

# ***Ancora dubbi sul rapporto tra ricorso principale e incidentale: il problema dei concorrenti “terzi”<sup>1</sup>***

**L'Adunanza Plenaria n. 6/2018 rimette la questione alla Corte di Giustizia**

**Sommario:** 1. Premessa - 2. L'evoluzione giurisprudenziale sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale c.d. escludente: dalla Adunanza Plenaria n.11/2008 alla sentenza CGUE *Puligienica* – 3. La giurisprudenza europea successiva: il caso *Gembsb* e il caso *Archbus* - 4. I “limiti oggettivi” della sentenza *Puligienica*: la terza sezione modula il *dictum* europeo con riferimento alla nozione di *interesse strumentale* – 5. La quinta sezione accoglie un orientamento “garantista” e applica il principio *Puligienica tout court*: la rimessione alla Plenaria. – 6. Ulteriori osservazioni sul problema dei “terzi”: il contraddittorio; l'onere della prova; i “ricorsi concatenati”; il “soggetto” cui compete valutare la “medesimezza del vizio” in ordine alle altre imprese concorrenti - 7. L'Adunanza Plenaria passa la parola alla Corte di Giustizia – 8. Note conclusive: come arrestare la “corsa” della giurisdizione oggettiva?

## **1. Premessa**

La tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale c.d. “escludente”, sebbene sia stata ripetutamente oggetto di arresti da parte sia della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, è tutt'oggi una delle questioni in merito alla quale permangono dubbi di non poco conto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il presente contributo costituisce versione aggiornata ed integrata degli articoli *Il ricorso incidentale escludente e le prime applicazioni della sentenza Puligienica e L'interesse strumentale e la sentenza Bietergemeinschaft: il ricorso incidentale post-Puligienica*, pubblicati in *Sito Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, rispettivamente in data 3 ottobre 2016 e 27 aprile 2017 e in *Italiappalti.it* in data 6 settembre 2017 (in versione unica dal titolo *Il ricorso incidentale e l'interesse ad agire alla luce delle sentenze Puligienica, GesmbH e Archbus*).

<sup>2</sup> Il tema, come noto, è emerso nell'ambito del contenzioso in materia di appalti pubblici. In tale contesto, la questione del corretto ordine di esame dei ricorsi (principale ed incidentale) si è posta all'attenzione della giurisprudenza ben prima delle due importanti decisioni della Plenaria del 2008 e 2011. Già a partire dagli anni '90, infatti, fermo restando il principio generale dell'accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale e quindi della priorità logica di quest'ultimo, la giurisprudenza maggioritaria affermò che il giudice è tenuto ad esaminare preliminarmente le eccezioni, sollevate dal ricorrente incidentale, con cui si contesti l'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale (ricorso incidentale c.d. paralizzante o escludente), perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una questione di rito. A tale orientamento favorevole ad un'applicazione costante, senza eccezioni, del prioritario esame del ricorso incidentale quando con questo si contesti l'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale, se ne è contrappose, a metà degli anni 2000, un altro. Ad avviso del secondo indirizzo (minoritario), in caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. “paralizzante”, il ricorso principale non diventerebbe improcedibile, neppure qualora alla gara abbiano partecipato solo due imprese che reciprocamente contestino la rispettiva ammissione, in quanto, il ricorrente principale vanterebbe, comunque, un interesse all'esame nel merito della sua impugnazione, anche qualora l'accoglimento del ricorso incidentale *ex adverso* proposto abbia pregiudicato la sua possibilità di conseguire, in via immediata, l'appalto. La questione è stata oggetto di importanti decisioni della Adunanza Plenaria nel 2008, nel 2011 e nel 2014, di un primo importante arresto da parte del giudice europeo nella nota sentenza *Fastweb* del 4 luglio 2013 e, da ultimo, di un ulteriore *revirement* ad opera della sentenza *Puligienica* del 5 aprile 2016. Anche la dottrina si è molto occupata del tema, così come dimostra l'amplessissima produzione scientifica alla quale si rinvia. Senza pretesa di esaustività, tra i tanti contributi si veda: G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale (nota a Cons. Giust.*

Le perplessità coinvolgono, in particolare, la latitudine applicativa dei principi declinati in dette sedi, tanto che, in un breve lasso di tempo, si sono susseguite diverse pronunce contrastanti tra loro. Allo stato, infatti, non si è ancora consolidata una uniformità di vedute circa la regola

---

*Amm. Reg. Sic.*, 22 dicembre 1995, n. 388), in *Dir. proc. amm.*, II, 1997, pp. 555 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, in F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, pp. 715 ss.; R. SPAGUOLO VIGORITA, *Dinamiche processuali e vicende di giustizia sostanziale. Brevi note in tema di ricorso incidentale*, in *Foro amm.* – TAR, IV, 2007, pp. 1536 ss.; G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006; ID., *Ricorso incidentale e parità delle parti. La Plenaria dopo la svolta della V e della VI*, *ibidem*, 2008; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, pp. 633 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008; G. FIGUERA, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2008, pp. 1066 ss.; L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, in *Foro amm.* – C.d.S., IX, 2008, pp. 2949 ss.; A. REGGIO D'ACI, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l'effetto «paralizzante» del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica. Rimangono, però, non esaminate alcune tematiche che potrebbero suggerire un ragionevole ripensamento di questo nuovo orientamento*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2008, pp. 215 ss.; R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2008, pp. 911 ss.; F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, *ibidem*, IV, 2009, pp. 1047 ss.; M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, *ibidem*, III, 2009, pp. 609 ss.; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, *ibidem*, II, 2009, pp. 146 ss.; L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, I, 2009, pp. 48 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2009, pp. 581 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, pp. 315 ss.; R. VILLATA – L. BERTOZZI, *Rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno*, [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2014; G. SIGSMONDI, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, e 30 gennaio 2014, n. 7)*, in *Foro it.*, VIII, 2014, pp. 472 ss.; R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 791 ss. Sul recente principio espresso dalla Corte nella sentenza Puligienica, si rinvia in particolare a D. ANDRACCHIO, *La nuova fisionomia 'euro-unitaria' dei rapporti tra ricorso principale e incidentale 'escludente' in materia di appalti*, in *Federalismi.it*, n. 16 del 2016; S. TRANQUILLI, *Prime applicazioni della sentenza "Puligienica": cui prodest?*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it); A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in *Giust.amm* n. 3-2017; M. LIPARI, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani; A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti invocate a prescindere dal numero dei concorrenti e della differenza tra motivi ed effetti escludenti. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.* 2016, pp. 790 ss.; L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, *ivi*, pp. 1198 ss.; C. LAMBERTI, *La Corte di giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo vincolo di interprete (unica) del diritto europeo*, in *Urb.app.* 2016, pp. 1084 ss.; E. FOLLIERI, *Individuazione degli interessi protetti dall'ordine di trattazione dei ricorsi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.* 2014, pp. 2555 ss.; A. GIUSTI, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.* 2016, pp. 2221 ss.; E. TEDESCHI, *Rapporto tra ricorso principale ed incidentale in materia d'appalto: profili oggettivi della giustizia amministrativa e integrazione europea*, in *Dir. proc. amm.* 2017, pp. 1436 ss. Si rimanda altresì all'attenta monografia di C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2016. Da ultimo, si rinvia a R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonche' di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, n 2/2018, pp. 325-369. Si consentito infine richiamare A. BERTI SUMAN, *Il ricorso incidentale escludente e le prime applicazioni della sentenza Puligienica*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 3 ottobre 2016; ID., *L'interesse strumentale e la sentenza Bietergemeinschaft: il ricorso incidentale post-Puligienica*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 27 aprile 2017.

processuale da applicare nel caso in cui il ricorrente e contro interessato aggiudicatario impugnino reciprocamente gli atti relativi alla loro ammissione ad una gara pubblica.

L'ordine di esame dei due ricorsi dovrebbe dipendere, di regola, dal tipo di domanda che si fa valere con il ricorso incidentale. Così, nel caso in cui per mezzo di quest'ultimo si sollevi un'eccezione processuale volta ad escludere la legittimazione a ricorrere del ricorrente principale (c.d. ricorso incidentale escludente), l'esame del ricorso incidentale dovrebbe logicamente precedere quello del ricorso principale. La questione, tuttavia, non è così nitida come appare.

Il dibattito interno in tema è strettamente connesso con le categorie giuridiche della legittimazione a ricorrere, che discende dalla posizione qualificata del soggetto idonea a distinguerlo dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo, e dell'interesse al ricorso. Tale seconda categoria è intesa come possibilità di conseguire in via diretta ed immediata un vantaggio giuridicamente apprezzabile dall'azione giudiziaria<sup>3</sup>.

Come noto, l'interesse a ricorrere, nel particolare settore degli appalti pubblici, può declinarsi nel c.d. *interesse strumentale*, rivolto ad ottenere, non già, in via immediata ed diretta, il bene della vita sperato (l'aggiudicazione dell'appalto), ma il riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Il ricorrente, che ha partecipato legittimamente a gara pubblica, può infatti, di regola, 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. Occorre, dunque, avere riguardo alla possibilità concreta di vedere soddisfatta la pretesa sostanziale fatta valere.

Negli ultimi anni, l'*interesse strumentale* sta assumendo un ruolo sempre più rilevante nell'ambito del contenzioso degli appalti pubblici, alla luce delle ripetute istanze europee tendenti ad un'estensione della nozione di interesse processualmente rilevante<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Per una analisi delle categorie della legittimazione e dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo cfr. G. MANNUCCI, *Legittimazione ed interesse a ricorrere*, Diritto online Treccani, 2018.

<sup>4</sup> Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, in C-100/12, "Fastweb"; Id., Grande Sez., 5 aprile 2016, C-689/13, "Puligienica", Id., Sez. VIII, 10 maggio 2017, in C-131/16, "Archus". Si rimanda sul punto anche alla recente sentenza Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014 che ha avvertito l'esigenza di ampliare la categoria delle clausole immediatamente impugnabili, affermando, per la prima volta, l'impugnabilità immediata di una clausola di un bando di gara che individua quale criterio di aggiudicazione quello del massimo ribasso anziché dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di una serie di nuove disposizioni contenute nel nuovo Codice degli appalti, dalle quali si desume una nozione di "bene della vita" meritevole di protezione già nella fase prodromica della scelta del contraente, più ampia di quella tradizionalmente riferita all'*aggiudicazione*, che «sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del "diritto" dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore». La medesima sezione, con successiva ordinanza del 7 novembre 2017, n. 5138, ha poi rimesso all'Adunanza Plenaria la questione concernente l'onere di impugnazione immediata della clausola del bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso e di quelle disciplinanti le regole di svolgimento della procedura di gara nonché l'ulteriore questione della legittimazione alla impugnazione immediata del bando e degli altri atti precedenti l'aggiudicazione. L'Adunanza Plenaria si è tuttavia pronunciata con sentenza n. 4 del 26 aprile 2018 rifiutando la lettura evolutiva prospettata dalla ordinanza di remissione e così "ridimensionando" il ruolo dell'interesse strumentale nel contenzioso appalti.

Le tendenze moderne sono mosse dall'esigenza di garantire a una categoria di soggetti più ampia possibile l'accesso alla giustizia, offrendo loro un «rimedio effettivo»<sup>5</sup> a fronte della violazione di un interesse protetto<sup>6</sup>.

Sul punto, norma cardine è l'art. 1, comma 3, della direttiva n. 89/665 CEE (c.d. direttiva ricorsi), la quale impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a «chiunque abbia o abbia avuto *interesse a ottenere l'aggiudicazione* di un determinato appalto e *sia stato o rischi di essere lesa* a causa di una presunta violazione»<sup>7</sup>.

