarsi su tutti i ricorsi, al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

La pronuncia attribuisce notevole peso sistematico, poi, anche ai principi di imparzialità del giudice e di parità delle parti, affermando che essi incidono, in

modo determinante, sull'applicazione delle regole usuali relative all'ordine di trattazione delle questioni.

In particolare, secondo tale decisione, quando entrambe le imprese ammesse alla gara abbiano impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice quanto all'ordine di trattazione dei ricorsi non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima - precluda l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse "minore e strumentale" all'indizione di un'ulteriore gara.

21. L'ordinanza di rinvio alla Plenaria espone in modo articolato le ragioni del proprio dissenso rispetto all'esito interpretativo indicato dalla pronuncia n. 11/2008.

Un primo gruppo di argomenti indica le molteplici "conseguenze negative" della soluzione proposta, rilevanti sul piano della ricostruzione della finalità delle regole processuali operanti in questa materia.

I punti richiamati sono, sommariamente, i seguenti:

a) il sistema elaborato dalla giurisprudenza favorisce una "litigiosità esasperata";

b) la soluzione indicata dalla pronuncia n. 11/2008 non garantisce la soddisfazione dell'interesse primario del concorrente (l'aggiudicazione dell'appalto);

c) tale indirizzo interpretativo rende "estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l'esecuzione dell'opera pubblica".

22. Sotto altro profilo, l'ordinanza di rinvio alla Plenaria svolge un'accurata analisi dell'interesse "strumentale" al rinnovo della gara, fatto valere in giudizio dalla parte ricorrente principale.

La pronuncia prende in considerazione tale figura, sia studiandola autonomamente, sia esaminandola nella sua comparazione con il contrapposto interesse dell'aggiudicatario alla conservazione della propria posizione di vantaggio.

Quanto al primo aspetto, la Sezione sostiene l'opportunità di rimeditare la configurazione dell'aspettativa al rinnovo della gara, dubitando che essa, ricondotto alla generica categoria dell'interesse strumentale, abbia i contenuti di un interesse legittimo.

L'ordinanza afferma che, in ogni caso, tale interesse sia privo di attualità e concretezza: a seguito dell'annullamento della gara la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale.

Quanto al secondo aspetto, l'ordinanza osserva che gli interessi della parte ricorrente e dell'aggiudicatario assumono diversa consistenza: pertanto, venendo meno l'asserita par condicio tra le parti, anche l'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale non potrebbe più essere impostato in termini di assoluta equivalenza e fungibilità.

23. L'ordinanza sottolinea, poi, che gli inconvenienti segnalati non sarebbero eliminati nemmeno prevedendo che l'interesse strumentale al rinnovo della gara sia riconosciuto solo in presenza di alcune rigorose condizioni di fatto, sussistenti quando:

a) permangano le condizioni per l'esecuzione dell'opera e in primo luogo la disponibilità finanziaria;

b) la stazione appaltante abbia interesse a rinnovare il bando;

c) in sede di rinnovazione del bando non vengano inserite nuove clausole che potrebbero rivelarsi impeditive della partecipazione.

24. La Sezione, infine, completa il proprio ragionamento evidenziando il carattere meramente "ipotetico" dell'interesse strumentale al rinnovo della gara, posto a raffronto con:

- l'interesse pubblico, indubbio e attuale, all'esecuzione dell'opera;
- l'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione contestata.

25. L'Adunanza Plenaria ritiene di dovere attentamente rimeditare le conclusioni alle quali è pervenuta la pronuncia del 2008, anche considerando argomenti ulteriori e in parte diversi rispetto a quelli enunciati dall'ordinanza di rinvio.

Le premesse sistematiche da cui muove la precedente pronuncia n. 11/2008 risultano senz'altro condivisibili, poiché manifestano alcuni principi cardine del giudizio amministrativo, sostanzialmente confermati e sviluppati dal codice del processo.

Tra questi, presentano rilievo centrale proprio il canone di imparzialità del giudice e quello di parità delle parti, entrambi enunciati dalla Costituzione e dal diritto europeo, nelle sue varie articolazioni.

È ugualmente indiscutibile che, sempre in termini generali, debba trovare ingresso, nel sistema della giustizia amministrativa, anche la tutela dell'interesse strumentale, in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa.

26. Tuttavia, proprio la piena e armonica applicazione di questi principi impone di assegnare il necessario peso anche ad altre regole essenziali del processo amministrativo, che fondano il procedimento logico di formazione della decisione.

In questo senso, deve essere accuratamente valorizzato, in tutte le sue implicazioni, il principio della domanda, che contrassegna il sistema attuale della giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione "di diritto soggettivo".
Inoltre, deve essere sottolineata la funzione difensiva del ricorso incidentale, che affonda le proprie radici nelle elaborazioni più consolidate della teoria del processo ed è recepita dalla nuova disciplina positiva introdotta dal codice.
Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale, poi, va correttamente definito in funzione della dialettica processuale (ovviamente paritaria) tra le parti, tenendo conto del ruolo "terzo" del giudice, chiamato a risolvere la controversia seguendo, imparzialmente, il corretto ordine logico di esame dei temi proposti.
27. In sintesi, l'Adunanza plenaria, per definire la soluzione del problema, ritiene necessario svolgere i seguenti punti:
a) l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall'attore;
b) il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali;
c) il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda;
d) la nozione di "interesse strumentale" non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore;
e) salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici,

spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva.

28. La piena attuazione dei canoni essenziali di parità delle parti e di imparzialità del giudice non contraddice affatto l'esigenza logica di definire il corretto ordine di esame delle questioni. L'affermazione o la negazione delle richieste di tutela formulate dalla parte attrice, infatti, deve conseguire, all'esito del completo confronto processuale delle parti, al puntuale riscontro della esistenza dei prescritti requisiti della domanda.