La legittimazione a ricorrere si presenta in una accezione piuttosto ampia, idonea a comprendere anche colui che «*rischi di essere lesa*» a causa di una violazione denunciata.

Nello stesso tempo, la norma riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di *interesse*, inteso come effettiva, concreta ed attuale utilità - diretta o anche mediata e strumentale - che potrebbe ricavare l'operatore economico dall'accoglimento del ricorso.

La giurisprudenza, nazionale ed europea, che ha affrontato il tema del rapporto tra ricorso principale e incidentale, si è concentrata sull'interpretazione della descritta normativa, fornendo soluzioni parzialmente difformi. In particolare, le incertezze riguardano, soprattutto, il riferimento «*a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione*», nelle ipotesi in cui il concorrente sia stato o avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, ed il riferimento a «*un determinato appalto*», laddove il concorrente (che sia stato o avrebbe dovuto essere escluso) aspiri in sostanza a un'utilità mediata rappresentata dall'annullamento (se del caso, in autotutela) dell'intera procedura e alla sua riedizione<sup>8</sup>.

## **2. L'evoluzione giurisprudenziale sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale c.d. escludente: dalla Adunanza Plenaria n.11/2008 alla sentenza CGUE *Puligienica***

La questione del rapporto tra ricorso principale e incidentale è stata oggetto di importanti decisioni della Adunanza Plenaria nel 2008, nel 2011 e nel 2014 e di un primo importante arresto da parte del giudice europeo nella nota sentenza *Fastweb* del 4 luglio 2013.

Ripercorrendo brevemente quanto affermato in tali pronunce, si rammenta che, in un primo tempo, l'Adunanza Plenaria n. 11/2008 aveva limitato l'efficacia paralizzante del ricorso incidentale su quello principale, affermando che l'esame di trattazione del ricorso (qualunque sia il primo ad essere valutato) non può precludere la fondatezza dell'altro, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.

---

<sup>5</sup> Sulla nozione di «rimedio effettivo» cfr. G. ALPA, *Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato*, in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it) Si veda altresì G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato*, 2017, 15 ss.

<sup>6</sup> N. TROCKER, «*Civil Law*» e «*Common law*», cit.; K. LENAERTS, *Effective judicial protection in the EU*, in [europa.eu/justice](http://europa.eu/justice), 2013. Sulla funzione dei rimedi nell'ordinamento comunitario, cfr. anche T. EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, in *CMLR*, 2004, 1199 ss.

<sup>7</sup> Il corsivo è di chi scrive.

<sup>8</sup> In questi termini, Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 6.

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

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

Sul punto, intervenne, una prima volta, il giudice europeo con la sentenza *Fastweb* del 4 luglio 2013, con cui statuì che, quando le imprese ammesse alla procedura di gara siano soltanto due, «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare». Tale pronuncia limitò dunque l'esame di entrambi i ricorsi ai casi in cui si verte nella medesima fase del procedimento e i vizi lamentati dalle parti sono gli stessi.

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

In coerenza con i principi affermati nella sentenza *Fastweb*, la Plenaria n. 9 del 2014 precisò che l'obbligo di procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti resta circoscritto alle sole ipotesi in cui: a) i vizi che affliggono le rispettive offerte attengano alla "medesima fase procedimentale" ("simmetria escludente"); b) gli operatori rimasti in gara siano solo due e abbiano tutti proposto ricorsi escludenti nei confronti degli altri.

La stessa Plenaria aveva attentamente puntualizzato il corretto ordine di esame dei ricorsi. Si era, infatti, affermato che lo scrutinio del ricorso incidentale escludente, poiché riguarda la legittimazione e l'interesse del ricorrente principale, deve sempre precedere il vaglio del ricorso principale.

Tuttavia, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, ma soltanto nel caso in cui «esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, comma 2, e 74 c.p.a.».

In quest'ottica, in caso di riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale escludente, il giudice deve dichiarare inammissibile il ricorso principale per carenza di interesse, senza esaminarlo nel merito.

Solo nei tassativi casi di accertata “simmetria” delle censure formulate e di proposizione di ricorsi escludenti nei confronti di tutti i concorrenti rimasti in gara, l'accoglimento del ricorso incidentale lascia intatto l'obbligo del giudice di esaminare anche il ricorso principale. In tali particolari circostanze appare, infatti, configurabile un interesse strumentale del ricorrente principale alla rinnovazione della procedura di gara, in quanto l'accoglimento contestuale dei ricorsi determinerebbe l'annullamento dell'intera procedura di gara con conseguente sua ripetizione.

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

Il duplice criterio interpretativo espresso dalla Plenaria n. 9/2014 è stato radicalmente ripensato e modificato dalla recente sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*, che ha ampliato il principio di diritto prima affermato nella sentenza *Fastweb* e sostanzialmente stravolto quanto affermato dall'Adunanza. In tale pronuncia, si è infatti ritenuto che, in presenza di una censura incidentale “escludente”, non venga mai meno la legittimazione del ricorrente principale che abbia proposto anch'egli censure “escludenti”<sup>9</sup>.

La Corte di giustizia ha chiarito e sviluppato la *regula iuris* stabilita con la decisione *Fastweb*, riaffermando il principio secondo cui la direttiva ricorsi<sup>10</sup> «osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a

---

<sup>9</sup> La controversia di cui al procedimento principale riguardava una procedura di gara con più di due partecipanti, ove in primo grado, il Tar Sicilia, a fronte di censure reciprocamente escludenti sollevate dal ricorrente principale e da quello incidentale, aveva esaminato e ritenuto fondati entrambi i ricorsi, e, per l'effetto, annullato l'aggiudicazione e l'ammissione alla gara delle due società ricorrenti. Successivamente alla pubblicazione della sentenza, la stazione appaltante dapprima aveva escluso dalla procedura le due ricorrenti e poi, una volta fatta scorrere la graduatoria, aveva altresì provveduto all'esclusione di tutte le altre imprese ammesse per inidoneità delle rispettive offerte, poiché tutte carenti del requisito rappresentato dalla specifica indicazione dei costi per la sicurezza, con provvedimenti successivamente divenuti inoppugnabili. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, adito per l'appello, si era ritrovato quindi a giudicare su censure escludenti in merito ad una vicenda venuta a configurarsi, a seguito dell'esclusione definitiva di tutti gli ammessi alla procedura, come una gara a soli due partecipanti. L'ordinanza di rimessione n. 848, resa in data 17 ottobre 2013, si preoccupa di distinguere la concreta vicenda esaminata da quelle finora vagliate dalle precedenti Plenarie e, soprattutto, dalla sentenza *Fastweb*, ove, come noto, alla gara avevano partecipato, sin dall'origine, le due sole imprese che avevano proposto i ricorsi reciprocamente escludenti e le censure proposte erano, anche nel contenuto, perfettamente speculari (c.d. simmetria escludente). Il Collegio siciliano, pur evidenziando l'*isomorfismo* delle situazioni, dubita che si possa applicare il principio di diritto espresso dalla sentenza *Fastweb* anche al caso *de quo*, in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, con provvedimenti divenuti definitivi, di guisa che la controversia, alla luce della evoluzione suddetta, risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese.

<sup>10</sup> In particolare, l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007.

ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente».

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

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

Ad avviso del giudice europeo, infatti, i ricorrenti vanterebbero, in ogni caso, una astratta *chance* di ripetizione della gara, in quanto l'Amministrazione potrebbe decidere comunque di non procedere allo scorrimento della graduatoria; ovvero si potrebbe appurare l'illegittimità dell'offerta del terzo; o quest'ultimo potrebbe non essere più interessato all'aggiudicazione<sup>11</sup>.

In tal modo, si è esteso di molto il principio espresso dalla sentenza *Fastweb*<sup>12</sup>, al fine di tutelare al massimo l'interesse strumentale dell'operatore economico e di proteggere, in prospettiva più generale, la legalità delle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

### 3. La giurisprudenza europea successiva: il caso *Gembsh* e il caso *Archus*

In seguito alla sentenza *Puligienica*, la Corte di giustizia è tornata nuovamente sul tema con due interessanti pronunce, espressione, la prima, di una sorta di "ridimensionamento" dell'interesse

---

<sup>11</sup>Nello specifico, la Corte ribadisce il principio generale ricavabile dalla sentenza *Fastweb*, secondo cui «ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di entrambi gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto». Ma la pronuncia sostiene che l'interesse strumentale dell'operatore economico sussiste anche nei casi in cui nella procedura siano rimasti in gara altri concorrenti, le cui offerte non abbiano formato oggetto di censure "escludenti". A parere del giudice europeo, infatti, «non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura». Ciò ha condotto la Corte a concludere nel senso che «il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb*».

<sup>12</sup> Si rimanda a M. LIPARI, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, cit., che nota come l'interesse strumentale alla ripetizione della gara, nel caso *Puligienica*, risulta «un po' meno nitido» rispetto al caso *Fastweb*. Infatti, «Nel caso *Fastweb*, poiché tutti gli originari due partecipanti alla gara contestano simultaneamente le reciproche ammissioni, risultava chiaro che l'eventuale accoglimento di tutti i ricorsi avrebbe determinato l'azzeramento della gara, aprendo la concreta chance della sua ripetizione, senza alcuna "riserva". Nel caso *Puligienica*, invece, le contestazioni reciproche delle ammissioni alla selezione riguardano i soli concorrenti "rimasti in gara", senza coinvolgimento degli altri operatori definitivamente esclusi dalla stazione appaltante. Si prospetta, allora, almeno astrattamente, una possibile incognita. Infatti, anche in caso di accoglimento di tutti i ricorsi incrociati, l'effetto di "annullamento totale" dell'intera gara non è del tutto scontato, ma resta sempre subordinato alla circostanza che l'amministrazione non decida, in via di autotutela, di riammettere alla selezione gli operatori esclusi».

strumentale nel contenzioso appalti, la seconda, di una applicazione estensiva della medesima categoria.

Nello specifico, con sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C 355/15) (nel prosieguo: “sentenza *Gembsh*”) il giudice europeo ha affrontato il tema della impugnabilità degli esiti di una procedura di gara per l’impresa definitivamente esclusa, sancendone il suo difetto di legittimazione, quand’anche i concorrenti siano solo due<sup>13</sup>.

In tal modo, si è circoscritto il “principio *Puligienica*” ai soli casi in cui l’operatore economico vanta un vero e proprio interesse strumentale alla riedizione della gara, ribadendo il difetto di legittimazione a ricorrere all’offerente definitivamente escluso dalla procedura, in quanto portatore di un mero interesse di fatto alla riedizione della gara, alla stregua di un *quisque de populo*<sup>14</sup>.

Nello specifico, la pronuncia ha affermato il principio di diritto ai sensi del quale l’art. 1, par. 3, della c.d. direttiva ricorsi «non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell’amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l’accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell’appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l’offerente escluso e l’aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l’offerta dell’aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa»<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> La giurisprudenza comunitaria in tema, è costituita, in particolare, dalle sentenze Corte giust. UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 *Fastweb*; Sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09 *Stadt Graz*; 28 gennaio 2010, n. 406/08 *Uniplex*; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, *Grossman*; 19 giugno 2003, C-249/01 *Hackermuller*. Più nello specifico, la Corte di Giustizia con la sentenza del 19 giugno 2003, resa nel caso *Hackermuller*, ha rilevato che la partecipazione alla gara costituisce un necessario fattore di differenziazione della situazione soggettiva vantata dall’impresa che intenda agire in giudizio per dedurre la presenza di illegittimità nello svolgimento della gara, atteso che anche l’ordinamento europeo individua nell’annullamento giurisdizionale uno strumento di tutela di una posizione soggettiva sostanziale, non una via di ripristino della legalità violata, con un vincolo di necessaria presupposizione tra lesione ed annullamento giurisdizionale dell’atto illegittimo.

<sup>14</sup> Nello specifico, la Corte ha affermato che «ad un offerente la cui offerta era stata esclusa dall’amministrazione aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico poteva essere negato l’accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico in quanto la decisione di esclusione di tale offerente era stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell’appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico in questione».

<sup>15</sup> La sentenza è stata resa in risposta ad una questione pregiudiziale sollevata da un giudice austriaco, relativa al caso di un offerente definitivamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, al quale era stato negato l’accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del medesimo appalto e la conclusione del contratto, in una fattispecie in cui le offerte erano state presentate unicamente da due imprese (ovvero l’offerente escluso e l’aggiudicatario) e l’offerente escluso contestava che anche l’offerta dell’aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa. Il giudice del rinvio dubitava che l’insegnamento discendente dalla sentenza *Fastweb* fosse applicabile anche al caso in cui due operatori economici abbiano inizialmente presentato un’offerta e l’esclusione dell’offerente che intenda contestare la decisione di aggiudicazione sia stata preliminarmente e definitivamente accertata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, non riconoscendo a quest’ultimo, in tale caso, la qualifica di «offerente interessato» ai sensi dell’articolo 2 bis, paragrafo 2, di detta direttiva. Tuttavia, il giudice austriaco domandava se, in base al principio di parità di trattamento, si potesse

Il Giudice europeo ha dunque sostanzialmente limitato il principio di diritto espresso dalla *Puligienica*, in accordo con la giurisprudenza amministrativa a quest'ultima pregressa (cfr. Adunanza Plenaria n.9 del 2014) e successiva (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708 su cui *infra*), circoscrivendo l'obbligo di esaminare entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, proposti dalle imprese offerenti, ai casi in cui dall'eventuale accoglimento di essi possa derivare loro un vantaggio, anche di tipo strumentale, con l'esclusione del caso in cui l'offerta della parte ricorrente sia stata esclusa con un provvedimento non tempestivamente impugnato e dunque definitivo.

La Corte di Giustizia si è quindi, in un certo senso, posta sul solco di quanto affermato dai giudici amministrativi, che avevano rilevato la necessità di modulare quanto espresso nella sentenza *Puligienica* alla luce della nozione di “interesse ad agire”<sup>16</sup>, escludendo il diritto a ricorrere a colui il quale, essendo stato *legittimamente* e *definitivamente* escluso dalla gara, non potrebbe ricavare, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale), da un eventuale accoglimento del ricorso<sup>17</sup>.

Pù di recente, i giudici di Lussemburgo, con la sentenza dell'11 maggio 2017 nella causa C-131/16 (*Archus*), hanno nuovamente affrontato il tema, questa volta riprendendo quanto statuito nella *Puligienica* e affermando che l'impresa *legittimamente* ma *non definitivamente* esclusa dalla procedura di gara vanta invece sempre un interesse ad ottenere la rinnovazione della stessa.

La pronuncia è stata resa su un caso di gara con *due soli concorrenti*, avente ad oggetto l'impugnativa proposta dal candidato 'B' (definitivamente escluso con decisione non contestata in giudizio) avverso la decisione dell'amministrazione, che aveva disposto l'aggiudicazione in favore del concorrente 'A'<sup>18</sup>.

---

riconoscere anche ad un tale offerente definitivamente escluso la legittimazione a ricorrere avverso detta decisione, quando quest'ultima sia favorevole all'unico altro offerente in gara.

<sup>16</sup> Cfr. sul punto par. successivo.

<sup>17</sup> Nello specifico, la Corte ha evidenziato come il caso di specie sia sostanzialmente diverso rispetto a quelli affrontati in *Fastweb* e *Puligienica*, in quanto: A) le offerte dei soggetti interessati nelle cause che hanno dato origine alle citate sentenze non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, a differenza dell'offerta presentata nel procedimento principale (punto 31); B) in tali due cause ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, vantando entrambi un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta. Tali contestazioni avrebbero infatti potuto indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare e, di conseguenza, a rinnovare la procedura di gara. Nel caso di specie, diversamente, il ricorso è stato presentato, in primo luogo, avverso la decisione di esclusione adottata nei propri confronti e, in secondo luogo, avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto ed è nell'ambito del secondo ricorso che esso invoca l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria (punto 32). Pertanto, il principio di diritto espresso nel 2013, come ribadito e “ampliato” nel 2016, non è applicabile alla situazione procedurale e al contenzioso *de quo*, in quanto il soggetto ricorrente, non avendo tempestivamente impugnato l'esclusione, deve essere considerato offerente definitivamente escluso, con conseguente difetto di legittimazione ad impugnare, alla stregua di ogni altro soggetto che non ha preso parte alla procedura competitiva.

<sup>18</sup> La questione è stata rimessa alla Corte Ue da parte del Giudice polacco, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto un appalto di servizi per la digitalizzazione delle risorse dell'Archivio geologico centrale della Compagnia polacca delle attività estrattive di petrolio e di gas (amministrazione aggiudicatrice). La procedura di

La Corte di giustizia ha ammesso la proponibilità dell'impugnativa, riconoscendo sussistente l'*interesse a ricorrere* in capo al concorrente che, seppure legittimamente escluso, possa nondimeno ottenere, all'esito del ricorso, l'esclusione dalla gara dell'altro concorrente, con conseguente caducazione della gara ed avvio di una nuova procedura nel cui ambito competere con rinnovate possibilità di successo.

Il Giudice europeo ha dunque interpretato la nozione di "*interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*" di cui all'art. 1, par. 3, della dir. 89/665/CE citato, in senso ampio, non riferendola soltanto alla singola procedura cui attiene il ricorso, ma anche all'utilità sostanziale che vi è sottesa, la quale può anche ricomprendere l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. In altre parole, si è riconosciuta autonoma rilevanza all'*interesse strumentale* del concorrente, per la cui sussistenza è sufficiente la *mera eventualità* del rinnovo della gara<sup>19</sup>.

#### **4. I "limiti oggettivi" della sentenza *Puligienica*: la terza sezione modula il *dictum* europeo con riferimento alla nozione di *interesse strumentale***

---

aggiudicazione dell'appalto pubblico, in considerazione del valore eccedente le soglie, era stata condotta mediante procedura ristretta, ove erano state presentate solo due offerte. A seguito dell'aggiudicazione, due imprese, concorrenti in ATI, presentavano entrambe ricorso avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di esclusione della loro offerta impugnando al contempo la decisione di ammissione dell'offerta dell'altra unica partecipante, muovendo censure relative alla valutazione dell'offerta di quest'ultima. Interveniva in giudizio l'impresa aggiudicatrice dell'appalto, sostenendo che la ricorrente non avesse interesse a sollevare le eccezioni avverso la sua offerta, dal momento che, in caso di accoglimento del motivo di ricorso nella parte relativo all'infondatezza del rigetto dell'offerta, l'offerta di quest'ultima avrebbe automaticamente rappresentato (in ragione del prezzo più basso) l'offerta vincente. Il giudice polacco rilevava che, in base all'interpretazione data dai giudici nazionali alle disposizioni della legge nazionale sugli appalti pubblici relative ai ricorsi giurisdizionali, agli operatori economici viene negato il diritto di proporre ricorso relativamente ad eccezioni il cui effetto si produrrebbe fuori dalla concreta procedura di aggiudicazione della quale egli ha interesse. Dava dunque atto che, nel caso di appalto in cui vengano presentate più offerte, qualora risultasse fondato il motivo di ricorso che lamenta il rigetto dell'offerta del ricorrente, quest'ultimo otterrebbe l'aggiudicazione dell'appalto. Qualora, invece, tale motivo risultasse infondato e l'offerta venisse respinta, il ricorrente non avrebbe più motivo per interessarsi degli sviluppi successivi della procedura di aggiudicazione dell'appalto perché per l'interesse dei ricorrenti sarebbe irrilevante quale dei suoi concorrenti abbia ottenuto l'appalto. Il giudice decideva dunque di sospendere il procedimento e di rimettere alla Corte UE (tra le altre) la questione concernente se l'inciso "un determinato appalto" di cui all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, nella parte relativa all'"interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto", si riferisse a una determinata procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o all'oggetto stesso dell'appalto che si intende aggiudicare in esito ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, nell'ipotesi in cui siano state presentate solo due offerte e in cui all'offerente la cui offerta è stata rigettata possa essere riconosciuto un interesse a ottenere il rigetto dell'offerta dell'altro offerente e, di conseguenza, la rinnovazione della procedura. In sostanza, il giudice del rinvio ha chiesto se la nozione di «un determinato appalto», ai sensi della disposizione citata, riguardi l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

<sup>19</sup> Tale pronuncia è stata letta, sulla base di un argomento *a fortiori*, come legittimante l'ammissibilità del ricorso con cui si contesta, nel medesimo giudizio, la propria esclusione e l'ammissione (e aggiudicazione) di un altro concorrente. Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2587, ove si è affermato che «se la Corte di giustizia ha ammesso la proponibilità dell'impugnativa avverso l'aggiudicazione in favore di altro concorrente da parte del candidato definitivamente escluso, a tanto maggior ragione occorrerà concludere che sia ammissibile il ricorso da parte di un candidato il quale (...) abbia contestato nell'ambito del medesimo giudizio la propria esclusione dalla gara e l'ammissione (con conseguente aggiudicazione) in favore di altro concorrente»

Nonostante la nozione di interesse strumentale sia stata poi meglio specificata dalle pronunce successive (in particolare, in senso “restrittivo” nel caso *Gemsbb*), il principio affermato dalla Corte Ue nella sentenza *Puligienica* assume una portata “dirompente”<sup>20</sup>.

Si afferma, in sostanza, che la finalità di tutela dell’*interesse strumentale* delle parti impone sempre l’esame di entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti, indipendentemente dalla natura e dalla identità dei vizi denunciati e dalla fase a cui essi si riferiscono, e lo scrutinio simultaneo dei ricorsi incidentale e principale, anche quando non siano state dedotte censure avverso l’ammissione di tutti i concorrenti “rimasti in gara” e questi ultimi non siano stati evocati in giudizio.

L’evidente portata innovativa di detta statuizione merita di essere attentamente analizzata alla luce delle sue prime applicazioni ed esegesi.

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

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

Il *dictum Puligienica* è destinato infatti ad essere applicato (soprattutto) nei casi in cui gli operatori rimasti in gara siano in numero maggiore di due, ma unicamente i primi due classificati facciano valere in giudizio censure reciprocamente escludenti<sup>21</sup>.

In tale ambito, l’aspetto più delicato consiste nel definire l’assetto di interessi scaturito dall’accertata illegittimità dell’ammissione in gara dei due concorrenti che hanno presentato i ricorsi simmetrici escludenti, considerando che, sullo sfondo della vicenda, si colloca la posizione del concorrente “terzo”, la cui ammissione in gara non risulta contestata dalle parti del giudizio.

Al riguardo, nessuno dubita che si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione, anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara, ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura. In tal caso, infatti, sarebbe sempre sussistente l’*interesse strumentale* alla riedizione della procedura, in quanto dall’accoglimento del ricorso principale discenderebbe *con certezza* la caducazione integrale della gara.

Il profilo più problematico riguarda invece il caso in cui gli altri partecipanti, estranei al giudizio, abbiano presentato una offerta che potrebbe essere di per sé valida, o che comunque presenti - in via ipotetica - alcuni vizi difformi da quelli lamentati dal ricorrente principale.

---

<sup>20</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, op. cit.