L'alterazione della corretta sequenza dei punti sottoposti allo scrutinio del giudice rappresenterebbe, all'evidenza, proprio la contraddizione del principio di parità delle parti, snaturando la regola della equidistanza rispetto alle posizioni espresse dai litiganti.

29. È superfluo ricordare che, nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice.

Poiché il ricorso non è mera "occasione" del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.

L'eventuale reiezione della domanda per "ragioni processuali", collegate alla riscontrata carenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), non rappresenta l'affermazione di un risultato meramente "formale". Al contrario, costituisce l'esito fisiologico, pienamente congruente con le regole costituzionali in materia di

tutela giurisdizionale, della valutazione in ordine alla titolarità, in capo all'attore, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

30. La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce, ora, una espressa regola positiva, stabilita dal codice del processo amministrativo.

In virtù dell'articolo 76, comma 4, "Si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma 2, del codice di procedura civile e gli articoli 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile."

Il richiamato articolo 276, comma secondo, prevede che "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa".

Si tratta, del resto, di una regola di giudizio ritenuta pacificamente applicabile al processo amministrativo anche prima dell'entrata in vigore del codice.

31. La pregiudizialità logica della verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso si manifesta sempre, indipendentemente dallo strumento processuale utilizzato per evidenziare la questione.

La contestazione della legittimazione e dell'interesse al ricorso (peraltro, normalmente rilevabile anche d'ufficio dal giudice, a conferma della particolare rilevanza di tale aspetto nella valutazione della controversia) può prospettarsi, a seconda delle circostanze, mediante una semplice deduzione difensiva dell'amministrazione resistente o del controinteressato.

Ma può emergere anche attraverso la proposizione del ricorso incidentale, qualora l'attivazione di tale strumento costituisca lo strumento necessario per accertare l'illegittimità dell'atto su cui si fonda la legittimazione asserita dall'attore principale.

L’ordine di esame delle questioni, pertanto, non è subordinato alla veste formale utilizzata per la loro deduzione, ma dipende dal loro oggettivo contenuto.

Ne discende che, 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.

32. Il Collegio, pertanto, ritiene che debba essere confermato il più risalente indirizzo interpretativo (Consiglio Stato , sez. VI, 6 marzo 1992, n. 159), in forza del quale il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, 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.

Il rapporto di priorità logica nell'ordine di decisione della controversia delle questioni prospettate dalle parti consente che siano decise, con precedenza su ogni altra sollevata con il ricorso principale, le questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale.

33. La disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo, riferita al ricorso incidentale (art. 42), tiene conto della evoluzione giurisprudenziale in materia. Non sono previste regole specifiche e puntuali, riguardanti il rapporto con il ricorso principale, in relazione all’ordine di esame delle questioni.

Tuttavia, la disposizione chiarisce alcuni aspetti centrali dell’istituto.

Il dato più significativo riguarda la qualificazione formale del ricorso incidentale come strumento per la proposizione di "domande", il cui interesse sorge solo in dipendenza della proposizione del ricorso principale.

Si chiarisce, in questo modo, che il ricorso incidentale può assumere un contenuto complesso, ancorché innestato nella matrice comune della "difesa attiva" della parte intimata.

In relazione alle diverse circostanze, infatti, lo strumento può tuttora assumere la fisionomia dell'atto con il quale la parte intimata:

a) formula un'eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale;

b) propone una vera e propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto;

c) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, ad ottenere una pronuncia che precluda l'esame del merito del ricorso principale.

Nel nuovo disegno legislativo, poi, risulta fortemente attenuata, anche sotto il profilo letterale, la connotazione rigidamente "accessoria" del ricorso incidentale e la sua assoluta subordinazione al positivo esame del ricorso principale (desumibile, invece, secondo una certa lettura, dalla formulazione letterale delle disposizioni previgenti).

Anche in tale prospettiva, pertanto, viene confermata l'affermazione secondo cui l'esame del ricorso incidentale non è affatto sempre subordinato al previo giudizio di fondatezza del ricorso principale.

In relazione al contenuto concreto del ricorso incidentale e ai caratteri complessivi della controversia, pertanto, esso deve essere esaminato con priorità logica.

34. Ciò chiarito, si tratta di stabilire, allora, quali siano i presupposti in presenza dei quali un soggetto possa assumere il necessario titolo per la

proposizione del ricorso contro gli atti di affidamento di un contratto pubblico.

La soluzione di tale specifica questione si inquadra nei grandi temi della legittimazione e dell'interesse al ricorso, anche in collegamento con l'individuazione delle posizioni sostanziali nell'ambito dei rapporti con le amministrazioni.

A parere del Collegio, deve essere tenuta rigorosamente ferma la netta distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere "finale" o "strumentale" di tale vantaggio.

La legittimazione al ricorso presuppone il riconoscimento della esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato.

35. In sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dalla invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante.

È forse vero che l'accertamento di un vantaggio ritraibile dalla sentenza di annullamento può costituire, talvolta, un indice della esistenza di una posizione giuridica sostanziale attiva, che potrebbe attribuire la legittimazione al ricorso. Questa circostanza spiega perché, tra gli interpreti (e anche in una parte dalla dottrina) sia presente un filone ricostruttivo che tende ad attenuare, se non ad annullare, la differenza tra la legittimazione e l'interesse al ricorso.

Tuttavia, in linea generale, il possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta affatto idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso.

In particolare, a tale fine risulta del tutto insufficiente il riferimento a una utilità meramente ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, come avviene nella vicenda in esame, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'amministrazione.

In altri termini, ai fini della legittimazione al ricorso, l'asserito valore sintomatico derivante dal riscontro fattuale della "utilità pratica" della decisione di accoglimento presenta un risalto del tutto marginale, in assenza di ulteriori, convergenti, dati significativi.

36. Pertanto, non può condividersi l'affermazione compiuta dall'Adunanza Plenaria n. 11/2008, secondo la quale andrebbe comunque esaminato, nel merito, il ricorso principale, nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale "escludente", in considerazione dell'utilità pratica derivante, per il ricorrente stesso, dalla caducazione dell'intero procedimento.

Infatti, l'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione.

E, si ripete, la capacità di questo dato empirico di influire significativamente sulla legittimazione al ricorso risulta ulteriormente circoscritta quando l'interesse in questione non si collega in modo immediato ed evidente con un

determinato bene della vita (la concreta probabilità di ottenere l'appalto), ma si atteggia come mera prospettiva della ripetizione del procedimento.

37. Si è osservato, in un'ottica di più largo respiro, che l'evoluzione dell'ordinamento processuale amministrativo manifesterebbe, nel suo complesso, una certa tendenza verso il progressivo ampliamento della legittimazione al ricorso.

La notazione, peraltro, si basa sulla esatta considerazione della disciplina sostanziale, che prevede, in determinati ambiti, il riconoscimento di "nuove" posizioni giuridiche tutelate, ancorate a specifici presupposti normativi e a particolari situazioni tipizzate.

Ma resta intatto, in ogni caso, il principio secondo cui la facoltà di agire in giudizio non è attribuita, indistintamente, a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall'accoglimento della domanda.

38. Questa linea evolutiva, proiettata verso la dilatazione della legittimazione ad agire, si manifesta, senz'altro, anche nel campo delle controversie riferite all'affidamento dei contratti pubblici, per effetto delle profonde innovazioni dell'ordinamento sostanziale portate dal diritto nazionale e da quello europeo.

In questo contesto, l'esigenza di tutela della concorrenza ha permesso di individuare alcune importanti ipotesi ulteriori di legittimazione al ricorso, slegate dalla partecipazione ad una determinata procedura.

Ma la portata di questo allargamento della legittimazione non è affatto indiscriminata e generalizzata, correlandosi, anzi, a puntuali presupposti normativi e a rigorose fattispecie.

39. È indispensabile, allora, approfondire il tema della legittimazione al ricorso nel settore specifico delle controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici.

In linea di principio, gli orientamenti interpretativi più consolidati affermano la regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.

La regola, ormai consolidata, subisce, ora, alcune notevoli deroghe, concernenti, rispettivamente:

- la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura;
- la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara;
- la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

Le diverse deroghe, ampiamente studiate dagli interpreti, si connettono ad esigenze e a ragioni peculiari, inidonee a determinare l'affermazione di una nuova regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso, basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara.

La legittimazione del soggetto che impugna la decisione di indire una gara è ammessa nei soli casi in cui questi dimostri, comunque, una adeguata posizione differenziata, costituita, per esempio, dalla titolarità di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato.

La legittimazione più ampia riguardante la contestazione degli affidamenti diretti si spiega agevolmente alla luce del giudizio di assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza.

Non solo, ma proprio la circostanza obiettiva riguardante la mancanza di una procedura selettiva impedisce di collegare la legittimazione al ricorso alla partecipazione al procedimento, che, in radice, è del tutto mancato.

Anche la legittimazione del soggetto che contrasta immediatamente il bando di gara (in relazione alle sue clausole "escludenti"), senza partecipare al procedimento, ha una giustificazione logica evidente, direttamente collegata alla affermazione giurisprudenziale dell'onere di sollecita impugnazione di tale atto lesivo, senza attendere l'esito della selezione.

In tali circostanze, la certezza del pregiudizio determinato dal bando rende superflua la domanda di partecipazione e l'adozione di un atto esplicito di esclusione. D'altro canto, la legittimazione spetta, in questo caso, non già a tutti gli imprenditori del settore, genericamente intesi, ma ai soli soggetti cui è impedita la partecipazione, in virtù di una specifica clausola escludente del bando.

40. Al di fuori delle ipotesi tassativamente enucleate dalla giurisprudenza, pertanto, deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

In questa veste, il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta). Ma l'interesse strumentale allegato, in questo modo, potrebbe

assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

41. La situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla procedura, quindi, costituisce, tuttora, la condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso: al momento attuale, questa prima conclusione non risulta seriamente messa in discussione dalla giurisprudenza, ferme restando le eccezionali deroghe sopra indicate.

Risulta invece più controversa, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, una questione ulteriore, riguardante i caratteri che deve assumere tale partecipazione, ai fini del riconoscimento della legittimazione al ricorso.

In sintesi, si tratta di stabilire, se, per configurare una posizione sostanziale differenziata, che radica la legittimazione al ricorso, sia sufficiente il solo "fatto storico" della iniziale partecipazione alla gara, indipendentemente dalla successiva esclusione, oppure dall'accertamento della sua illegittimità.

In tale prospettiva, la legittimazione del concorrente che abbia partecipato alla gara non sarebbe impedita:

a) né dall'inoppugnabilità dell'atto di esclusione (perché non impugnato, o perché giudicato immune dai vizi denunciati dalla parte interessata);

b) né dal positivo riscontro della illegittimità dell'atto di ammissione della parte, derivante dall'accoglimento del ricorso incidentale.

A giudizio del collegio, la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva.

Pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva.

Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione.

L'Adunanza Plenaria, quindi, non condivide:

1) né l'orientamento "estremo", sostenuto da una parte della giurisprudenza, secondo la quale persino il concorrente definitivamente escluso sarebbe legittimato a proporre una domanda di annullamento dell'intera procedura;

2) né l'indirizzo più "moderato", secondo cui la legittimazione al ricorso, pur non spettando al ricorrente legittimamente escluso, andrebbe riconosciuta in capo al ricorrente comunque ammesso alla gara, sebbene in modo illegittimo.