<sup>21</sup> Sulle prime applicazioni della sentenza *Puligienica*, con particolare riferimento all’ordine di esame dei ricorsi, sia consentito rimandare a A. BERTI SUMAN, *Il ricorso incidentale escludente e le prime applicazioni della sentenza Puligienica*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 3 ottobre 2016.

Sul punto, la soluzione data dalla Corte di Giustizia è stata diversamente interpretata, dando luogo a due orientamenti tra loro contrastanti.

Un primo indirizzo, “più restrittivo”, è stato espresso dalla terza sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 26 agosto 2016, n. 3708, che ha indagato più nello specifico la posizione sostanziale e processuale del “terzo”, evidenziando l’esistenza di “limiti oggettivi” all’applicazione del principio espresso dal giudice europeo<sup>22</sup>.

La sezione ha reputato necessario chiarire l’effettiva portata conformativa e applicativa del *dictum Puligienica*, osservando come la sua esegesi dovesse essere condotta tenuto conto della fattispecie esaminata nel contesto di cui era controversia, in quanto «la regola *iuris* risulta concepita, elaborata e formalizzata dalla Corte di Lussemburgo proprio con riferimento alla situazione (di fatto e di diritto) che ha determinato l’interrogazione che le è stata rivolta».

In tale pronuncia, si è dunque modulato quanto statuito dalla Corte di giustizia con riferimento alla nozione di *interesse strumentale*<sup>23</sup>, ribadendo che l’esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “escludente”) è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, solo qualora l’accoglimento dello stesso produca, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale.

In esso, va certamente ricompreso il successivo riesame della procedura, in via di *autotutela*, da parte della stazione appaltante.

Tuttavia, il rinnovo della gara è concretamente ipotizzabile solo nei seguenti casi: a) qualora le imprese rimaste in gara siano due; b) in caso di un numero maggiore di offerte, se anche le

---

<sup>22</sup> A questo indirizzo interpretativo hanno aderito (secondo la ricostruzione dell’ordinanza Cons. Stato, sez. V, ord., 6 novembre 2017, n. 5103): Cons. Stato, V, 27 febbraio 2017, n. 901 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di cinque concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l’annullamento dell’aggiudicazione e conseguente ricorso incidentale dell’aggiudicatario. La sentenza valuta corretto l’esame del solo ricorso incidentale, il vizio prospettato dal ricorrente principale non essendo in grado di inficiare le offerte degli altri concorrenti: perciò non vi era per il ricorrente principale possibilità di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale); Cons. Stato, V, 10 aprile 2017, n. 1677 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di due soli concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l’annullamento dell’aggiudicazione e conseguente ricorso incidentale dell’aggiudicatario. La sentenza riforma la decisione del primo giudice dichiarativa dell’inammissibilità del ricorso principale a seguito dell’accoglimento del ricorso incidentale, riconoscendo la sussistenza dell’interesse alla rinnovazione della gara da parte del ricorrente principale); Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2226 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di sei concorrenti, impugnazione proposta dalla terza classificata contro l’aggiudicazione a favore della prima e dell’ammissione della seconda classificata, e ricorso incidentale proposto dall’aggiudicatario. La sentenza ha riformato la pronuncia di primo grado che aveva esaminato il ricorso incidentale e il ricorso principale affermando che il vizio prospettato dal ricorrente principale non era in grado di inficiare le offerte presentate dagli altri concorrenti, con la conseguenza che il ricorrente principale non era in condizione di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale); Cons. Stato, V, 30 giugno 2017, n. 3178 (in cui, peraltro, la sentenza 26 agosto 2016 n. 3708 è solamente richiamata per trarne la conseguenza della necessaria disamina del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale).

<sup>23</sup> La controversia *de qua* aveva ad oggetto l’impugnazione della sentenza del Tar Piemonte che aveva dichiarato improcedibile il ricorso principale proposto dalla seconda classificata in una procedura di affidamento di forniture, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla aggiudicataria. La ricorrente si doleva che il Tar avesse ommesso di esaminare il suo ricorso principale, sostenendo che avrebbe invece dovuto analizzarlo, applicando i principi enunciati dalla Corte UE nella *Puligienica*, nella misura in cui dal suo accoglimento sarebbe derivata la rinnovazione della procedura e la soddisfazione del relativo interesse strumentale.

offerte ulteriori non oggetto di ricorso risultino affette dal medesimo vizio che ha determinato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente che è parte della controversia; c) ancora, più in generale, qualora il ricorrente principale faccia valere una censura che ha come effetto quello di caducare l'intera gara.

Nelle restanti ipotesi<sup>24</sup>, la P.A., ragionevolmente, non dovrebbe rinnovare la procedura di gara (in autotutela) ma sarebbe tenuta ad affidare la gara ad un altro operatore economico in graduatoria (presumibilmente, il terzo classificato) che ha presentato una regolare offerta, venendo così meno l'interesse strumentale del ricorrente principale idoneo a giustificare la valutazione nel merito del suo ricorso<sup>25</sup>.

In quest'ottica, l'esame del ricorso principale subisce una limitazione quando vi sono più di due partecipanti alla gara e il vizio contestato dal ricorrente principale (il secondo classificato) avverso l'aggiudicataria non può essere esteso anche agli altri concorrenti.

In siffatta circostanza, si afferma la perdurante operatività del principio secondo cui la fondatezza del ricorso incidentale escludente comporta il venir meno dell'interesse allo scrutinio del ricorso principale, dovendosi continuare ad ancorare, anche in seguito al *dictum Puligienica*, l'analisi del ricorso principale ad una qualche utilità, ancorché mediata e strumentale<sup>26</sup>, la quale potrà consistere unicamente nella *ripetizione della procedura*, essendo l'aggiudicazione del contratto definitivamente preclusa dall'accoglimento dell'impugnazione incidentale.

Un'interpretazione che, al contrario, ammetta sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione - osservano i giudici della terza sezione - deve essere rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo alla nozione di "interesse" di cui all'art.1 della direttiva n.89/665 CEE, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art.100 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Ossia le ipotesi in cui i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio.

<sup>25</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, del 27 febbraio 2017, n. 901; Id., 12 maggio 2017, n. 2226. Tale seconda pronuncia riguardava un caso relativo a procedura di gara con la partecipazione di *sei concorrenti*, ove l'impugnazione era stata proposta dalla terza classificata contro l'aggiudicazione a favore della prima e dell'ammissione della seconda classificata, e il ricorso incidentale era proposto dall'aggiudicatario. I giudici, richiamando il principio espresso dalla terza sezione, hanno riformato la pronuncia di primo grado che aveva esaminato il ricorso incidentale e il ricorso principale affermando che il vizio prospettato dal ricorrente principale non era in grado di inficiare le offerte presentate dagli altri concorrenti, con la conseguenza che il ricorrente principale non era in condizione di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale.

<sup>26</sup> Il principio espresso dalla terza sezione è stato applicato da numerose pronunce successive, sia dei giudici di primo grado (*ex plurimis* TAR Veneto, sez. I, n. 977/2016, cit.; id., 21 dicembre 2016, n. 1416; id., 15 marzo 2017, n. 273), sia dallo stesso Consiglio di Stato (sez. V, 14 novembre 2017, n. 5245; id., 30 giugno 2017, n. 3178).

<sup>27</sup> Sulla base di tali considerazioni, la sentenza ha affermato il principio ai sensi del quale: «L'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in subiecta

## **5. La quinta sezione accoglie un orientamento “garantista” e applica il principio *Puligienica tout court*: la rimessione all’Adunanza Plenaria**

Accanto all’impostazione accolta dalla terza sezione (e applicata quasi all’unanimità dalle pronunce successive in materia<sup>28</sup>), si è tuttavia sviluppato un diverso orientamento interpretativo, più garantista, che è stato espresso da Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593<sup>29</sup>.

La quinta sezione, «pur conscia dei precedenti contrari di questo Consiglio di Stato» se ne è tuttavia discostata, procedendo comunque - senza necessità di accertare alcun tipo di interesse “residuo” - all’analisi del ricorso principale, in quanto «maggiormente conforme ai principi espressi dalla Corte di giustizia dell’Unione europea».

Secondo tale prospettazione, il giudice deve sempre esaminare *tutti* i motivi di ricorso, principale come incidentale, senza considerare il numero delle imprese partecipanti e il fatto che alcune siano rimaste fuori dal giudizio. Questo perché, indipendentemente dall’accertamento della fondatezza del ricorso principale, la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, sulla scorta delle risultanze processuali, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese, che pur non hanno partecipato al giudizio, al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune e, in caso affermativo, procedere alla ripetizione della procedura.

La pronuncia affronta la questione nell’ottica di garantire una tutela “effettiva” delle situazioni giuridiche soggettive che si assumano lese dall’azione amministrativa, più che sul piano delle condizioni dell’azione. Si osserva, infatti, che affinché un ricorso possa essere considerato “efficace” secondo quanto sancito dall’art. 1, comma 1, della direttiva ricorsi «il ricorso incidentale dell’aggiudicatario non deve risultare preclusivo nei confronti del ricorrente principale che a sua volta contesti l’altrui offerta, in quanto in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta degli altri, che può indurre l’amministrazione aggiudicatrice a constatare l’impossibilità di procedere alla scelta di un’offerta regolare».

---

materia una regola nazionale che impedisce l’esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale)».

<sup>28</sup> Cfr. nota 18.

<sup>29</sup> La controversia de quo riguardava una procedura di affidamento in appalto del servizio di refezione scolastica nelle scuole dell’infanzia e primaria e del personale docente, alla quale avevano partecipato più di due imprese. La seconda classificata impugnava l’aggiudicazione definitiva, con conseguente ricorso incidentale escludente proposto dall’aggiudicatario. Il Tar Campania, Napoli, sez. VIII, con sentenza n. 1467/2017 esaminava dapprima il ricorso incidentale escludente e, verificatane la fondatezza, dichiarava improcedibile il ricorso principale, poiché vi erano altri concorrenti in gara e il ricorrente principale non avrebbe potuto trarre alcuna utilità, anche solo strumentale, dal suo accoglimento, aderendo a quanto indicato dalla pronuncia del Cons. Stato Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708. Nello specifico, applicando le coordinate ermeneutiche fornite dalla Terza Sezione, osservava come: «Nel caso di specie, caratterizzato dalla presenza di più partecipanti che potrebbero subentrare nell’aggiudicazione dell’appalto e da motivi dedotti in sede di ricorso che non sono riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio, resta operante il principio secondo cui la fondatezza del ricorso incidentale escludente comporta il venir meno dell’interesse del ricorrente alla scrutinio del ricorso principale».

Per quanto riguarda le conseguenze in punto di “estensione” della nozione di “interesse a ricorrere” processualmente rilevante, la sezione afferma di essere «consapevole» che siffatta esegesi del principio *Puligienica* comporti una «dilatazione dell’interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ., quale costantemente interpretato dalla giurisprudenza nazionale. Infatti posto che questa condizione dell’azione è intesa come possibilità di conseguire in via diretta ed immediata un vantaggio giuridicamente apprezzabile, e non già un vantaggio ipotetico ed eventuale, secondo la tesi della Corte di giustizia il bene della vita dell’aggiudicazione sarebbe invece rimesso a successive e solo possibili valutazioni dell’amministrazione in via di autotutela».

Tuttavia, i giudici osservano che tale via è l’unica percorribile nel rispetto del primato del diritto comunitario, che si sostanzia nella prevalenza di quest’ultimo sugli orientamenti interni con esso contrastanti, «nell’ambito di un rapporto in cui il principio di autonomia dell’ordinamento processuale del Paese membro è destinato a recedere rispetto alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale perseguite a livello sovranazionale».