42. Con riguardo all'opinione più radicale, il collegio ritiene che, nel caso in cui l'amministrazione abbia escluso dalla gara il concorrente, questi non ha la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione al controinteressato, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento della illegittimità dell'esclusione. Infatti, la determinazione di esclusione, non impugnata o non annullata, cristallizza definitivamente la posizione sostanziale del concorrente, ponendolo nelle stesse condizioni di colui che sia rimasto estraneo alla gara.

Almeno a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato, IV, 23 gennaio 1986, n. 57, si è chiarito, infatti, che "il concorrente legittimamente escluso per inidoneità non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia partecipato e si riprometta di partecipare alla seconda".

Secondo tale pronuncia, quindi, è inammissibile, per difetto all'interesse, la doglianza mossa contro l'aggiudicazione di una gara per appalto concorso, per asserita invalidità dell'offerta, da parte di ditta che sia stata esclusa dalla gara, atteso che l'eventuale rinnovazione della stessa non potrebbe condurre ad un riesame di quei progetti (come quello presentato dalla ditta ricorrente) esclusi perché tecnicamente inidonei (Consiglio Stato , sez. IV, 23 gennaio 1986 , n. 57).

Ne deriva, pertanto, che non spetta alcuna legittimazione a contestare gli esiti della gara al concorrente escluso dalla gara, che non abbia impugnato l'atto di esclusione o la cui impugnazione sia stata respinta.

43. Una giurisprudenza successiva aveva ritenuto, invece, che anche in tali circostanze, l'operatore economico partecipante alla gara, ancorché escluso con provvedimento divenuto inoppugnabile, conserverebbe un autonomo titolo di legittimazione al ricorso contro l'aggiudicazione, costituito dall'interesse strumentale al rinnovo delle operazioni di gara (Cons. Stato, V, 20 ottobre 2004, n. 6874; Cons. Stato, VI, 5 febbraio 2007, n. 463; Cons. St., Sez. IV 15 febbraio 2002 n. 952; 12 giugno 2003 n. 3310; 15 aprile 2004 n. 2138; Cons. Stato, V, n. 4657/2006; n. 1589/2006 e n. 2095/2006).

Tale filone interpretativo sostiene che, nel caso in cui in una gara d'appalto sia rimasto il solo aggiudicatario, non si applica il principio secondo cui il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non conserva alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti o ad impugnare l'aggiudicazione ad altri, in quanto dall'annullamento della mancata esclusione dell'altro concorrente o dell'aggiudicazione ad esso conferita lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio. Infatti, anche ferma restando l'esclusione del ricorrente,

quest'ultimo ha interesse strumentale all'annullamento dell'aggiudicazione, al fine di ottenere la rinnovazione integrale della gara.

La sua posizione, si dice, verrebbe "differenziata" in funzione della effettiva manifestazione di interesse alla procedura, legata alla domanda di partecipazione alla gara. Pertanto, mentre l'impresa del settore, non partecipante alla gara, potrebbe far valere la mera possibilità di ottenere l'affidamento del contratto, mediante la rinnovazione della procedura, il soggetto partecipante sarebbe in grado di allegare una più consistente "probabilità" di conseguire il bene della vita cui aspira.

44. Questo indirizzo trascura di considerare, però, che l'esclusione ha eliminato, in radice il tiolo di partecipazione su cui si fondava la legittimazione al ricorso.

Il fatto che la precedente domanda di partecipazione abbia dimostrato l'esistenza di una maggiore attenzione dell'impresa verso l'affidamento contestato non è sufficiente per radicare la legittimazione al ricorso.

45. Secondo il citato orientamento "moderato", si è affermato che, invece, rispetto alla posizione del concorrente legittimamente escluso, sarebbe profondamente diversa la situazione del soggetto ammesso alla selezione, ancorché la sua partecipazione risulti, poi, vittoriosamente contestata con il ricorso incidentale.

In questa prospettiva, si dice che l'impresa è comunque destinataria di un atto infraprocedimentale di ammissione, il quale varrebbe ad attribuirle una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri operatori economici del mercato di riferimento, a nulla rilevando che, all'esito del giudizio, sia poi accertata l'illegittimità di tale ammissione.

In tal senso, si pone, in modo argomentato, la pronuncia della V Sezione (ordinanza 5 giugno 2008 n. 2669) che aveva deferito all'Adunanza Plenaria la questione decisa con la sentenza n. 11/2008.

Secondo tale pronuncia, diversamente dal non partecipante alla gara che spera in una gara successiva o dal presentatore di un'offerta legittimamente e definitivamente estromessa per inidoneità sin dalla fase della valutazione, l'offerente non aggiudicatario è stato comunque ammesso a partecipare alla gara ed alle fasi successive, diventando portatore di un'aspettativa all'aggiudicazione, non realizzata in sede di graduatoria finale. La sua posizione perciò non appare comparabile a quella del non offerente o del concorrente legittimamente e definitivamente escluso in sede di qualificazione. L'uno ha partecipato a pieno titolo alla procedura con un'offerta ritenuta pienamente valida dall'amministrazione ed è comunque portatore di un interesse all'esito della gara, anche sostanziantesi nella sua ripetizione. Gli altri invece ne sono stati estromessi in limine e non hanno alcun interesse a dedurre vizi contro le ulteriori fasi della gara, non potendo trarne alcun giovamento, neppure sotto l'aspetto strumentale (Cons. Stato, V, 13 settembre 2005, n. 4692).

46. A tale tesi, però, si deve replicare che, in ogni caso, anche l'eventuale accertamento della illegittimità dell'ammissione alla gara presenta portata pienamente retroattiva, e, quindi, si riflette sui presupposti e sulle condizioni dell'azione, in modo non dissimile da un provvedimento di esclusione divenuto inoppugnabile.

Né si comprende perché la stessa situazione di accertata illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale possa provocare conseguenze antitetiche in funzione della diversa determinazione adottata dalla stazione appaltante.

In tal modo, infatti, la posizione legittimante attribuita al solo concorrente ammesso illegittimamente alla gara si connetterebbe ad una mera circostanza di fatto, incentrata, oltre tutto, sulla errata valutazione compiuta dalla stazione appaltante nel corso della gara.

D'altro canto, sotto il profilo logico, l'accertamento della legittimazione al ricorso, imperniato sull'apprezzamento della legittimità del titolo di partecipazione alla gara del soggetto concorrente, assume comunque rilievo pregiudiziale, indipendentemente dal contenuto dell'atto assunto dall'amministrazione e dalle modalità processuali attraverso cui la questione sia prospettata dinanzi al giudice.

47. La riscontrata assenza di una posizione legittimante in capo al concorrente illegittimamente ammesso alla gara determina il superamento della tesi proposta dalla decisione n. 11/2008, secondo cui la fondatezza del ricorso incidentale determinerebbe conseguenze diverse, in funzione del numero dei partecipanti alla gara.

Infatti, in tutti i casi, il ricorso incidentale mira allo stesso scopo, costituito dalla contestazione della legittimazione al ricorso principale.

È vero solo che, nel caso di procedimenti con più di due concorrenti, in cui il ricorrente principale contesti la sola ammissione in gara dell'aggiudicatario e non quella degli altri concorrenti, l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale determinerebbe, oltre all'affermazione del difetto di legittimazione del ricorrente principale, l'ulteriore dimostrazione dell'assenza di un interesse alla coltivazione del ricorso principale, perché, non potrebbe ipotizzarsi nemmeno la rinnovazione della gara.

48. L'ordinanza di rinvio alla Plenaria, nell'offrire la conclusione secondo cui l'esame del ricorso incidentale "escludente" debba assumere sempre carattere preliminare, rispetto all'esame del ricorso principale, prospetta, sia pure

sinteticamente, il dubbio che tale principio possa subire dei "temperamenti", qualora il ricorso principale si diriga contro il bando di gara, e solo in via derivata, per illegittimità consequenziale, contro l'ammissione in gara dell'aggiudicatario e gli ulteriori atti del procedimento.

La questione specifica non ha diretta rilevanza nella presente vicenda contenziosa, perché il bando non è impugnato, né in via incidentale, né in via principale.

Il Collegio, tuttavia, ritiene utile affrontare il tema, perché consente di definire in modo più preciso la soluzione generale del problema concernente il rapporto tra il ricorso incidentale e quello principale.

In questa parte, la pronuncia della Sesta Sezione si riannoda, implicitamente, ad un indirizzo interpretativo minoritario.

Secondo tale impostazione, le censure contrapposte, articolate dalle parti, dovrebbero essere esaminate secondo un preciso ordine cronologico, determinato in funzione del tempo in cui si realizza il vizio denunciato, a nulla rilevando che esse siano contenute nel ricorso incidentale o in quello principale.

49. Il prospettato "temperamento", se riferito ad un criterio meccanicamente temporale, non presenta giustificazione sistematica.

Non è determinante il momento procedimentale in cui si collocano le dedotte illegittimità della procedura di gara, bensì la effettiva incidenza delle censure prospettate con il ricorso incidentale sulla valutazione della legittimazione al ricorso.

In questa cornice di riferimento, potranno prospettarsi una pluralità di situazioni concrete, che dovranno essere giudicate diversamente, ma sempre sulla base del criterio secondo cui assume in ogni caso carattere pregiudiziale,

rispetto alla valutazione del merito, l'esame delle questioni concernenti la legittimazione della parte attrice.

Si pensi al caso in cui il ricorrente incidentale deduca che il ricorrente principale sia privo di legittimazione, per essere stato illegittimamente ammesso alla procedura, in violazione di una apposita clausola del bando. In tale ipotesi, potrebbe accadere che il ricorrente principale, a sua volta, abbia censurato, in radice, l'intero bando di gara, per il contrasto insanabile con le norme che ne disciplinano la formazione.

In tale evenienza, il giudizio sulla legittimazione al ricorso passa necessariamente attraverso la preventiva valutazione della legittimità del bando di gara, ritualmente prospettata dalla parte ricorrente.

Si consideri, invece, l'ipotesi in cui il ricorso incidentale deduca che il ricorrente principale sia stato illegittimamente ammesso alla gara, nonostante la carenza di uno dei prescritti requisiti soggettivi. La priorità dell'esame del ricorso incidentale resta intatta, anche se il ricorrente principale abbia contestato clausole del bando relative all'ulteriore svolgimento della procedura selettiva (per esempio, le modalità di assegnazione dei punteggi).

In definitiva, la circostanza che il ricorrente principale abbia impugnato il bando rileva nei soli limiti in cui tali censure possano concretamente riflettersi sull'accertamento della legittimazione al ricorso contestata dal ricorrente incidentale.

50. Una volta chiarito che, in ogni caso, l'ordine di esame del ricorso incidentale non subisce alterazioni nei casi in cui sia impugnato il bando, non vi è ragione di esaminare l'ulteriore, complessa, questione prospettata dall'ordinanza di rinvio, concernente l'onere di immediata impugnazione del bando di gara.

Tale problematica, infatti, non rileva, nemmeno indirettamente, nella presente vicenda contenziosa, né si connette in modo significativo con la questione generale del rapporto tra il ricorso incidentale e quello principale.

51. L'Adunanza ritiene, ancora, che non vi sia motivo di alterare l'ordine di esame delle questioni in funzione del tipo di illegittimità riguardante l'atto di ammissione alla gara del ricorrente principale.