In sostanza, secondo l’impostazione della quinta sezione, il giudice, applicando il principio *Puligienica*, dovrebbe sempre esaminare entrambi i ricorsi, rimettendo all’amministrazione, concluso il giudizio, la verifica circa la comunanza dei vizi alle restanti offerte e, ove ciò sia accertato, la facoltà di decidere se annullare l’intera procedura di aggiudicazione invece che procedere all’aggiudicazione a favore dell’impresa successivamente classificata.

In tale prospettiva, l’obbligo di esaminare sempre entrambi i ricorsi trova fondamento nella necessità di tutelare l’interesse *strumentale* dell’offerente ad una ripetizione delle operazioni di gara, nella eventualità di una futura azione in autotutela in tal senso da parte dell’Amministrazione, fermo restando che, qualora quest’ultima opti per lo scorrimento della graduatoria, non rimarrebbe alcun interesse giuridicamente rilevante, se non la tutela in astratto del principio concorrenziale a favore di un soggetto terzo.

Seguendo la soluzione propugnata dai giudici della terza prima descritta, invece, detta valutazione di identità del vizio sarebbe rimessa direttamente al *giudice*. Quest’ultimo, infatti, avrebbe il compito di verificare, in giudizio, se i vizi prospettati dal ricorrente principale relativamente all’offerta dell’aggiudicatario siano, in via astratta, predicabili anche per le altre offerte proposte dalle altre imprese partecipanti alla gara, le quali pertanto dovrebbero essere chiamate in causa.

Nel caso in cui si accertasse tale situazione, potrebbe ipoteticamente configurarsi un intervento in autotutela dell’amministrazione idoneo a fondare l’interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale, tale da imporre l’esame del suo ricorso.

Viceversa, qualora il giudice verificasse che i vizi prospettati dal ricorrente principale siano riferibili alla sola offerta dell’aggiudicatario o, comunque, invalidanti l’intera procedura di gara, anche in caso di accoglimento del ricorso principale, la stazione appaltante (presumibilmente) dovrebbe procedere con lo scorrimento della graduatoria e aggiudicare il contratto all’operatore successivamente classificatosi (ossia al terzo posto), con conseguente venir meno dell’interesse (strumentale) in capo al ricorrente principale, il cui ricorso dovrebbe essere pertanto dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

I due orientamenti divergono, quindi, in punto di estensione della nozione di “interesse a ricorrere”, con particolare riferimento al soggetto cui compete valutare, all’esito del giudizio, la “medesimezza del vizio” in ordine alle altre imprese concorrenti (la stazione appaltante, secondo l’impostazione della quinta sezione; il giudice, seguendo l’orientamento della terza).

Alla luce del contrasto descritto, la quinta sezione del Consiglio di Stato con l’ordinanza n. 5103 del 6 novembre 2017 ha ritenuto opportuno rimettere gli atti alla Plenaria, chiedendo una risposta alla questione «se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall’aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate»<sup>30</sup>.

## **6. Ulteriori osservazioni sul problema dei “terzi”: il contraddittorio; l’onere della prova; i “ricorsi concatenati”; il “soggetto” cui compete valutare la “medesimezza del vizio” in ordine alle altre imprese concorrenti**

L’applicazione del principio *Puligenica* a controversie relative a procedure di gara con più di due concorrenti in graduatoria solleva una serie di ulteriori problematiche. In particolare, rilevante questione attiene al rispetto dei principi della domanda (art. 112 c.p.c.), dell’onere della prova (art. 2697 c.c.) e del contraddittorio nei confronti dei “terzi” (art. 24 e 111 Cost.), qualora i ricorrenti facciano valere la validità o l’invalidità dell’offerta di altri partecipanti alla gara, estranei al giudizio.

Ragionevolmente, dovrebbe spettare al ricorrente principale provare che i vizi ipotizzati con il proprio ricorso siano comuni anche alle altre offerte rimaste in gara e che, comunque, la ripetizione della procedura sia un’evenienza concretamente ipotizzabile. Al riguardo, vi è l’eventualità che si prospetti una serie di *ricorsi concatenati* tra loro.

Più nel dettaglio, il ricorrente principale potrebbe esperire ricorso incidentale c.d. concatenato al ricorso incidentale proposto dall’aggiudicatario, al fine di dimostrare l’impossibilità di scorrimento della graduatoria e, pertanto, la sussistenza del suo interesse c.d. strumentale alla rinnovazione della gara.

A sua volta, il ricorrente incidentale (aggiudicatario), al fine di dimostrare la mancanza di un qualsiasi interesse strumentale alla rinnovazione della procedura da parte del ricorrente principale, potrebbe formulare nel suo ricorso una *domanda di accertamento* tesa a provare lo scorrimento della graduatoria qualora entrambi i ricorsi venissero dichiarati fondati, attraverso

---

<sup>30</sup> Il caso *de quo* riguardava la procedura di aggiudicazione del contratto di appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori di “*risanamento idrogeologico del Centro storico del Comune di Auletta (Sa)*”, cui avevano partecipato numerose imprese (13 delle quali, le prime 5, escluse in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta). Il ricorso principale era stato proposto dalla *terza classificata*, che argomentava circa le ragioni di esclusione dell’impresa aggiudicataria e della seconda classificata. L’aggiudicataria, di conseguenza, proponeva ricorso incidentale escludente. Gli altri concorrenti utilmente graduati – e quindi nei posti della classifica successivi al terzo – non avevano invece fatto alcuna impugnazione né sollevato contestazioni di sorta.

una “*probatio diabolica*” che miri a verificare la validità dell’offerta del terzo concorrente, la volontà dello stesso di accettare l’aggiudicazione in caso di scorrimento, e l’effettivo desiderio della stazione appaltante di procedere allo scorrimento della graduatoria piuttosto che alla rinnovazione dell’intera procedura.

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

In una situazione processuale siffatta, sorgerebbe dunque il problema degli eventuali effetti che una sentenza resa in una circostanza del genere potrebbe avere nei confronti dei “terzi”, rimasti (per ora) estranei al giudizio.

In generale, i giudici di primo grado che si sono trovati a dover applicare il *dictum Puligienica* pur prendendo atto della presenza di ulteriori concorrenti, non hanno proceduto all’integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri partecipanti in gara, riconoscendo a questi ultimi la qualifica di *cointeressati*, ma non di *contro interessati* in senso tecnico<sup>31</sup>. Le altre imprese partecipanti alla gara sarebbero, infatti, *avvantaggiate* dall’accoglimento sia del ricorso principale che del ricorso incidentale, in quanto nel primo caso vedrebbero migliorato il proprio posizionamento in graduatoria, mentre il secondo caso avrebbe tra i “possibili” effetti lo scorrimento della graduatoria stessa<sup>32</sup>.

Sul punto, si è precisato che l’attività della P.A. successiva alle statuizioni suddette è di natura *discrezionale*, potendo la stessa scegliere se rinnovare la procedura ovvero preferire lo scorrimento della graduatoria. Lo scorrimento della graduatoria è dunque solo *una delle opzioni* di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione e della (eventuale) dichiarazione di inefficacia del contratto. Pertanto, si è ritenuto che, da un punto di vista processuale, il giudizio debba rimanere “limitato” alle sole due imprese (contro) ricorrenti dal momento che la pronuncia non potrà produrre effetti diretti nella sfera giuridica del terzo che non ha partecipato al processo<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Merita sottolinearsi che nel processo amministrativo non sussiste, contrariamente al processo civile, il meccanismo della chiamata diretta del terzo in quanto è sempre il GA che dispone l’integrazione del contraddittorio anche se su sollecitazione della parte. Con riferimento all’*intervento ad adiuvandum*, deve sottolinearsi che è, di norma, inammissibile l’intervento da parte del soggetto legittimato alla proposizione del ricorso autonomo perché in contrasto con la regola secondo cui l’*intervento ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto nel processo amministrativo solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale e non anche da un soggetto che sia portatore di un interesse che lo abilita a proporre ricorso in via principale (Consiglio Stato, sez. V, 08 marzo 2011, n. 1445; Consiglio di Stato, Sez V, 2 agosto 2011 n. 4557 «...la mancanza nell’interveniente di una posizione sostanziale di interesse legittimo, anziché costituire ostacolo al suo ingresso in giudizio, ne rappresenta un presupposto di ammissibilità»).

<sup>32</sup>Cfr., al riguardo, TAR Lazio, Latina, sez. I, 28 giugno 2016, n. 437, poi ripresa da TAR Veneto, Venezia, sez. I, 24 agosto 2016, n. 977.

<sup>33</sup> «in quanto ogni ulteriore effetto della pronuncia non potrà prodursi nella sfera giuridica del terzo quale conseguenza del giudicato (non avendo questo legittimamente partecipato ad un processo che non gli consentiva di far emergere alcun suo interesse attuale), ma potrà piuttosto risaltare attraverso la mediazione di un nuovo esercizio del potere discrezionale amministrativo, avverso il quale rimangono esercitabili gli ordinari mezzi di

In generale, deve sottolinearsi che nel processo amministrativo non sussiste, contrariamente al processo civile, il meccanismo della chiamata diretta del terzo ex art. 106 c.p.c., in quanto è sempre il GA che dispone l'integrazione del contraddittorio, anche se su sollecitazione della parte.

Con riferimento all'intervento *ad adiuvandum*, inoltre, di norma, è inammissibile l'intervento da parte del soggetto legittimato alla proposizione del ricorso autonomo perché in contrasto con la regola secondo cui l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto nel processo amministrativo solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale e non anche da un soggetto che sia portatore di un interesse che lo abilita a proporre ricorso in via principale<sup>34</sup>. Pertanto, sarebbe in teoria precluso al concorrente in gara, che non abbia esperito regolare ricorso contro l'aggiudicazione, intervenire nella controversia tra primo classificato (ricorrente incidentale) e ricorrente principale.

In ogni caso, si ritiene opportuno, soprattutto nel caso in cui ricorrente principale si sforzi di provare che le offerte degli altri concorrenti in gara sono affette dal medesimo vizio che gli è contestato, che la situazione del terzo sia risolta in giudizio, integrando il contraddittorio nei confronti di tutti i partecipanti. Ciò secondo quanto stabilito dall'art. 101 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo<sup>35</sup>, che afferma che il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa<sup>36</sup>.

Parrebbe corretto ritenere che l'onere di tale integrazione ricada sul *ricorrente incidentale*, il quale dovrà, contestualmente alla proposizione della domanda di accertamento, fare richiesta di chiamata in causa il terzo. Tale richiesta sarà vagliata dal giudice e, se ammessa, il terzo (o i terzi, nel caso in cui i concorrenti siano in numero maggiore di tre), facendo ora parte del giudizio, godrà degli effetti di giudicato interno della sentenza emessa.

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

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

---

difesa» Così TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 30 giugno 2016, n. 7532. Nello stesso senso, si vedano le seguenti decisioni: Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2016, n. 3339; TRGA Bolzano, 29 giugno 2016, n. 206; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 437.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. V, 08 marzo 2011, n. 1445. Cfr. altresì Cos. Stato, Sez. V, 2 agosto 2011 n. 4557 «...la mancanza nell'interveniente di una posizione sostanziale di interesse legittimo, anziché costituire ostacolo al suo ingresso in giudizio, ne rappresenta un presupposto di ammissibilità».

<sup>35</sup> In virtù del rinvio operato dall'art. 39, comma 1, c.p.a., nel processo amministrativo trova applicazione la disciplina dettata dal codice di procedura civile salve le deroghe tipizzate dal codice del processo amministrativo.

<sup>36</sup> Il principio del contraddittorio ha valenza costituzionale ed è sancito dall'art. 111

In siffatta circostanza, il giudice si troverebbe nell'*impasse* di stabilire se applicare quanto affermato dalla Adunanza Plenaria n.4 del 2011<sup>37</sup> (poi ribadito dalla successiva Adunanza Plenaria n.9 del 2014) o dalla Corte UE nella sentenza *Puligienica*.

In particolare, nel primo caso, ritenuto fondato il ricorso incidentale c.d. escludente proposto dall'aggiudicatario, essendo l'offerta del terzo di per sé effettivamente valida ed essendo escluso che l'Amministrazione preferisca comunque procedere alla rinnovazione della procedura a seguito dalla declaratoria di fondatezza di entrambi i ricorsi, il giudice dovrebbe invero dichiarare il ricorso principale improcedibile per carenza di interesse, in quanto la gara andrebbe comunque aggiudicata al concorrente che ha presentato un'offerta regolare.

Nel secondo caso, invece, applicando il principio *Puligienica tout court*, il giudice dovrebbe analizzare comunque entrambi i ricorsi, sul presupposto della sussistenza dell'interesse di entrambi i ricorrenti al rifacimento della gara, pur in assenza di una posizione soggettiva perché, per esempio, l'impresa ricorrente principale è stata illegittimamente ammessa. In quest'ottica, egli potrebbe pronunciarsi esplicitamente sull'aggiudicazione della procedura, individuando il soggetto terzo al quale essa spetta, ovvero lasciare che sia l'Amministrazione appaltante a decidere sulla sorte della gara. Tale soluzione sembra tuttavia ammissibile solo riconoscendo alla giurisdizione amministrativa un carattere di *giurisdizione oggettiva*, in quanto si prescinde dalla verifica dell'interesse strumentale *in concreto*, tutelando, in chiave più generale, l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza. In casi del genere, «non solo l'interesse strumentale si confonde con l'interesse legittimo (e con la legittimazione a ricorrere), ma, proprio perché manca una posizione soggettiva, esso finisce per essere un interesse di mero fatto»<sup>38</sup>.

Se vi è una pronuncia esplicita da parte del giudice, la P.A. sarà tenuta a conformarsi a quanto statuito, esercitando il suo potere in esecuzione del giudicato (rinnovazione della gara ovvero scorrimento della graduatoria), con conseguente possibilità di ricorrere al rimedio dell'ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla decisione.

Rimane comunque il dubbio, nell'ipotesi di sentenza che annulli la posizione delle prime due imprese in graduatoria, senza pronunciarsi espressamente sulle offerte degli altri soggetti in gara, di cosa debba fare a questo punto la stazione appaltante, se cioè provvedere alla rinnovazione della gara ovvero effettuare un mero scorrimento della graduatoria.

Sul punto, l'attività dell'amministrazione successiva alle statuizioni suddette parrebbe essere del tutto discrezionale, potendo la stessa scegliere se rinnovare la procedura ovvero preferire lo scorrimento della graduatoria. Difatti, lo scorrimento della graduatoria in materia di appalti non è mai un obbligo, come anche l'esercizio del potere di autotutela. Quest'ultimo, in particolare, oltre ad essere (ora) soggetto a rigidi termini decadenziali<sup>39</sup>, rimane un'attività di tipo

---

<sup>37</sup> Ai sensi della quale, come noto, in caso di ricorso incidentale volto a contestare l'ammissibilità del ricorso principale (c.d. ricorso incidentale escludente o paralizzante), il primo deve essere valutato prima del ricorso principale.

<sup>38</sup> Così G. MANNUCCI, *Legittimazione ed interesse a ricorrere*, Treccani, Diritto online 2018.

<sup>39</sup> Art. 21 nonies, legge 7 agosto 1990, n.241, come da ultimo modificato dalla Legge Madia, che ha introdotto la rivoluzionaria previsione di un termine finale di 18 mesi per l'esercizio del potere di autotutela. Tale articolo, al

discrezionale, che la P.A. può scegliere di esercitare sulla base di mere valutazioni di opportunità, non sindacabili in giudizio. In ogni caso, l'esercizio di tale potere amministrativo sarà nuovo ed autonomo, con conseguente possibilità di contestare lo stesso con l'ordinario mezzo di impugnazione di fronte al giudice amministrativo<sup>40</sup>.

### **7. L'Adunanza Plenaria passa la parola alla Corte di Giustizia**

Alla luce delle descritte problematiche, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza dell'11 maggio 2018, n. 6, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665 «possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)».

Si richiede, dunque, al giudice europeo di fornire l'esatta esegesi di dette disposizioni, nella parte in cui prevedono che debba essere consentito a tutti un «ricorso efficace» al giudice, rendendo accessibile le procedure di ricorso, «a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione», con riguardo alle ipotesi in cui le imprese partecipanti alla gara siano più di due e le loro offerte non siano contestate in giudizio.

---

primo comma, così oggi recita «il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, ... può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'azione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo». La l. 124 ha inoltre introdotto un comma 2-bis all'art. 21-nonies, secondo cui l'Amministrazione conserva il potere di intervenire dopo la scadenza del richiamato termine di 18 mesi solo nel caso in cui i provvedimenti amministrativi sono stati «conseguiti sulla base di false rappresentazioni di fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione o all'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato», fatta salva "l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n.445». Sul punto, M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi* n.20/15, osserva che anche dopo l'accertamento definitivo del reato, rimane fermo il carattere discrezionale del potere di autotutela e non è previsto alcun automatismo tra l'accertamento della falsità e l'annullamento d'ufficio.

<sup>40</sup> Si v. E. LUBRANO, *I rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale nel processo-appalti: una questione ancora aperta?*, in *lexitalia.it*, n. 3/2018, 30 marzo 2018, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2018/10243>. Sul punto, cfr. TAR Lazio, Roma, sezione terza-quater, 30 giugno 2016, n. 7532 (nota 32).

Dopo aver ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale in tema di rapporti tra ricorso principale ed incidentale, l'Adunanza ha descritto i due diversi approcci ermeneutici al *dictum Puligienica*, evidenziano le critiche che ad ambedue le tesi sono state mosse.

Quanto all'indirizzo più rigoroso, si è osservato anzitutto che la soluzione da esso propugnata non terrebbe conto di quanto affermato nella sentenza del 21 dicembre 2016 *GsmBH* già citata, che, come visto, ha negato la possibilità che l'offerente escluso dalla gara con una pronuncia regiudicata possa contestare l'esito, escludendo che in siffatta circostanza il ricorrente possa vantare una qualche utilità, nemmeno di tipo mediato e strumentale, dall'accoglimento del ricorso. Nella medesima prospettiva, in caso di fondatezza del ricorso incidentale, dovrebbe essere considerato privo di legittimazione (*rectius*: interesse) il ricorrente principale che avrebbe comunque dovuto essere escluso dalla procedura, nel caso in cui vi siano spazi per aggiudicare la gara ad un altro concorrente che abbia presentato regolare offerta, senza procedere alla sua rinnovazione.

In secondo luogo, tale impostazione non considererebbe il fatto che l'autotutela della stazione appaltante sulle altre offerte rimaste in gara sarebbe sempre una ipotesi meramente ipotetica, rimessa a determinazioni rientranti nella lata discrezionalità della stazione appaltante. Tale interesse (seppure ipotetico) prospettato non potrebbe comunque essere giustiziabile: «in quanto “soggetto definitivamente escluso” con una pronuncia regiudicata sembra certo che il ricorrente principale non potrebbe impugnare le successive determinazioni della stazione appaltante che, scorrendo la graduatoria, implicitamente non abbia dato corso all'annullamento e ripetizione dell'intera gara». Pertanto, seguendo l'impostazione della quinta sezione, si darebbe ingresso ad una nozione di interesse scevra dai necessari caratteri di “certezza” ed “attualità”.

Infine, si osserva che il sistema considera l'autotutela dell'amministrazione come una attività meramente facoltativa<sup>41</sup>, soggetta peraltro ai limiti temporali stringenti di cui all' art. 21 nonies della legge n.241/1990<sup>42</sup>. Sul punto, la disposizione afferma espressamente che le amministrazioni “possono” - e non devono - annullare i loro provvedimenti, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi. Anche in seguito all'introduzione della novella, si è dunque confermata l'impostazione tradizionale del potere di autotutela in termini di discrezionalità del suo esercizio, osservando che «il potere di autotutela decisoria in capo all'Amministrazione non ha in verità come unica finalità il mero ripristino della legalità, costituendo una potestà discrezionale che deve

---

<sup>41</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5199; Id, sez. V, 6 luglio 2012, n. 3958, secondo la quale «l'amministrazione non ha alcun obbligo di procedere in autotutela, in quanto l'esercizio del potere di annullamento in autotutela è espressione di un potere ampiamente discrezionale dell'amministrazione, a fronte del quale non sussistono posizioni giuridiche qualificate dell'interessato. Ne consegue, ad avviso del Consiglio di Stato, che il mancato esercizio del potere di annullamento d'ufficio non può essere sindacato in sede giurisdizionale, spettando solamente all'amministrazione ogni valutazione e considerazione del proprio provvedimento e degli interessi dei privati concorrenti e del loro affidamento. Non ha pregio alcuno, quindi, dissertare sul rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela e sulla sufficienza ed adeguatezza delle motivazioni rappresentate dall'amministrazione.

<sup>42</sup> Cfr. nota 28.

contemplare la verifica di determinate condizioni, previste dall'ordinamento e concernenti l'opportunità di correggere l'azione amministrativa svoltasi illegittimamente»<sup>43</sup>.

Secondo orientamento costante della giurisprudenza, tali principi sono praticabili anche nei casi in cui l'atto amministrativo puntuale si ritenga illegittimo per contrasto con il diritto comunitario, dovendosi escludere<sup>44</sup> che, a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario, l'amministrazione abbia un obbligo di annullamento d'ufficio o un mero obbligo di riesame, ovvero che il giudice possa procedere alla disapplicazione del medesimo<sup>45</sup>. Anche in ipotesi di atti contrastanti con il diritto europeo, pertanto, il termine di decadenza del potere di autotutela andrebbe a comprimere la possibilità per la pubblica amministrazione di procedere alla loro rimozione o modifica<sup>46</sup>, potere che rimane, comunque, se ancora esercitabile, soggetto a valutazioni di opportunità rimesse alla discrezionalità della stazione appaltante.

Con riferimento all'indirizzo restrittivo della terza sezione, la Plenaria osserva anzitutto che la conclusione che rimette lo scrutinio di entrambi i ricorsi alla verifica della sussistenza di un interesse concreto in capo al ricorrente principale, sembrerebbe contrastare con il principio generale espresso dalla *Puligienica*, che ha imposto l'esame dei ambedue le impugnazioni in ogni caso, a prescindere dal numero delle imprese partecipanti alla procedura ed dalla tipologia ed identità dei vizi dedotti.

In ogni caso, si evidenzia come, anche in tale prospettiva, non si terrebbe conto della circostanza che, anche qualora si accertasse la "medesimezza del vizio" nelle offerte presentate dalle altre imprese partecipanti ma estranee al giudizio, resterebbe ugualmente facoltativo, per l'amministrazione, agire in autotutela non scorrendo la graduatoria e disponendo la ripetizione della gara. E, d'altra parte, sarebbe preclusa al giudice la possibilità di fornire una indicazione conformativa in tal senso, in quanto una statuizione siffatta sarebbe affetta da vizio di ultrapetizione.

Particolare attenzione viene dedicata al problema del contraddittorio con i concorrenti terzi.

Sul punto, la Plenaria ritiene che la soluzione preferibile sarebbe quella di rimettere al giudice adito la *valutazione in concreto* dell'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente alla reiterazione della procedura di gara.

---

<sup>43</sup> TAR Campania, Napoli, sez. II, 9 febbraio 2016, n. 698.