Secondo un certo orientamento interpretativo, l'accertata fondatezza del ricorso incidentale, che preclude l'esame del ricorso principale va affermata solo quando sia accertato il radicale difetto delle condizioni soggettive che consentirebbero al ricorrente principale di partecipare anche ad una successiva gara. Viceversa, qualora le ragioni della illegittima partecipazione alla gara del concorrente derivano da altre cause (quali la tardività o altre carenze oggettive dell'offerta), la fondatezza del ricorso incidentale non precluderebbe l'esame del ricorso principale.

In tal modo, però, si attribuirebbe, ancora una volta, rilievo decisivo al profilo della utilità pratica ricavabile dalla sentenza, trascurando, invece, l'aspetto pregiudiziale della legittimazione al ricorso.

In presenza di vizi dell'atto di ammissione che evidenzino il difetto di requisiti soggettivi, necessari per la partecipazione alla procedura, risulta carente sia la legittimazione che l'interesse al ricorso. L'annullamento degli atti della procedura non permetterebbe al ricorrente di ottenere alcuna utilità, per quanto "strumentale", dalla pronuncia.

Ma anche nel caso in cui l'atto di ammissione alla gara sia viziato per ragioni oggettive, riguardanti l'offerta in sé considerata, resta fermo il difetto di legittimazione del ricorrente principale, a nulla rilevando, che, in astratto, la parte potrebbe ricavare una utilità di fatto, in dipendenza della rinnovazione della gara.

52. Il Collegio ritiene opportuna una ulteriore precisazione, che assume particolare rilevanza nell'ambito del presente giudizio.

La stazione appaltante ha costantemente affermato il proprio interesse alla valutazione, nel merito, di tutte le censure proposte dalle parti, in via principale e in via incidentale.

Sostiene, al riguardo, l'utilità di una pronuncia la quale accerti l'assenza delle illegittimità denunciate e che, comunque, possa orientarla a fronte delle contrapposte richieste delle tre parti litiganti.

Ma l'ordine logico di esame delle questioni pregiudiziali rispetto a quelle di merito non rientra nella disponibilità delle parti, che possono solo graduare le rispettive domande.

Pertanto, l'atteggiamento processuale di volta in volta assunto dall'amministrazione resistente non incide sulla soluzione della questione, nemmeno in chiave di deroga o di limitazione rispetto al principio generale.

53. Si pone, da ultimo, il dubbio, che, per ragioni di "economia processuale", il giudice possa, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, inammissibile o improcedibile.

Il collegio ritiene che questa facoltà non debba essere negata, a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia.

Si tratta, peraltro, di un esito ammissibile in tutte le ipotesi in cui siano prospettate questioni pregiudiziali o preliminari, indipendentemente dal veicolo processuale utilizzato: in linea di principio resta ferma la priorità logica della questione pregiudiziale, ma eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite.

54. In conclusione, quindi, deve essere affermato il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

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

L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

55. Alla luce degli enunciati principi di diritto, pertanto, devono essere esaminati, prioritariamente, i ricorsi incidentali di primo grado.

56. Nel merito, il ricorso incidentale proposto da MERCURI nei confronti di SITE è fondato.

Con un primo ordine di censure si lamenta che SITE non aveva i necessari requisiti di qualificazione, quanto a due categorie indicate dalle lettera invito.

Si deduce, in particolare, che la mandataria SITE non avrebbe avuto la qualificazione per la categoria LIS002 – classe 7 e LIS006 classe 7, e che la mandate Ducati Sistemi s.p.a. non avrebbe avuto la qualificazione LIS002 – classe 7.

57. Va premesso che si tratta di appalto nei settori speciali (ferrovie), per i quali l'Amministrazione utilizzava il sistema di qualificazione RFI, 5 edizione vigente nel 2009 (art. 232 codice appalti).

Secondo la lettera invito (punto 2.5) le categorie e relative classi di importo di riferimento per i lavori erano, per quel che interessa in questa sede:

- categoria prevalente dell'affidamento, subappaltabile nel limite del 30%:
- LIS 002 per euro 24.259.837,99, corrispondente, nel sistema di qualificazione RFI alla LIS002 classe 7 (importi superiori a 8 milioni di euro);
- categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria e non subappaltabile: LIS 006 per euro 22.308.288,30, corrispondente, nel sistema di qualificazione RFI alla LIS006 classe 7 (importi superiori a 8 milioni di euro).

58. SITE indicava la seguente ripartizione dei lavori tra mandante e mandataria:

- LIS002, 65,72% pari a 15.943.204,27 euro, assunti dalla capogruppo SITE;
- LIS002 34,28% pari a 8.422.824,90 euro, assunti dalla mandante Ducati Sistemi s.p.a.;
- LIS006, 100% pari a 22.308.288,30 euro, assunti dalla capogruppo SITE.

Considerati gli importi assunti da mandante e mandataria, era pertanto necessario che:

- SITE fosse in possesso della qualificazione per la categoria LIS002 classe 7 (superiore a 8 milioni) e per la categoria LIS006 classe 7 (superiore a 8 milioni);
- Ducati Sistemi s.p.a. fosse in possesso della qualificazione per la categoria LIS002 classe 7 (superiore a 8 milioni).

59. Si deve aggiungere che nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva (non rileva in questa sede, afferendo a momento successivo alla gara, la questione del possesso dei requisiti al momento della stipulazione).

Dalla documentazione in atti risulta che Ducati Sistemi s.p.a. aveva la qualificazione per la categoria LIS002 classe 6, e che SITE ha avuto per le categorie LIS002 e LIS006 la classe 7 fino al 3 luglio 2009, poi la classe 6.