<sup>44</sup> Tranne in casi eccezionali, puntualmente individuati dalla sentenza Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, n. 453/00 *Kubne & Heitz*, punto 27; Id. 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*, par. 38. Tra le condizioni che possono fondare un tale obbligo di riesame la Corte ha preso in considerazione, in particolare, il fatto che la sentenza del giudice di ultima istanza, in virtù della quale la decisione amministrativa contestata è divenuta definitiva, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima risultasse fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, terzo comma, CE.

<sup>45</sup> Tra le tante, si vedano Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579; Id. sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538. In tema, si veda R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico ed il problema dell'autotutela decisoria*, in *Diritto & Formazione*, 2002, n. 11, 1635-1641. Si veda anche R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, in *Urb. App.*, 1997, 339.

<sup>46</sup> Cfr. sul punto L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *Giust.amm* n. 5/2016 e dottrina ivi citata.

Tale conclusione dovrebbe garantire il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo, le quali dovrebbero essere chiamate in causa, ed essere in armonia con i principi in punto di onere della prova. In particolare, quest'ultimo spetterebbe al ricorrente principale, il quale sarebbe tenuto a provare, esemplificativamente, la sussistenza di motivi di esclusione identici a quelli contestati all'aggiudicatario, ovvero il dichiarato disinteresse allo scorrimento della graduatoria in capo alle ditte rimaste in gara, ovvero ancora l'impossibilità di ulteriore scorrimento, ovvero la dichiarazione dell'amministrazione della volontà di non assegnare l'appalto a concorrenti rimasti in gara per ragioni di non convenienza economica, ecc...

La necessità che l'autorità giudiziaria effettui un accertamento della *reale sussistenza in concreto* di un interesse sia pure strumentale del ricorrente principale è, ad avviso dei giudici, coerente «sia con il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale - e quindi con l'autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia - sia con gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse».

In sostanza, l'Adunanza avverte il pericolo che un'esegesi rigorosa della regola *iuris* espressa dalla sentenza *Puligienica* apra la strada ad una giurisdizione di stampo più oggettivo, nell'interesse generale, auspicando invece una soluzione che mantenga l'impugnazione entro la 'nozione costituzionale' del processo amministrativo, configurato come garanzia delle posizioni giuridiche di singoli soggetti.

Posto che il sindacato del giudice amministrativo, di chiara matrice soggettiva, deve sempre presupporre un interesse differenziato e qualificato dei ricorrenti, ancorché di tipo subordinato e strumentale, la Plenaria ritiene maggiormente rispettoso dei principi costituzionali rimettere all'autorità giudiziaria il compito di accertare, *in concreto*, la sussistenza di una qualche *chance* di ripetizione della gara, idonea a radicare in capo al ricorrente principale una posizione soggettiva diversa da quelle proprie della generalità dei cittadini e tutelate da specifiche norme giuridiche.

### **8. Note conclusive: come arrestare la “corsa” della giurisdizione oggettiva?<sup>47</sup>**

L'esigenza avvertita dalla Plenaria di rivolgersi alla Corte di Giustizia affinché chiarisca quanto affermato nella sentenza *Puligienica* è chiaro indice delle rilevanti problematiche interpretative che potrebbero derivare dall'applicazione *tout court* della regola *iuris* in essa sancita.

Ciò nonostante lo scenario attuale sia, in parte, mutato, stante l'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 50/16, del nuovo comma *2-bis*, art. 120, c.p.a. che prevede la nuova regola dell'onere della

---

<sup>47</sup> Sul tema, in generale, si rimanda al Convegno “*Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*”, tenutosi a Siena, Certosa di Pontignano, in data 13-14 maggio 2016, i cui atti sono attualmente in corso di pubblicazione. Tra questi, con particolare riferimento al rapporto tra sentenza *Puligienica* e giurisdizione oggettiva si veda l'intervento di M. LIPARI, *Il giudice amministrativo e la corsa della giurisdizione oggettiva*, il quale paragona la “corsa” della giustizia amministrativa, caratterizzata da profili oggettivi, a quella di una lepre, che il giudice può afferrare solo se si attrezza di mezzi moderni e adeguati.

immediata impugnabilità degli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti<sup>48</sup>, la quale, in effetti, potrebbe aver sostanzialmente “svuotato di rilievo” il principio espresso dalla CGUE<sup>49</sup>. La nuova disposizione pare proprio finalizzata a risolvere, almeno in apparenza, la delicata questione concernente il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente impedendo, in pratica, che possano essere sollevate, tramite ricorso principale e ricorso incidentale, reciproche censure escludenti nel contenzioso sull’aggiudicazione, con l’effetto di deflazionare e semplificare tali giudizi<sup>50</sup>. Infatti, l’impresa partecipante che intenda contestare l’ammissione di un’altra impresa deve ora agire, secondo i termini previsti dal comma 2-bis ed il rito disciplinato dal comma 6-bis dell’art. 120, mediante ricorso (principale) immediato avente ad oggetto, nel merito, l’illegittimità dell’ammissione.

---

<sup>48</sup> Sul tema, si veda ampiamente M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *Federalismi.it*, n. 10 del 2016, pp. 14 ss. Si veda altresì A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., che rileva come la controversa tematica relativa al rapporto tra ricorso principale ed incidentale: sia destinata a perdere irrimediabilmente rilevanza: «L’ammissione di un’impresa deve essere ora contestata, da parte di altra impresa partecipante alla procedura, mediante ricorso (principale) immediato avente ad oggetto, nel merito, appunto l’illegittimità dell’ammissione, il cui rito è disciplinato dal co. 6 bis dell’art. 120, quale giudizio speciale anticipato limitato a tali profili; ed anche se, nell’eventualità in cui siano promossi più ricorsi volti a contestare la reciproca ammissione, questi siano riuniti in un solo giudizio, le relative questioni si presenteranno tra loro equiordinate, tutte attinenti al merito». In generale, sul nuovo rito di cui all’art. 120, co.2 bis c.p.a. si rimanda a M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, pp. 15 ss.; Id., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 29 luglio 2016, pp. 14 ss.; I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 660-664; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, n. 8/9, IPSOA, pp. 883 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 609 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l’art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 giugno 2016.

<sup>49</sup> Infatti, come noto, l’art. 204 del nuovo codice dei contratti pubblici, puntando alla deflazione del contenzioso amministrativo, in attuazione dei criteri di delega, ha profondamente modificato l’art. 120 c.p.a., imponendo l’immediata impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa nel termine di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione della relativa determinazione sul profilo del committente della stazione appaltante. Si è quindi introdotto un vero e proprio sbarramento processuale, posto che «l’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale» (art. 120, comma 2-bis, c.p.a.). Sul tema, si veda ampiamente M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *Federalismi.it*, n. 10 del 2016, pp. 14 ss. Si veda altresì A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, cit., che rileva come la controversa tematica relativa al rapporto tra ricorso principale ed incidentale: «sia destinata a perdere irrimediabilmente rilevanza. L’ammissione di un’impresa deve essere ora contestata, da parte di altra impresa partecipante alla procedura, mediante ricorso (principale) immediato avente ad oggetto, nel merito, appunto l’illegittimità dell’ammissione, il cui rito è disciplinato dal co. 6 bis dell’art. 120, quale giudizio speciale anticipato limitato a tali profili; ed anche se, nell’eventualità in cui siano promossi più ricorsi volti a contestare la reciproca ammissione, questi siano riuniti in un solo giudizio, le relative questioni si presenteranno tra loro equiordinate, tutte attinenti al merito».

<sup>50</sup> Il legislatore ha in sostanza creato un «nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda» (così Cons. Stato, sez.V<sup>^</sup>, ordinanza n. 1059 del 15 marzo 2017).

Tuttavia, si è osservato come tali disposizioni siano di stretta interpretazione anche quanto ai vizi che devono necessariamente essere fatti valere con il rito in questione. E' stato, infatti, chiarito che il rito super-accelerato è applicabile esclusivamente ai casi di censura dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato possesso) dei requisiti di ordine generale (requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali)<sup>51</sup>, prima che sia stata fatta qualunque valutazione dell'offerta e sempre che le fasi di ammissione/esclusione e di valutazione siano effettivamente distinte<sup>52</sup>.

A tal riguardo, si evidenzia ad esempio che le ammissioni reciprocamente contestate nel giudizio *Fastweb*<sup>53</sup> riguardavano proprio i contenuti dell'offerta tecnica. Tale contenzioso non avrebbe quindi comunque potuto svolgersi secondo le nuove regole dell'art. 120.

Pertanto, l'attuale formulazione della nuova norma (di cui peraltro è ora in discussione la stessa compatibilità con il principio euro-unitario di effettività della tutela<sup>54</sup>) non può essere considerata del tutto idonea a evitare il rischio di ricorsi incrociati escludenti destinati a provocare la ripetizione della gara<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Stando alla lettera nella norma, il nuovo rito speciale ha un raggio di operatività che non comprende tutti gli atti di esclusione e di ammissione, ma riguarda unicamente: «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali».

<sup>52</sup> Cfr. sul punto E. LUBRANO, *I rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale nel processo-appalti: una questione ancora aperta?* cit.: «Un tale soluzione, se non “disinnesca” del tutto la questione dei rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale (ormai sostanzialmente definita con la sentenza Puligienica, al di là delle questioni relative alla sua applicazione in termini integrali o nei limiti del carattere soggettiva della giurisdizione amministrativa sopra descritti), può incidere profondamente su tale questione, in quanto, di fatto, impone un'anticipazione del contenzioso sui requisiti di ammissione (anche con specifico riferimento al ricorso incidentale), che potrebbe realisticamente “azzerare” tale tipologia di controversie».

<sup>53</sup> Caratterizzato, come è noto, da due ricorsi incrociati - principale e incidentale - diretti a impugnare, reciprocamente, l'ammissione dell'altro unico concorrente, con l'effetto di far annullare l'intera gara, ma dopo l'intero svolgimento comprensivo della valutazione delle offerte e dell'aggiudicazione.

<sup>54</sup> Il riferimento è all'ordinanza n. 88/2018 del TAR Piemonte, che ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione relativa alla compatibilità dell'art. 120, comma 2-bis c.p.a. con i principi europei del diritto alla tutela giurisdizionale e della proporzionalità. Al riguardo, cfr. E. LUBRANO, *rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale nel processo-appalti: una questione ancora aperta?*, cit. il quale si sofferma sulla «realistica futura “reviviscenza” della questione dei rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale nel Processo Appalti, anche alla luce della avvenuta remissione innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione di compatibilità del nuovo art. 120, comma 2 bis, c.p.a.» osservando che «La decisione della Corte di Giustizia non potrà che assumere una notevole rilevanza anche sul tema dei rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale nei giudizi relativi alla materia dei contratti pubblici, in quanto - laddove la Corte dichiari incompatibile la norma in questione con i superiori principi del Diritto Europeo - la questione relativa ai rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale tornerà di piena attualità, superando il limite posto con l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.»

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

Di conseguenza, senza un nuovo intervento chiarificatore della Corte di Giustizia, la nuova regola processuale introdotta dalla *Puligienica* continuerà a sollevare anche in futuro vari problemi interpretativi e applicativi, che, come visto, ancora non hanno ricevuto un'univoca soluzione tra i giudici amministrativi.

Più in generale, l'evoluzione della giurisprudenza europea e nazionale nonché il dibattito dottrinario sull'argomento si inserisce nel quadro delle ripetute istanze di "giurisdizione oggettiva" che caratterizzano il momento attuale<sup>56</sup>.

Secondo alcuni Autori, infatti, la sentenza *Puligienica* è indice della presenza di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici<sup>57</sup>, da intendere come "una formula

---

<sup>56</sup> Sul tema *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto* è stato organizzato un incontro di studi svoltosi presso l'Università degli Studi Roma TRE il 30 gennaio 2017. M. A. SANDULLI nella relazione introduttiva a tale convegno, pubblicata in *Federalismi* n. 3/2017, ricorda tra i più significativi elementi che costituiscono espressione di una possibile giurisdizione di tipo oggettivo: «a) la legittimazione dell'Autorità Antitrust e di alcune amministrazioni centrali (MIUR, MEF) ad agire in giudizio per l'annullamento di atti contra legem assunti da altre amministrazioni (negli ultimi due casi, a prescindere dall'utilità dell'annullamento per l'interesse pubblico particolare affidato alla tutela dell'amministrazione ricorrente); b) il potere dell'Adunanza plenaria del CdS di decidere "nell'interesse della legge" su questioni di diritto non più rilevanti per definire la controversia; c) il potere/dovere dei giudici di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto pubblico in caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi gravi o di irrogare sanzioni pecuniarie sostitutive per vizi meno gravi; d) il potere/dovere dei giudici di disapplicare le leggi in contrasto con il diritto dell'Unione europea e il potere/dovere dei giudici di ultima istanza di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE le questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione».

<sup>57</sup> Ritiene che la sentenza *Puligienica* sia indice di profili di giurisdizione oggettiva nell'ambito del contenzioso degli appalti pubblici F. FRANCIOSI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it) Il portale degli appalti e dei contratti pubblici. Sul punto, si veda altresì, A. CARBONE *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., osserva che: «appare chiaro come la scelta compiuta dalla Corte di giustizia in *Fastweb* non possa che significare un'adesione alla seconda delle due alternative; non possa, cioè, che essere intesa nel senso di ammettere, ancorché implicitamente, una legittimazione a ricorrere diversa da quella propria dell'ordinario giudizio amministrativo di tipo soggettivo, derogando così alle regole proprie di quest'ultimo. Di fatto, come si è già avuto modo di considerare, in questo modo vi è una svalutazione del requisito della legittimazione e l'elemento soggettivo viene spostato sull'interesse a ricorrere per cui – senza potersi in questa sede soffermare sulla problematica, peraltro del tutto nota, concernente il rapporto tra interesse legittimo e interesse processuale – può dirsi che la legittimazione ad agire assuma un ruolo recessivo, giacché la sua configurabilità dipende da un elemento di differenziazione fortemente generico, che viene poi a declinarsi in concreto in relazione all'effettivo interesse al ricorso; ciò che, determinando uno spostamento del rilievo dell'interesse della parte dal versante sostanziale a quello processuale, necessariamente implica anche una concezione maggiormente oggettivistica del modulo processuale corrispondente (...) l'applicazione di questa impostazione al contenzioso relativo agli appalti pubblici porterebbe a configurare un modello differenziato di giudizio, ove il criterio di legittimazione a ricorrere si conforma alle esigenze di oggettivizzazione che già possono riscontrarsi nei poteri speciali concessi al giudice in ragione della protezione di quel particolare interesse che in questo tipo di controversie si ravvisa, a dire quello alla tutela della concorrenza». In senso concorde, L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2016, 1202 ha parlato di «deriva "oggettivistica" cui condurrebbe un principio che, per come letteralmente formulato nella sentenza *Puligienica*, finirebbe per affrancare la tutela giurisdizionale dalla nozione (processuale) di interesse». Al contrario, ritiene che sia da escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici R. CAPONIGRO, in *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 14 giugno 2016. Nello specifico, l'Autore osserva che: «I principi posti da tale ultima pronuncia riguardano anch'essi l'ipotesi di due soli

nuova” per descrivere tutte quelle attività giurisdizionali volte allo scopo prevalente di realizzare il diritto obiettivo, posto che “svincola” il giudice dal previo accertamento di una qualche utilità, sia pur mediata e strumentale, in capo al ricorrente principale. In altre parole, l’azione può dispiegarsi senza che sussista l’interesse al ricorso quale sua condizione.

La stessa giurisprudenza ha affermato che la sentenza della Corte di giustizia introduce «una più ampia nozione di giurisdizione connotata da alcuni indubbi elementi anche oggettivi», valorizzando «l’interesse indiretto dei ricorrenti, collegato all’esigenza primaria di tutela della concorrenza e della ricerca del miglior offerente, a consentire la verifica della regolarità dell’intera procedura di gara»<sup>58</sup>.

Tale tendenza verso una giurisdizione di stampo più oggettivo, peraltro, è evidente che da una serie di recenti interventi normativi. Oltre al citato rito super-speciale<sup>59</sup>, tra gli altri, vale menzionare il nuovo art. 211, comma 1-*bis, ter, quater* del codice dei contratti pubblici<sup>60</sup>, che introduce una peculiare legittimazione a ricorrere da parte dell’ANAC, la quale è ora legittimata ad agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture,

---

concorrenti in gara, tale del resto era la fattispecie concreta posta all’esame della Corte, e non sembrano potersi estendere automaticamente all’ipotesi di pluralità di partecipanti, [...]. La Corte, infatti, si riferisce comunque all’esistenza di “un analogo interesse legittimo” all’esclusione dell’offerta ed all’interesse strumentale a partecipare ad una gara eventualmente rinnovata, presupposti che potrebbero non sussistere se, ritenute fondate le azioni principale ed incidentale, la stazione appaltante fosse tenuta ad aggiudicare l’appalto ad una terza impresa estranea al rapporto processuale. Tale considerazione porta ad escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l’ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici».

<sup>58</sup> TAR Lazio, Roma, sezione terza-quater, 30 giugno 2016, n. 7532, il quale riconosce che la sentenza Puligienica, ha dato accesso a «una più ampia nozione di giurisdizione connotata da alcuni indubbi elementi anche oggettivi». Secondo tale impostazione «l’interesse di ciascuna delle parti presenti nel processo si giustifica *ex se* in relazione alla pretesa fondatezza della propria impugnativa, contrapposta all’allegata infondatezza di quella avversa, nel mentre il possibile effetto di esclusione di entrambe dalla procedura di gara, quale conseguenza dell’accoglimento di entrambi i ricorsi, costituisce una potenziale evenienza non incidente su tale assetto processuale».

<sup>59</sup> Osserva A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op. cit., che: «tale norma, seppur ridimensiona grandemente la possibilità che l’illegittimità dell’ammissione possa essere fatta valere per mezzo di un ricorso incidentale escludente, finisce per improntare, in ragione del tenore delle sue prescrizioni, il contenzioso in esame ad un modello più spiccatamente oggettivistico».

<sup>60</sup> Introdotto dall’art. 52-*ter* (*Modifiche al codice dei contratti pubblici*) del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 convertito dalla l. 21 giugno 2017, n. 96: “1. All’articolo 211 del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo il comma 1 sono aggiunti i seguenti: «1-*bis*. L’ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 1-*ter*. L’ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall’ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l’ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l’articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all’allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 1-*quater*. L’ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*»”.

previa adozione in un parere motivato nel quale sono indicati specificatamente i vizi di legittimità.

Tale previsione attua il principio, affermato dal Considerando n. 122 della Direttiva n. 2014/24/UE, secondo cui i cittadini, aventi un interesse legittimo, in quanto contribuenti, a un corretto svolgimento delle procedure di appalto, «dovrebbero avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione avanti a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente Direttiva all'autorità o alla struttura competente» e, tra tali autorità, agli organi di vigilanza settoriali, qual è appunto, per definizione, l'ANAC<sup>61</sup>.

Secondo parte della dottrina tale nuova legittimazione straordinaria dell'ANAC ben potrebbe essere inquadrata nell'ambito della c.d. giurisdizione oggettiva del giudice amministrativo<sup>62</sup>.

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

Di conseguenza, la nozione comunitaria di «interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto», al cui titolare gli Stati membri devono rendere accessibili le procedure di ricorso, dovrebbe continuare ad essere interpretata – per come esplicitata dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle ricordate sentenze del 2011 e 2014 - quale «titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione» che presuppone «il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato». In sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento del ricorso una qualche utilità pratica, meramente ipotetica o eventuale, che richiede per la sua compiuta realizzazione un'attività ricadente nella sfera della più ampia disponibilità dell'Amministrazione, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante, stante il principio secondo cui «la facoltà di agire in giudizio non è attribuita indistintamente a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall'accoglimento della domanda».

In quest'ottica, la sussistenza di un interesse attuale e concreto, ancorché di tipo strumentale, in capo al ricorrente principale, dovrebbe essere vagliata dal giudice direttamente nel giudizio, con

---

<sup>61</sup> Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere n. 2286/2016 del 3 novembre 2016.

<sup>62</sup> La nuova norma è coniata sulla falsariga del noto art. 21-bis, l. 287/1990 che disciplina la legittimazione straordinaria dell'AGCM. Sui profili di giurisdizione oggettiva introdotti da quest'ultima disposizione, si richiama, tra gli altri, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*. Di diverso avviso la giurisprudenza. In particolare, il Tar Lazio, sez. III-ter, nella sentenza n. 2720/2013, anche sulla scorta di alcune indicazioni dottrinali, ha ritenuto che in realtà in capo all'Autorità sia individuabile una situazione giuridica soggettiva correlata a un interesse pubblico specifico (tutela della concorrenza) e a un "bene della vita".

l'intervento dei concorrenti terzi, i quali dovrebbero, di regola, essere chiamati in causa, pena un'inaccettabile *vulnus* al principio del rispetto del contraddittorio.

Il pericolo è, infatti, quello che la soluzione prospettata dalla quinta sezione, mossa dall'esigenza di garantire un ricorso "efficace" ai sensi dell'art. 1, comma 1, della direttiva ricorsi, finisca in realtà per ledere il diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale degli altri concorrenti in gara, anch'essi tutelati dall'art. 24 Cost. e dal diritto europeo<sup>63</sup>, rimettendo non all'autorità giudiziaria, organo indipendente ed imparziale, ma alla stazione appaltante, nella sua lata discrezionalità, il vaglio circa la "medesimezza" del vizio.

Ciò, peraltro, attraverso una "implementazione" dell'interesse strumentale che perde i tradizionali connotati della concretezza e della attualità, scivolando verso "pericolose" derive oggettivistiche.

Del resto, si condivide l'opinione di chi ravvisa nella figura del giudice il soggetto in grado di arrestare, se attrezzato di mezzi moderni e adeguati, la "corsa" della giurisdizione oggettiva che caratterizza il momento attuale<sup>64</sup>.

In definitiva, si auspica che la nuova pronuncia della Corte di Giustizia chiarisca, in modo definitivo, quale sia l'essenza del sistema di tutela processuale delineato dalla direttiva ricorsi, ricordando che le stesse norme comunitarie obbligano gli Stati membri ad assicurare un sistema di giustizia effettivo all'operatore economico solo qualora abbia o conservi un *interesse all'aggiudicazione dell'appalto*<sup>65</sup>.

**Adele Berti Suman**

Dottoranda di ricerca in "Realtà e Radici del Diritto Privato Europeo" presso la Sapienza,  
Università di Roma

Pubblicato il 18 giugno 2018

---

<sup>63</sup> Il principio di effettività della tutela è consacrato all'art. 1 del c.p.a., secondo il quale la giurisdizione amministrativa «assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo». Trattasi di un principio generale del diritto dell'Unione europea che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, il quale, oltre ad essere sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza).

<sup>64</sup> Il riferimento è a M. LIPARI. Cfr. sul punto nota 47.

<sup>65</sup> Art. 1, comma 3, direttiva 2007/66/CE «Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».