60. Risulta dagli atti (documenti da 30 a 36 della produzione di primo grado di MERCURI, depositata il 25 gennaio 2010) che SITE aveva la qualificazione per la categoria LIS002 - classe 7 nonché quella per la categoria LIS002-classe 7 solo fino al 3 luglio 2009, successivamente alla data dell'aggiudicazione provvisoria e della verifica dei requisiti, aveva la qualificazione per dette categorie in classe 6 (fino a 8 milioni di euro), come tale inidonea in relazione all'importo dei lavori assunti.

Non convince in proposito la replica di SITE, volta a sostenere che essa avrebbe posseduto ininterrottamente la classe 7 per le categorie LIS002 e LIS006, e che solo per un errore materiale commesso dalla stazione appaltante, e prontamente rettificato, le sarebbe stata attribuita la classe 6, per omessa valutazione di alcuni lavori.

Il documento invocato da SITE (attestazione delle Ferrovie dello Stato in data 15 giugno 2010, depositata nel giudizio di appello il 16 giugno 2010), non comprova, ad avviso del collegio, le circostanze invocate da SITE.

Infatti si attesta in tale dichiarazione il possesso in capo a SITE delle categorie LIS002 e LIS006, ma nulla si dice in ordine al possesso della classe 7 in luogo della classe 6 per il periodo rilevante ai fini dei fatti di causa.

61. Inoltre, in tale dichiarazione si attesta che:

- in data 9 ottobre 2009 SITE ha presentato domanda per il riottenimento della qualificazione nelle classi di importo possedute precedentemente;
- in data 10 novembre 2009 è stato notificato l'esito di tale domanda;

- per la definizione della qualificazione sono stati presi in considerazione i certificati di regolare esecuzione dei lavori realizzati nel 60 mesi antecedenti la presentazione della domanda di rinnovo dell'11 giugno 2009.

62. Da tale dichiarazione non si evince:

- con che decorrenza è stata riattribuita la classe 7;

- che la classe 7 sarebbe stata riattribuita senza soluzione di continuità e dunque anche per il periodo da 4 luglio 2009 (la precedente classe 7 era scaduta il 3 luglio 2009) al 9 novembre 2009 (il 10 novembre 2009 è stato notificato l'esito della domanda del 9 ottobre 2009).

Né convince l'assunto difensivo di SITE, che la classe 7, riattribuita a novembre, sarebbe stata conferita retroattivamente, senza soluzione di continuità per il periodo luglio – novembre 2009.

Infatti, secondo la procedura di qualificazione nell'ambito del sistema RFI, per potersi confermare la precedente qualificazione con effetto retroattivo, occorre che la domanda di conferma sia presentata sei mesi prima della scadenza della qualificazione in corso. Nel caso di specie, invece, la domanda di conferma della qualificazione, che era in scadenza a luglio 2009, è stata presentata solo a giugno 2009 (art. 16, co. 2 e 3: "Nel caso in cui il procedimento di valutazione della domanda di rinnovo si conclude positivamente prima della scadenza della qualificazione già posseduta, è concesso il prolungamento della qualificazione di 3 anni a partire dalla data di scadenza.

Nel caso in cui il procedimento di valutazione della domanda di rinnovo si conclude dopo la scadenza della qualificazione già posseduta, il soggetto interessato risulterà non qualificato nel periodo intercorrente tra la data di scadenza della precedente qualificazione e la data di inizio del nuovo periodo triennale di validità").

63. Quanto alla posizione della mandante Ducati, secondo il sistema di qualificazione RFI (art. 9.3) in analogia all'art. 3, co. 2, d.P.R. 34/2000, la qualificazione in una categoria e classe abilita l'impresa a partecipare a gare per l'affidamento di lavori di importo pari al valore dell'iscrizione maggiorato di un quinto. Pertanto la Ducati poteva, con la classe 6, assumere lavori fino a 9.600.000 euro, e dunque poteva assumere l'importo indicato in gara.

64. Alla luce di tali assorbenti considerazioni, il raggruppamento SITE avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Pertanto, non avendo legittimamente partecipato alla gara, SITE non è legittimata a contestare l'aggiudicazione a MERCURI, a nulla rilevano l'interesse pratico all'annullamento dell'intera procedura e alla sua rinnovazione.

65. Con l'appello n. 4471/2010, GETS contesta l'accoglimento dei ricorsi incidentali di primo grado, pronunciato dalla sentenza n. 1334/2010.

L'appello è infondato.

Dalla documentazione esibita (v. nota FS del 23 ottobre 2007) risulta che GETS, in un primo tempo, aveva conseguito la qualificazione per la categoria LIS002 - classe di importo 7 (oltre gli 8 milioni di euro), originariamente valida fino al 18 ottobre 2009.

Tuttavia, in sede di revisione triennale, è stata inserita in una classe di importo inferiore (la numero 4, fino a 2,5 milioni di euro), inidonea ai fini della dimostrazione dei prescritti requisiti soggettivi.

In particolare, nel corso del giudizio di primo grado, MERCURI aveva prodotto in giudizio copia degli aggiornamenti del "Sistema di qualificazione delle imprese per la realizzazione degli impianti di segnalamento ferroviario", di R.F.I. s.p.a., datati rispettivamente 23 settembre 2009 e 20 ottobre 2009, dai

quali risulta l'attribuzione a GETS della classe 4 (importo fino a 2,5 milioni di euro).

Successivamente, l'ente di qualificazione ha affermato che la nuova classificazione avrebbe effetto solo a partire dal 18 ottobre 2009 (v. nota delle FS 7 ottobre 2009).

In particolare, la difesa dell'appellante ha depositato, in primo grado, copia del certificato del 7.10.2009 proveniente da R.F.I. s.p.a. (cfr. doc.1, depositato il 12.2.2010), attestante il possesso della qualificazione LIS 002 per la classe 7 (importo oltre 8 milioni di euro), con validità fino al 19.10.2009. Ha poi ribadito l'argomento, esposto dinanzi al TAR, secondo cui la momentanea perdita della qualifica nella classe 7 sarebbe dipesa dai ritardi del sistema "telematico" adottato da R.F.I. s.p.a. per l'aggiornamento delle qualificazioni, nonostante la tempestiva allegazione dei certificati di buona esecuzione dei lavori.

La nuova dichiarazione resa da R.F.I. non appare idonea ad assegnare all'interessata il prescritto requisito di qualificazione.

Al riguardo, MERCURI osserva, infatti, che la nuova classificazione ha valore triennale sino al 22 settembre 2012, e, pertanto, comprende l'intero periodo decorrente dal 22 settembre 2009.

Ma anche prescindendo da tale considerazione, va condivisa la conclusione cui è pervenuto il TAR, secondo cui, in materia di accertamento dei requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti di lavori pubblici, vige il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità.

Si tratta di un principio rispondente ad evidenti esigenze di certezza e di funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici.

D'altro canto, le stazioni appaltanti non possono essere esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, della qualificazione SOA, o della qualificazione prevista per i settori speciali.

Pertanto, l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve dimostrare di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando.

Nella fattispecie, il sistema adottato da R.F.I. s.p.a. e recepito da FSE si fonda su criteri e meccanismi sostanzialmente corrispondenti a quelli posti a base del sistema delle SOA.

Il regolamento approvato da R.F.I. s.p.a. prevede la verifica dei requisiti di capacità tecnica e potenzialità produttiva (art. 10.3), previa allegazione da parte dell'impresa interessata della documentazione comprovante, tra l'altro, la regolare esecuzione dei lavori rientranti nelle categorie di specializzazione (art. 6.13).

L'art. 14 del regolamento disciplina compiutamente l'istituto della "dequalificazione", consistente nella riduzione delle classi d'importo per le categorie di specializzazione oggetto dei lavori monitorati da R.F.I. s.p.a.: essa viene disposta quando il soggetto consegua un peggioramento del valore dell'indice qualitativo, non sia più in possesso di taluni requisiti di capacità tecnica, potenzialità produttiva ed organizzazione, oppure abbia subito un peggioramento dei requisiti attinenti alla condizione economico-finanziaria.

La dequalificazione "… viene comunicata per iscritto al soggetto interessato con l'indicazione dei motivi che l'hanno causata e dura fino a quando tali motivi non saranno rimossi e comunque non oltre la data di naturale scadenza di validità della qualificazione del soggetto interessato" (art. 14.7).

E' onere dell'impresa comunicare tempestivamente a R.F.I. s.p.a. tutte le variazioni dei propri requisiti tecnico-economici influenti ai fini della qualificazione (art. 15.1). L'impresa già qualificata può richiedere il rinnovo (prima della scadenza) ovvero l'estensione della qualificazione ad altre classi d'importo con apposita domanda, allegando la documentazione necessaria (art. 16.5). Nel caso in cui l'istruttoria sulla richiesta di rinnovo si concluda dopo la scadenza della qualificazione, il regolamento stabilisce espressamente che "… il soggetto interessato risulterà non qualificato nel periodo intercorrente tra la data di scadenza della precedente qualificazione e la data di inizio del nuovo periodo triennale di validità" (art. 16.3): quest'ultima disposizione conferma l'efficacia *ex nunc*, non retroattiva, del riconoscimento da parte di R.F.I. s.p.a. delle qualificazioni e delle relative classi d'importo.

Pertanto, non è condivisibile l'opinione di GETS, la quale ribadisce di avere trasmesso a R.F.I. s.p.a. tutte le certificazioni necessarie per la riqualificazione nella categoria LIS 002 – classe 7 (importo oltre 8 milioni di euro).

Al contrario, risulta dimostrato che GETS ha subito la dequalificazione nella classe 4 (importo fino a 2,5 milioni di euro), quantomeno alle date del 23.9.2009 e del 20.10.2009.

Tuttavia, l'eventuale accoglimento dell'istanza di riqualificazione non avrebbe effetto pienamente retroattivo e non sarebbe sufficiente per superare il temporaneo difetto di capacità tecnica verificatosi nel corso della gara.

Ne deriva, pertanto, che GETS non risulta in possesso dei requisiti soggettivi prescritti per conseguire l'appalto in contestazione.

E è appena il caso di osservare che, in ogni caso, il riscontrato difetto dei presupposti di qualificazione impedirebbe anche di configurare l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

66. La riconosciuta fondatezza dei ricorsi incidentali di primo grado preclude l'esame delle questioni di merito dedotte con i ricorsi principali.

Pertanto, non vi sono le condizioni processuali per esaminare le ulteriori questioni prospettate dall'ordinanza di rinvio alla Plenaria, ancorché "nell'interesse della legge".

67. In definitiva, quindi:

- va accolto, parzialmente, l'appello n. 3321/2010, proposto da SITE, limitatamente alla declaratoria di irricevibilità dei motivi aggiunti;

- va accolto l'appello incidentale proposto da Mercuri, nell'ambito del giudizio n. 3321/2010, nella parte in cui ripropone il ricorso incidentale di primo grado;

- conseguentemente devono essere dichiarati inammissibili le censure proposte da SITE con il proprio ricorso principale di primo grado e con i connessi motivi aggiunti, per difetto di legittimazione;

- l'appello n. 4471/2010, proposto da GETS, deve essere respinto.

Le spese possono essere compensate, considerando la particolare complessità delle questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Accoglie, parzialmente, l'appello n. 3321/2010, proposto da SITE;

Accoglie l'appello incidentale proposto da MERCURI, nell'ambito del giudizio n. 3321/2010;

Per l'effetto, accoglie il ricorso incidentale proposto da MERCURI dinanzi al TAR e dichiara inammissibile il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, proposto in primo grado da SITE;

respinge l'appello n. 4471/2010, proposto da GETS;

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite;

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione