

L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto^{1[1]}

di *Roberto Caponigro*

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Sommario: 1. La *ratio* della normativa sui contratti pubblici – 2. La tutela dell'interesse strumentale nella scelta del contraente – 3. Considerazioni conclusive.

1. *La ratio della normativa sui contratti pubblici*

La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia privata, per cui il contraente privato, di norma, può scegliere discrezionalmente con chi contrarre^{2[2]}; la pubblica amministrazione, invece, è tenuta a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura ad evidenza pubblica.

La procedura ad evidenza pubblica è finalizzata alla individuazione del “giusto” contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione^{3[3]}.

Tale era la *ratio*, volta al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del danaro della collettività, della normativa sulla contabilità di Stato degli anni '20 ed è in buona parte la *ratio* ancora oggi alla base della disciplina dei contratti pubblici contenuta nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

A tale esigenza di controllo della spesa pubblica, alla quale è finalizzata la ricerca del migliore *trade off* possibile tra prezzo e qualità, si è aggiunta però, sotto la pressante spinta

^{1[1]} Di prossima pubblicazione sulla rivista “Il nuovo diritto amministrativo”.

^{2[2]} Talvolta, anche in diritto privato, il soggetto è obbligato a contrarre o dalla stessa volontà privata o dalla legge; si pensi, nel primo caso, al contratto preliminare, o, nel secondo caso, all'obbligo a contrarre gravante sull'esercente di un'impresa in condizioni di monopolio legale.

^{3[3]} In proposito, sia consentito rinviare a R. Caponigro Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto, Foro CdS, 2010, in cui si premette che un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre, solitamente irrilevanti per i soggetti privati, a meno che non siano dedotti sotto forma di condizione, sia e soprattutto per le modalità di scelta del contraente.

dei principi e delle direttive comunitarie, l'esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

Di talché, l'amministrazione non utilizza più il mercato per scegliere *sic et simpliciter* il contraente migliore sotto i profili qualitativo e quantitativo, ma è chiamata a disciplinarne il corretto funzionamento al fine di tutelare il libero gioco della concorrenza, al punto che, da soggetto che si avvale del mercato per scopi propri, è divenuta garante del corretto andamento dello stesso per fini ulteriori, ispirati principalmente dall'ordinamento comunitario.

La stessa amministrazione, in tal senso, è assoggettata al mercato e le regole dell'evidenza pubblica non sono più soltanto funzionali ad ottenere le migliori condizioni ed il più affidabile contraente, ma sono anche finalizzate alla tutela della concorrenza, per cui può affermarsi che l'interesse delle imprese e del mercato è ora tutelato al pari dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire e, anzi, è divenuto anch'esso un essenziale valore collettivo da realizzare, ed in questo può cogliersi un significativo cambio di prospettiva.

L'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, in tale ottica, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), specifica che l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato)^{4[4]}.

^{4[4]} Il mutamento di prospettiva è nitidamente percepibile allorché la *lex specialis* della gara prevede oneri documentali a pena di esclusione e la stazione appaltante è tenuta ad escludere il concorrente che ha presentato la migliore offerta ove lo stesso non abbia adempiuto, sebbene per mera disattenzione, ad uno di tali oneri. La violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla *lex specialis*, infatti, esprime la prevalenza del principio di formalità, collegato alla garanzia della *par condicio*, che non può essere superato neppure dall'opposto principio del *favor participationis (ex multis*: Cons. St., V, 23 novembre 2010, n. 8151). 46 bis 163/2006. Peraltro, l'art. 46, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 4 d.l. 13 maggio 2011, n. 70, ha

2. *La tutela dell'interesse strumentale nella scelta del contraente*

L'analisi della tutela dell'interesse strumentale al rinnovo della gara^{5[5]} può prendere le mosse dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, che ha diffusamente affrontato il tema del rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo.

La questione era già stata esaminata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008 in una fattispecie di partecipazione ad una gara d'appalto di due sole imprese, ciascuna delle quali contestava l'ammissione dell'altra alla gara (rispettivamente, con il ricorso principale e con il ricorso incidentale), fattispecie leggermente diversa ma sostanzialmente identica a quella affrontata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, in cui in gara vi erano tre imprese, ciascuna delle quali proponenti impugnazioni, principali ed incidentali, volte a contestare la partecipazione delle altre concorrenti^{6[6]}.

La decisione n. 11 del 2008 era giunta alla conclusione che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice, qualunque sia il

introdotto il principio di tassatività delle clausole di esclusione impedendo alle stazioni appaltanti di stabilire prescrizioni a pena di esclusione non previste dalla legge.

^{5[5]} La locuzione “interesse finale” si riferisce solitamente all'interesse volto al conseguimento diretto del bene della vita che costituisce il lato interno della posizione di interesse legittimo, mentre per “interesse strumentale” si intende l'interesse volto a conseguire una nuova *chance* per ottenere il bene della vita agognato; in tema di appalti pubblici, ad esempio, Cons. St., IV, 12 maggio 2010, n. 2077, ha messo in evidenza che il soggetto terzo graduato ha interesse ad impugnare gli atti della procedura e la relativa aggiudicazione solo nell'ipotesi in cui le censure dedotte siano tali da determinare, in caso di accoglimento del ricorso, l'utilità strumentale della rinnovazione dell'intera procedura o l'utilità finale dell'aggiudicazione in suo favore.

^{6[6]} La questione affrontata, invece, non dovrebbe rilevare nel caso in cui, essendo la procedura di gara articolata nella fase di prequalifica ed in quella della gara vera e propria, le censure di un ricorrente siano relative alla fase di prequalifica e quelle dell'altro siano rivolte allo svolgimento della gara in quanto dovrebbero essere logicamente esaminate prima le censure dedotte avverso l'ammissione dell'altro concorrente, indipendentemente se a proporle sia il ricorrente principale o quello incidentale; parimenti la questione non si pone allorché alla gara abbiano partecipato almeno tre concorrenti perché in tal caso l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi “escludenti” ed il conseguente annullamento degli atti impugnati finirebbe con l'avvantaggiare un terzo estraneo alla controversia, sicché l'accoglimento di un ricorso deve necessariamente portare alla declaratoria di inammissibilità dell'altro. Su tali temi, sia consentito rinviare, tra gli altri, a R. Caponigro, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Giurisprudenza amministrativa, 2008.

ricorso che per primo esamini e ritenga fondato, deve in ogni caso pronunciarsi su tutti i ricorsi al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

La sentenza n. 4 del 2011, pur ritenendo indiscutibile che, in termini generali, debba trovare ingresso, nel sistema della giustizia amministrativa, anche la tutela dell'interesse strumentale, in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa, ha tuttavia evidenziato che proprio la piena ed armonica applicazione di questi principi impone di assegnare il necessario peso anche ad altre regole essenziali del processo amministrativo, tra cui il principio della domanda, che contrassegna il sistema attuale della giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione di diritto soggettivo nonché la funzione difensiva del ricorso incidentale, pervenendo ad una opposta conclusione rispetto alla precedente Adunanza Plenaria, vale a dire che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, la sua accertata fondatezza preclude in ogni caso al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Il rapporto di priorità logica nell'ordine di decisione della controversia delle questioni prospettate dalle parti, secondo quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del 2011, consente, quindi, che siano decise, con precedenza su ogni altra sollevata con il ricorso principale, le questioni dedotte con il ricorso incidentale dalla parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte con il ricorso principale^{7[7]}.

La sentenza, per giungere a tale conclusione, ha ribadito la netta distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto

^{7[7]} La valutazione del ricorso incidentale deve precedere la valutazione del ricorso principale quando quest'ultimo opera come un'eccezione processuale in senso tecnico, vale a dire quando tende a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale incidendo sull'esistenza di una delle condizioni dell'azione. In tal senso, *ex multis*: Cons. St., V, 9 ottobre 2007, n. 5276; Cons. St., V, 8 maggio 2002, n. 2468 e, in epoca più risalente, Cons. St., VI, 6 marzo 1992, n. 159, che richiama i principi espressamente enunciati nell'art. 276 c.p.c.

all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere "finale" o "strumentale" di tale vantaggio.

L'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara non dimostrerebbe da solo la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, atteso che tale aspettativa non si distinguerebbe da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione.

Al di fuori delle ipotesi tassativamente enucleate dalla giurisprudenza – quali la legittimazione del soggetto che contesta in radice la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; la legittimazione dell'operatore economico "di settore" che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione - il supremo organo della giustizia amministrativa ha osservato che deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

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

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 ha concluso che la mera partecipazione "di fatto" alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, atteso che la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo deriva da una qualificazione di carattere normativo che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva, sicché la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla

gara impedirebbe di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva.

L'assenza di una posizione legittimante in capo al concorrente illegittimamente ammesso alla gara sarebbe idonea a determinare il superamento della tesi proposta dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008, secondo cui la fondatezza del ricorso incidentale determinerebbe conseguenze diverse, in funzione del numero dei partecipanti alla gara, mentre rimarrebbe fermo che, nel caso di procedimenti con più di due concorrenti, in cui il ricorrente principale contesti la sola ammissione in gara dell'aggiudicatario e non quella degli altri concorrenti, l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale determinerebbe, oltre all'affermazione della carenza di legittimazione del ricorrente principale, l'assenza di un interesse alla coltivazione del ricorso principale perché non potrebbe ipotizzarsi nemmeno la rinnovazione della gara.

L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, quindi, ha ribadito il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura^{8[8]}.

Il problema della possibile "dequotazione" dell'interesse strumentale, ad avviso di chi scrive, è collegato, più che alla pronuncia in discorso, soprattutto all'analisi svolta in sede di rimessione alla Plenaria dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 18 gennaio 2011, n. 351.

Tale ordinanza, svolgendo un'accurata analisi dell'interesse "strumentale" al rinnovo della gara fatto valere in giudizio dalla parte ricorrente principale, prende in considerazione tale figura, sia studiandola autonomamente, sia esaminandola nella sua comparazione con il contrapposto interesse dell'aggiudicatario alla conservazione della propria posizione di vantaggio.

^{8[8]} La sentenza in discorso, peraltro, ritiene che l'esame prioritario del ricorso principale sia ammissibile, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

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

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

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

Sottolinea, poi, che gli inconvenienti segnalati non sarebbero eliminati nemmeno prevedendo che l'interesse strumentale al rinnovo della gara sia riconosciuto solo in presenza di alcune rigorose condizioni di fatto, sussistenti quando: a) permangano le condizioni per l'esecuzione dell'opera e in primo luogo la disponibilità finanziaria; b) la stazione appaltante abbia interesse a rinnovare il bando; c) in sede di rinnovazione del bando non vengano inserite nuove clausole che potrebbero rivelarsi impeditive della partecipazione.

L'ordinanza, infine, completa il proprio ragionamento evidenziando il carattere meramente "ipotetico" dell'interesse strumentale al rinnovo della gara, posto a raffronto con l'interesse pubblico, indubbio e attuale, all'esecuzione dell'opera e l'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione contestata.

Perplessità sulla soluzione adottata sono state in un primo tempo espresse dal TAR Lazio, Roma, I *ter*, con sentenza 10 gennaio 2012, n. 197 che, pur non sollevando la questione di pregiudizialità comunitaria, ha nella sostanza disatteso i principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

Il TAR capitolino, nell'evidenziare la presenza alla gara di due soli concorrenti ed il fatto che gli stessi, ricorrente principale e ricorrente incidentale, abbiano contestato l'omessa esclusione dalla gara della controparte processuale a causa di presunte carenze inerenti la

dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, ha rilevato che, sotto questi profili, i due contendenti hanno una posizione del tutto analoga, così com'è evidente che, se fossero condivisibili le censure che hanno proposto, le Stazioni appaltanti sarebbero costrette ad una riedizione della procedura ad evidenza pubblica.

Pertanto, ha evidenziato che la parte ricorrente in via principale non vanta solo l'interesse a contestare l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del controinteressato ricorrente incidentale (perché, essendo la seconda classificata in graduatoria, si vedrebbe aggiudicato l'appalto), ma, anche ove si accertasse la sua carenza dei requisiti di partecipazione alla gara (in accoglimento del ricorso incidentale), avrebbe, comunque, interesse a verificare la legittimità della partecipazione alla gara del controinteressato, per l'indubbio vantaggio consistente nella possibilità di partecipare ad una nuova procedura.

Emergerebbero, in sostanza, secondo la prospettazione del Tribunale, due distinti interessi giuridici del ricorrente principale: il primo, teso a contestare la partecipazione alla gara del controinteressato e l'aggiudicazione disposta in suo favore, al fine di vedersi aggiudicato l'appalto; il secondo, evidentemente da esaminare in via subordinata, finalizzato a contestare l'omessa esclusione dalla gara del controinteressato, allo scopo di partecipare alla nuova procedura ad evidenza pubblica che l'Amministrazione sarebbe costretta ad avviare una volta accertata l'illegittima partecipazione alla gara degli unici due operatori economici che vi hanno partecipato^{9[9]}.

Di talché, per la sentenza del TAR Lazio n. 197 del 2012, la conclusione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non potrebbe riguardare il caso in cui, oltre ad avere interesse agli 'esiti della procedura selettiva', il ricorrente principale abbia l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, in quanto, diversamente opinando, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica, di fatto, attribuendo al ricorrente in via incidentale una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle

^{9[9]} La distinzione tra i due interessi giuridici corrisponde esattamente alla distinzione "tra interesse finale" ed "interesse strumentale".

prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici del settore che abbiano partecipato alla gara.

Tale pronuncia, pertanto, si è attestata sulle posizioni già ampiamente sostenute dalla giurisprudenza antecedente al 2008^{10[10]}, che avevano trovato conferma nell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008, successivamente smentita dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

Sul tema della compatibilità comunitaria del diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011 è recentemente intervenuta l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia 9 febbraio 2012, n. 208, pronunciata dal TAR Piemonte in ordine all'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di servizi di telefonia voci e dati.

Il giudice rimettente ha evidenziato che una corretta disamina, nel merito, dei motivi di gravame sollevati in via principale ed in via incidentale dovrebbe condurre all'accoglimento sia del ricorso principale sia del ricorso incidentale per l'inadeguatezza di entrambe le offerte rispetto a quanto richiesto dall'amministrazione, specificando quindi che l'esito sostanziale sarebbe quello di annullare tutta la gara, in quanto entrambe le partecipanti (le uniche due partecipanti) non hanno avanzato offerte idonee a trovare aggiudicazione.

Una tale situazione, ha sostenuto il TAR Piemonte, come è evidente, sarebbe comunque soddisfacente per il c.d. interesse strumentale di cui è portatrice la ricorrente principale atteso che, non potendo quest'ultima aggiudicarsi la gara (perché anche la sua offerta, al pari di quella della rivale, non è risultata idonea), essa otterrebbe almeno la non aggiudicazione in capo alla controinteressata ricorrente incidentale e la conseguente ripetizione delle operazioni di gara, così mantenendo una *chance* di aggiudicazione futura a seguito della rinnovazione della procedura.

Ha quindi fatto presente che un esito del genere non è attualmente ammesso nell'ordinamento giuridico italiano, quale risultante dal diritto vivente nell'elaborazione

^{10[10]} *Ex multis*: Cons. St., V, 30 novembre 2007, n. 6133; Cons. St., V, 13 settembre 2005, n. 4692; TAR Lazio, Roma, I, 15 luglio 2006, n. 6372.

giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con sentenza n. 4 del 7 aprile 2011, ha chiarito, enunciando un apposito principio di diritto, che l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e sia dalle richieste dell'amministrazione resistente.

Tale esito, nel comportare l'inammissibilità dell'impugnazione principale allorché risulti fondata l'impugnazione incidentale, anche se i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due (coincidenti con il ricorrente principale e con quello incidentale, l'uno mirante all'esclusione dell'altro), non è apparso al TAR sabardo in linea con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e – in definitiva – con il principio di libera concorrenza che sono sottesi alla Direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE, come recentemente modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE^{11[11]}, direttiva che, com'è noto, si preoccupa di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria (art. 1, par. n. 1), prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di “procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime, così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese.

Le procedure di ricorso, in particolare, ha sostenuto il Tribunale piemontese devono poter mirare ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime (art. 2, par. n. 1, lett. b), in un'ottica di effettività della tutela, che sembra inconciliabile con l'affermata incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale.

^{11[11]} La direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE è la direttiva del Consiglio 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, mentre la direttiva 2007/66/CE è nota come direttiva ricorsi.

Nel caso in cui residui al ricorrente principale – nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale – l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, reso evidente dalla fondatezza dei motivi mediante i quali si è contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'impresa aggiudicataria (anche nell'ipotesi in cui l'offerta dell'impresa aggiudicataria si sia rivelata non idonea rispetto ai fabbisogni della stazione appaltante), quell'interesse – a giudizio del TAR rimettente – deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena altrimenti l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata (così come dimostrato dalla fondatezza del ricorso principale) in modo non corretto o non legittimo, mentre, diversamente ragionando, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica perché si attribuirebbe al ricorrente incidentale, di fatto, una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara.

Di talché, ai fini della risoluzione della controversia, è stato giudicato rilevante ed opportuno sollevare la seguente questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 234 del Trattato CE):

“Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la Direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal

numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario - ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta".

L'investitura della Corte di Giustizia, peraltro, non sembra incontrare un ostacolo insormontabile nel principio di autonomia processuale degli ordinamenti giuridici nazionali, pacificamente affermato dal giudice comunitario, atteso che tale riserva fa salvo il rispetto del principio della effettività della tutela nella predisposizione ed interpretazione delle regole processuali in termini di inconvenienti procedurali, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti fondati sul diritto comunitario^{12[12]}.

La complessa e problematica questione, a parere di chi scrive e come più ampiamente sarà esposto nelle "considerazioni conclusive", non porta a ritenere che, in esito alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, sia significativamente compromessa la tutela dell'interesse strumentale nell'ambito nazionale né porta necessariamente a ritenere che sia presente una violazione dei principi di ispirazione comunitaria di non discriminazione, parità delle parti e di tutela della concorrenza negli appalti pubblici.

Utili spunti dialettici possono rinvenirsi nei primi commenti alla richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria ed alla ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia da parte del TAR Piemonte.

L'interesse strumentale, come detto, identifica situazioni in cui il bene della vita non è direttamente conseguibile con l'annullamento dell'atto impugnato, ma solo ed eventualmente a seguito dell'attività amministrativa posta in essere in esecuzione della sentenza di accoglimento e di annullamento, sicché può ritenersi, quando il riesercizio del potere abbia comunque carattere discrezionale e non sia stato completamente conformato dalla pronuncia giurisdizionale, altrimenti si tratterebbe di interesse finale, che la

^{12[12]} P. Quinto, Ordinanza TAR Piemonte: il dibattito sul ricorso principale e ricorso incidentale sul processo amministrativo si sposta in Europa, www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

strumentalità dell'interesse costituisce il risvolto processuale della nozione sostanziale di interesse pretensivo^{13[13]}.

In altri termini, l'interesse strumentale sottintende che la soddisfazione della *utilitas*, costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo, potrà avvenire solo probabilmente, attraverso il riesercizio del potere conseguente all'annullamento giurisdizionale, per cui postula che, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'atto, l'amministrazione sia tenuta a riprovvedere in senso eventualmente, ma non certamente, soddisfattivo per il ricorrente vittorioso in giudizio.

Viceversa, è stato osservato che l'annullamento dell'ammissione alla gara della controparte nelle ipotesi della specie non assolve ad una specifica funzione di tutela, ma persegue un risultato, la rinnovazione della gara, la cui concreta realizzazione resta rimessa ad un'autonoma scelta dell'amministrazione^{14[14]}.

La giurisprudenza, in realtà, è oscillante sull'obbligo della stazione appaltante di rinnovare la gara all'esito dell'annullamento degli atti della procedura svolta, atteso che, a fronte della tesi secondo cui non vi sarebbe alcun obbligo in tal senso, in molti casi detto obbligo è stato ritenuto sussistente^{15[15]}, mentre, in altri casi, fermo restando l'obbligo per la stazione appaltante di riprovvedere, la giurisprudenza ha ritenuto sussistere la facoltà discrezionale di scegliere, in alternativa, se indire una nuova gara o rinnovare parzialmente le attività pregresse^{16[16]}.

^{13[13]} A. Giannelli, *Il revirement* della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale, *Dir. Proc. Amm.*, 2011, evidenzia che la nozione di interesse strumentale ha conosciuto una notevole diffusione anche prima che si profilasse all'orizzonte il problema dei due ricorsi reciprocamente escludenti in materia di procedure ad evidenza pubblica e che l'attributo della strumentalità evoca la tensione verso un risultato diverso ed ulteriore rispetto a quello immediatamente ritraibile dall'iniziativa intrapresa dal titolare dell'interesse medesimo; nel glossario del diritto amministrativo, afferma l'Autrice, la strumentalità costituisce una efficace sintesi verbale per rappresentare situazioni in cui il risultato perseguito con l'impugnazione non si esaurisce nell'annullamento dell'atto gravato.

^{14[14]} A. Giannelli, *op. cit.*, che richiama R. Villata, *L'adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, *Dir. Proc. Amm.*, 2008.

^{15[15]} *Ex multis*: Cons. St., VI, 27 marzo 2012, n. 1800; TAR Campania, Napoli, I, 22 settembre 2010, n. 17495; TAR Lombardia, Brescia, II, 8 aprile 2010, n. 1528.

^{16[16]} *Ex multis*: Cons. St., V, 1° febbraio 2010, n. 417; Cons. St., VI, 1° ottobre 2004, n. 6457.

La c.d. strumentalità - per chi sostiene, come argomentato nell'ordinanza di rimessione alla Plenaria della Sesta Sezione del Consiglio di Stato 18 gennaio 2011, n. 351, che non vi sia l'obbligo per l'amministrazione di pubblicare un nuovo bando - si ridurrebbe in tal caso ad un nesso di probabile consequenzialità tra accadimenti, atteso che la rinnovazione della procedura di gara, pur essendo la conseguenza più comune della caducazione degli atti della procedura illegittimamente svolta, corrisponderebbe all'esercizio di una libera ed incoercibile volontà di contrarre.

Seguendo tale tesi, nel caso dei ricorsi "paralizzanti" o "reciprocamente escludenti", quindi, verrebbero a mancare entrambi i pilastri che sorreggono l'identità giuridica della nozione di interesse strumentale al ricorso, vale a dire la pregressa lesione e la doverosità dell'attività amministrativa riparatoria *post* annullamento.

Il c.d. interesse strumentale alla rinnovazione della gara, insomma, sarebbe caratterizzato dal fatto che tale rinnovazione costituisce un'utilità non preesistente all'annullamento giurisdizionale degli atti di gara, atteso che la possibilità di partecipare ad un nuovo confronto concorrenziale si concreterebbe in un vantaggio empiricamente ritraibile dalla sentenza di annullamento, ma non in un bene la cui lesione deve essere tutelata dall'ordinamento, per cui, l'interesse *de quo* costituirebbe un *posterius* rispetto all'evento antiggiuridico, costituito dall'illegittima ammissione di entrambi i concorrenti, il quale, nella fattispecie dei ricorsi "reciprocamente escludenti", rimarrebbe privo di attitudine lesiva.

D'altra parte, secondo tale prospettazione, che ricalca sostanzialmente quella di cui all'ordinanza di rimessione alla Plenaria, l'ammissibilità di un ricorso richiederebbe la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, mentre l'interesse alla rinnovazione della gara sarebbe del tutto eventuale ed ipotetico, sicché potrebbe ridondare in un interesse di mero fatto, non giuridicamente qualificato^{17[17]}.

^{17[17]} Il *leading case* di cui ha tenuto conto la giurisprudenza successiva in materia può essere individuato nella decisione del Cons. St., IV, 23 gennaio 1986, n. 57, richiamata in R. Villata, nota a Consiglio di Stato, sez. I, 5 giugno 2008, n. 2669, in Dir. Proc. Amm., 2008. La decisione non affronta direttamente il tema dei rapporti tra ricorso principale ed incidentale, ma definisce la situazione giuridica del concorrente legittimamente escluso, negando che al medesimo spetti la

In ordine all'analisi dell'essenza ed alla tutela dell'interesse strumentale, il diritto europeo offre numerosi elementi di riflessione.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha spesso ribadito 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, sicché il relativo sistema di giustizia, così come quello nazionale, ha chiaramente una connotazione soggettiva^{18[18]}.

La soluzione a cui è giunta la Plenaria n. 4 del 2011, quindi, non sembra incompatibile con i principi del diritto europeo in quanto, nella sua prospettazione, non sussiste alcuna compressione del c.d. interesse strumentale, ma il venire meno della legittimazione ad agire che, determinando l'assimilazione del ricorrente principale al *quisque de populo*, comporta altresì la regressione dell'interesse strumentale ad un interesse di mero fatto, vale a dire ad una situazione irrilevante per l'ordinamento giuridico, con ciò ribadendo un principio fondamentale, strutturale al concetto stesso di impugnazione, vale a

titolarità di un interesse protetto: in tal caso il concorrente, escluso per inadeguatezza della sua offerta tecnica, si doleva della presunta illegittimità dell'ammissione dell'altro e tale censura era stata dichiarata inammissibile in quanto il vantaggio cui il ricorrente mirava, vale a dire la rinnovazione della gara, si configurava come un interesse di fatto, "non tutelabile come interesse legittimo", e ciò perché "il concorrente legittimamente escluso per inidoneità non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia partecipato e si ripromette di partecipare alla seconda".

^{18[18]} La necessaria sussistenza della partecipazione alla gara come fonte della legittimazione ad agire è avvalorata dalla stessa sentenza della Sesta Sezione della Corte di Giustizia del 19 giugno 2003, pronunciata sul caso Hackermuller, che talvolta è citata a sostegno di tesi contrarie, la quale conclude evidenziando, tra l'altro, che le direttive comunitarie in materia di appalti non impediscono che le procedure di ricorso previste dalle stesse direttive siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se esse siano state o rischino di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata.

dire che devono essere decise prima le questioni che attengono all'*an* dello scrutinio rispetto alle questioni che riguardano l'illegittimità dell'atto impugnato^{19[19]}.

Tale puntualizzazione del necessario e preliminare accertamento delle condizioni soggettive delle azioni non risponde ad un approccio formalistico, ma, al contrario, funge da estremo baluardo avverso i riflussi oggettivizzanti che periodicamente interessano il processo amministrativo e che, in realtà, sono del tutto estranei anche al diritto comunitario ed europeo^{20[20]}.

Successivamente alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato ha espressamente disatteso alcune censure di compatibilità comunitaria e costituzionale sottoposte al suo esame^{21[21]}.

In particolare, ha ritenuto che le censure basate sul richiamo alla direttiva 2007/66/CE, in relazione alla dedotta non trasposizione nell'ordinamento interno dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 1, non possono essere accolte in quanto:

a) la direttiva 2007/66/CE dispone che: “2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali. 3. 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 lesa a causa di una presunta violazione”;

^{19[19]} La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce, ora, come indicato nell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, una espressa regola positiva, stabilita dal codice del processo amministrativo, atteso che, in virtù dell'art. 76, co. 4, “si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma, del codice di procedura civile e gli articoli 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile” ed il richiamato art. 276, co. 2, c.p.c. prevede che “il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa”. D'altra parte, si tratta di una regola di giudizio ritenuta pacificamente applicabile al processo amministrativo anche prima dell'entrata in vigore del codice.

^{20[20]} La tesi esposta è seguita da A. Giannelli, op. cit.

^{21[21]} Cons. St., VI, 15 giugno 2011, n. 3655.

b) sono così posti, in sintesi, i due principi: b.1) di non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto; b.2.) della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire una asserita illegittima lesione della sua posizione;

c) i principi enunciati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non contrastano con quelli ora richiamati, essendo chiaro che un'impresa può risultare ingiustamente pregiudicata a favore di un'altra nell'ambito della procedura di gara, ovvero essere oggetto di una illegittima preclusione al ricorso, solo in quanto sia titolare di una posizione sostanziale che dà titolo a partecipare alla gara stessa, ed è perciò tutelabile in giustizia; soltanto in questo caso, infatti, si configura il presupposto della situazione di parità con un'altra impresa suscettibile di essere lesa, poiché solo chi ha una corretta posizione sostanziale che lo legittimi ad essere parte nella gara ha poi un titolo a lamentare un eventuale *deficit* di tutela giurisdizionale al riguardo. In ipotesi contraria verrebbe affermato che i suddetti principi impongono di assicurare il giudizio, sempre e fino alla pronuncia nel merito, a favore di qualsivoglia soggetto che – indipendentemente dalla sua giusta presenza in un rapporto amministrativo - si pretenda leso rispetto ad una gara alla quale, proprio a seguito di suo ricorso, è stato accertato che non ha titolo a partecipare, e della quale, pur data tale situazione, non sussistono gli eccezionali presupposti di impugnabilità.

Da ciò conseguirebbe che non si riscontra l'asserita lesione del principio della libera concorrenza; la relativa garanzia, per il profilo processuale, è data infatti dalla non discriminazione all'azione in giudizio fra gli aventi titolo idoneo a ricorrervi, perché titolari di una posizione sostanziale similmente tutelabile, e non già dalla garanzia che chiunque possa impugnare una procedura di gara pur se privo di una tale titolo abilitante all'impugnazione.

In particolare, la contestazione dell'assenza dei medesimi requisiti di partecipazione in capo al ricorrente incidentale, dedotta con il ricorso dal ricorrente principale, non può essere considerata eccezione preliminare, a sua volta "paralizzante", venendo a mancare in

radice la legittimazione al ricorso del ricorrente principale e con ciò il titolo a dedurre avverso atti del procedimento di gara, perché si invertirebbe lo sviluppo logico del giudizio, che vuole sia anzitutto vagliata l' idoneità a domandare l' intervento del giudice in capo a chi per primo lo ha investito di una domanda su cui poggia l' intero contenzioso.

Ciò, peraltro, non sarebbe in contrasto con la previsione delle disposizioni specifiche sui giudizi in materia di appalti pubblici da ultimo positivizzate con il codice del processo amministrativo, volte di certo, come in generale, al sindacato pieno dell' esercizio del potere amministrativo, ma nell' ambito di un giudizio soggettivo e di parti e non già del controllo oggettivo della legittimità dell' azione amministrativa.

In tale quadro, la pronuncia della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 3655 del 2011 ha concluso che non vi è la base per procedere al richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell' art. 267 del TFUE perché si tratta di un caso in cui la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito ad alcun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione della questione processuale sollevata.

Non si rinverrebbe nel sistema della normativa comunitaria sul tema un principio, sul quale chiedere quale debba essere l' uniforme applicazione, per il quale il titolo all' azione in giudizio sia comunque da riconoscere malgrado il difetto della qualità per agire in giustizia, cioè della titolarità di una posizione sostanziale tutelabile, vale a dire indipendentemente dal possesso della legittimazione al ricorso (che nella specie la ricorrente principale non possiede) e la conseguente prescrizione che, pur accolto il ricorso incidentale paralizzante il ricorso principale, questo debba comunque essere esaminato e deciso, così privilegiando l' interesse, ormai di mero fatto, del soggetto non legittimato a svantaggio di quello dell' aggiudicatario ed in vista di una rinnovazione della gara onerosa, inutilmente differita e del tutto eventuale.

A seguito dell' ordinanza del TAR Piemonte, la Corte di giustizia dell' Unione Europea dovrà condurre il suo esame sulle disposizioni processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione processuale, verificando se tali regole

processuali nazionali siano in contrasto con i principi comunitari di effettività della tutela, parità delle parti, libera concorrenza.

L'effettività della tutela e la parità delle parti implicano che i concorrenti a una gara di appalto devono essere messi in condizione di contestare tempestivamente ed efficacemente l'aggiudicazione, ossia di accedere ad una tutela giurisdizionale.

La *ratio* delle norme comunitarie di cui alla c.d. direttiva ricorsi – direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici^{22[22]} – può essere infatti individuata nella preoccupazione, essendo difficilmente reversibili le conseguenze giuridiche e materiali di un contratto stipulato con il concorrente la cui aggiudicazione è contestata, di non assicurare una tutela pienamente soddisfacente al concorrente che propone un ricorso e, quindi, nell'esigenza di garantire in materia di appalti una tutela processuale effettiva e celere^{23[23]}.

La giurisprudenza comunitaria, di conseguenza, ha censurato le leggi nazionali che non prevedevano la possibilità, per i concorrenti non aggiudicatari, di impugnare l'aggiudicazione.

In proposito, assume rilievo la decisione della Corte di Giustizia 24 giugno 2004, C-212/02 (Commissione c. Austria), la quale ha ritenuto contraria all'art. 2, par. 1, lett. a) e b),

^{22[22]} La c.d. direttiva ricorsi – direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 – è stata recepita nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

^{23[23]} Il legislatore comunitario mira in primo luogo ad evitare, con la previsione di rimedi preventivi, che il contratto sia stipulato quando l'aggiudicazione di un appalto sia o possa ancora essere contestata. Il quarto considerando, nell'evidenziare che “fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto” fa presente che “ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto” e “per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa”. Il termine sospensivo, ai sensi del sesto considerando, “dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso”.

direttiva 89/665 ed alla direttiva 92/13, una legge nazionale la quale non prevedeva una procedura di ricorso che permettesse ad un concorrente escluso in una gara d'appalto di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione; nel caso deciso la legislazione austriaca è stata giudicata in contrasto con le citate direttive perché non prevedeva che l'aggiudicazione fosse comunicata ai concorrenti diversi dall'aggiudicatario e non consentiva a costoro di impugnare l'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto.

Ancora una volta, quindi, è presente la preoccupazione dell'ordinamento comunitario di evitare che non possa essere proposto, dal soggetto legittimato all'impugnazione, un ricorso prima della stipula del contratto, il che ha determinato l'introduzione nella c.d. direttiva ricorsi^{24[24]} e, quindi, negli ordinamenti nazionali^{25[25]} delle clausole di *stand still*.

Una volta che l'accesso alla giustizia sia garantito, però, il diritto comunitario non impinge sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e

^{24[24]} La direttiva ricorsi vieta alla stazione appaltante di stipulare il contratto durante il termine dilatorio decorrente dall'aggiudicazione dell'appalto (*still period* sostanziale) in quanto l'art. 2 *bis*, paragrafo 2, prevede che la conclusione di un contratto non può avvenire prima dello scadere di un termine a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti. Il considerando n. 12, inoltre, stabilisce che "la proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, in particolare per prorogare il termine di sospensione per la conclusione del contratto", sicché è "necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda". L'art. 2, paragrafo 3, della direttiva, di conseguenza, prevede che, qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. Pertanto, accanto al termine dilatorio sostanziale, quando è proposto il ricorso, è previsto un termine dilatorio prima del giudizio cautelare o di merito (*still period* processuale).

^{25[25]} Nell'ordinamento italiano, l'art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d.lgs. n. 53 del 2010, ha introdotto il termine dilatorio sostanziale, stabilendo che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79 e l'art. 11, co. 10 *ter* dello stesso testo, come modificato, da ultimo, anche dal d.lgs. n. 195 del 2011, ha introdotto il termine dilatorio processuale, stabilendo che, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.

condizioni dell'azione, che appartengono alla c.d. «autonomia processuale» dei diritti nazionali.

La nozione di “interesse all'affidamento di un determinato appalto pubblico”, anche secondo tale prospettazione, non potrebbe che implicare una verifica che tale interesse sia “legittimo” nel senso di essere fondato su ragioni legittime, e non sia un interesse di mero fatto, mentre chi è stato legittimamente escluso, sul piano processuale, non ha legittimazione a contestare la gara.

In definitiva, una attenta dottrina ha ritenuto che i principi comunitari sul processo in materia di pubblici appalti, e segnatamente i principi di parità delle parti, effettività della tutela e libera concorrenza:

a) non sembrano incidere sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di legittimazione al ricorso, processo di parti, ragionevole durata del processo, esclusione di una giurisdizione di tipo oggettivo con poteri ufficiosi del giudice;

b) sembrano tutelare l'interesse all'affidamento dell'appalto in capo ai concorrenti che hanno i requisiti per ottenere l'affidamento, e non anche di coloro che non hanno detti requisiti, atteso che effettività della tutela non consente comunque di abusare del diritto di difesa;

c) non sembrano tutelare un ipotetico interesse strumentale al rinnovo della gara, in capo a soggetto di cui si sia accertato che non aveva i requisiti di partecipazione alla prima gara, pena, da un lato, il rallentamento e la paralisi del mercato dei pubblici appalti in nome di interessi di fatto meramente privatistici e, dall'altro lato, la trasformazione del processo di parti in una giurisdizione di tipo oggettivo, in cui il giudice eserciti un sindacato generale sull'operato della stazione appaltante, avulso dalle regole processuali in tema di legittimazione e interesse al ricorso^{26[26]}.

Da ultimo, proprio in ordine alla controversia per la definizione della quale è stata pronunciata la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, le

^{26[26]} Tale sviluppo argomentativo e le relative conclusioni sono contenute in M. Protto, La parola al giudice comunitario, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 21 giugno 2012, n. 10294, hanno fatto presente che la conclusione a cui è giunta l'Adunanza Plenaria genera delle perplessità che lasciano ancora più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dar vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento, che in questa materia richiede un'attenzione ed un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato.

Pertanto, le Sezioni Unite - nel respingere il ricorso in quanto la decisione impugnata non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate - ha fatto presente che la già sperimentata praticabilità di una diversa conclusione aumenta i dubbi, dato che a fronte di due letture alternative, il giudice dovrebbe privilegiare quella che assicura e non quella che ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge.

3. *Considerazioni conclusive.*

La soluzione della articolata ed importante questione impone una riflessione su alcuni istituti fondamentali del processo amministrativo.

In primo luogo, ad avviso di chi scrive, occorre disattendere la suggestiva tesi secondo cui l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara non sarebbe un interesse legittimo, vale a dire un interesse giuridicamente qualificato e tutelato, ma sarebbe ontologicamente un interesse di mero fatto in quanto privo di concretezza ed attualità, in ragione della discrezionalità della stazione appaltante nell'indire una nuova gara a seguito dell'annullamento giurisdizionale della gara svolta.

Il diritto al ricorso nel processo amministrativo sorge in conseguenza della lesione attuale di un interesse sostanziale, vale a dire di un interesse materiale ad un bene della vita,

e tende ad un provvedimento giurisdizionale idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione.

Condizione soggettiva per agire in giudizio, ulteriore rispetto all'interesse al ricorso, è la legittimazione ad agire, che spetta a colui che affermi di essere titolare della situazione giuridica sostanziale in ipotesi ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo.

La possibilità di proporre un'azione impugnatoria di provvedimenti amministrativi, al di là di specifiche ipotesi contemplate dalla legge, infatti, non è concessa a chiunque in qualità di cittadino intenda censurare l'esercizio del potere pubblico, vale a dire *uti cives*, ma soltanto al titolare di una posizione di interesse legittimo e cioè di una posizione qualificata e differenziata rispetto alla posizione di tutti gli altri membri della collettività, vale a dire *uti singuli*.

La posizione legittimante alla proposizione del ricorso, quindi, è caratterizzata dalla differenziazione e dalla qualificazione.

La prima qualità può discendere dall'atto amministrativo quando esso incide immediatamente nella sfera giuridica del soggetto ovvero può rinvenirsi nel collegamento tra la sfera giuridica individuale ed il bene della vita oggetto della potestà pubblica quando l'atto esplica effetti diretti nella sfera giuridica altrui e, in ragione di tali effetti, è destinato ad interferire sulla posizione sostanziale del ricorrente.

Ai fini della configurazione della posizione sostanziale legittimante l'azione, è necessario anche che l'interesse individuale sia qualificato, sia cioè considerato dalla norma attributiva del potere, nel senso che tale norma, o l'ordinamento nel suo complesso, deve prendere in considerazione, oltre l'interesse pubblico che è precipuamente preordinata a soddisfare, anche l'interesse individuale privato su cui va ad incidere l'azione amministrativa.

L'interesse al ricorso, invece, consiste in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa e richiede che l'atto impugnato abbia prodotto una lesione diretta, attuale e concreta nella sfera giuridica del destinatario.

Ne consegue che, per la sussistenza dell'interesse alla proposizione del ricorso, è necessario che la lesione sia attuale e concreta, mentre l'interesse può essere anche eventuale, sicché, anche volendo aderire alla tesi, invero molto contrastata, secondo cui, in esito all'annullamento della gara, la rinnovazione della stessa sarebbe solo possibile e non certa, l'interesse al ricorso deve ritenersi evidentemente sussistente sia perché il concorrente è leso in via diretta ed attuale dall'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente, sia perché un interesse, anche solo eventuale, sicuramente sussiste.

D'altra parte, la giurisprudenza ha costantemente sostenuto l'ammissibilità di un ricorso "principale" quando sia dedotto in giudizio, dal concorrente che abbia partecipato alla procedura selettiva, l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, attraverso la proposizione di vizi idonei a compromettere l'intero svolgimento della procedura concorsuale^{27[27]}.

La giurisprudenza, infatti, pure quando ha puntualmente seguito la strada indicata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 in ordine al rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale, non ha mancato di evidenziare l'astratta azionabilità di posizioni di interesse strumentale, non dirette ad ottenere l'aggiudicazione ma la ripetizione della gara^{28[28]}.

Inoltre, anche ove costituisca un dato di fatto oggettivo che la gara non potrebbe essere rinnovata - ad esempio per la sicura insussistenza della disponibilità finanziaria a causa dell'intervenuta scadenza di un finanziamento pubblico - e, quindi, nel caso in cui la mancata rinnovazione sia il frutto di una scelta vincolata e non discrezionale, il ricorso principale potrebbe essere dichiarato improcedibile per tale ragione, ma potrebbero comunque residuare l'interesse e la legittimazione a proporre l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 34, co. 3, c.p.a.

^{27[27]} Il ricorso con cui è dedotto in giudizio l'interesse strumentale alla rinnovazione degli atti di gara, soprattutto quando siano state proposte censure idonee a travolgere l'intera procedura, è costantemente ritenuto ammissibile (ex multis: Cons. St., IV, 12 maggio 2010, n. 2077; TAR Umbria, 4 marzo 2011, n. 63; TAR Lazio, Roma, III, 7 febbraio 2011, n. 1128).

^{28[28]} Cons. St., V, 20 febbraio 2012, n. 892; Cons. St., III, 19 gennaio 2012, n. 63.

La sopravvenuta inutilità per il ricorrente principale di ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato, quindi, non determinerebbe affatto la dequotazione del proprio interesse legittimo ad interesse di mero fatto, ma potrebbe determinare semmai l'esigenza di proporre l'azione di risarcimento dei danni congiuntamente o in luogo dell'azione di annullamento.

In definitiva, a mio avviso, non può essere posto in dubbio che il c.d. interesse strumentale alla rinnovazione della gara da parte del concorrente che abbia legittimamente partecipato sia un interesse giuridicamente qualificato e tutelato e non un interesse di mero fatto, avendo come sua specificità, come per ogni altro interesse strumentale, la circostanza che il bene della vita al quale aspira il ricorrente non può essere conseguibile immediatamente e direttamente, in esito alla pronuncia giurisdizionale di annullamento, ma solo eventualmente, a seguito del rinnovato esercizio del potere amministrativo.

La questione della compatibilità comunitaria del diritto vivente ritraibile dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, allora, è legata non tanto alla protezione del c.d. interesse strumentale legittimo, che, se esistente, non può fuoriuscire dalla sfera del rilevante giuridico e dalla conseguente esigenza di tutela giurisdizionale, ma alla verifica della permanenza o meno dello stesso nel caso in cui la fondatezza del ricorso incidentale rivelasse l'illegittima partecipazione del ricorrente principale alla procedura concorsuale.

In particolare, ritenendo che l'accoglimento del ricorso incidentale ed il conseguente annullamento della ammissione alla gara o, meglio, della omessa esclusione del ricorrente principale dalla gara, agendo *ex tunc*, releghi su un piano meramente fattuale l'illegittima partecipazione, dovrebbe concludersi che la soluzione prospettata dall'Adunanza Plenaria sia del tutto compatibile con i principi comunitari di libera concorrenza, parità delle armi ed effettività della tutela in quanto, in assenza della differenziazione della posizione, che non sarebbe più distinguibile da quella di chi alla gara non ha partecipato, non sussisterebbe alcun interesse legittimo da tutelare, ma solo un interesse di mero fatto, con conseguente assenza della legittimazione ad agire, di cui il ricorrente principale sarebbe privo al pari di ogni altro imprenditore che non ha partecipato alla gara.

In altri termini, seguendo tale prospettiva, non vi sarebbe alcuna sottovalutazione dell'interesse strumentale giuridicamente rilevante e della sua tutela in quanto l'interesse del ricorrente principale non potrebbe essere qualificato come interesse legittimo, difettando del necessario requisito della differenziazione, ma apparterebbe, come interesse di mero fatto, al piano dell'irrilevante giuridico.

L'interesse del ricorrente principale, in tale ipotesi, sarebbe in definitiva di mero fatto e, quindi, equiparabile a quello di qualsiasi altro operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti, pur essendo titolare di un interesse di fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di indizione di una nuova gara^{29[29]}.

Di talché, ad avviso di chi scrive, l'interesse strumentale legittimo alla rinnovazione della gara, quando alla selezione abbiano partecipato solo due imprese, sussiste sicuramente ogniqualvolta la legittimità della partecipazione alla gara del ricorrente principale non sia contestata, anche ove sia certo che ad un eventuale accoglimento del ricorso non potrebbe seguire la riedizione della procedura concorsuale, potendosi in tal caso all'azione di annullamento accompagnarsi la proposizione di un'azione di risarcimento dei danni ed all'improcedibilità della prima la decisione nel merito della seconda, mentre, ove con ricorso incidentale sia contestata l'ammissione alla gara del ricorrente principale e, con efficacia *ex tunc*, la stessa sia annullata, occorre risolvere la questione fondamentale, che attiene alla sussistenza della legittimazione ad agire e non dell'interesse al ricorso^{30[30]}, vale

^{29[29]} Cons. St., VI, 6 marzo 1992, n. 159, già a suo tempo aveva posto chiaramente in rilievo che l'accertamento dell'inammissibilità per difetto dei requisiti di partecipazione dell'offerta presentata dal ricorrente principale degrada la posizione di costui a mero interesse indifferenziato, non distinguibile da quello delle imprese che non hanno partecipato alla gara, per cui, mancando una situazione giuridica protetta, risulterebbe fuor di luogo invocare l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

^{30[30]} In proposito, R. Villata, Riflessi in tema di ricorso incidentale nel giudizio di primo grado (con particolare riferimento alle impugnative delle gare contrattuali), Diritto Processuale Amministrativo, 2009, il quale – nell'evidenziare come il punto centrale della tesi che fonda la priorità del ricorso incidentale consiste nell'equiparare l'impresa esclusa in accoglimento di detto ricorso all'impresa che, non avendo presentato domanda, è rimasta totalmente estranea alla gara, atteso che quest'ultima non è titolare di alcuna situazione giuridicamente protetta, di alcun interesse legittimo collegato alla gara – ritiene evidente che si tratti di mancanza di legittimazione e non rilevi

a dire se il ricorrente conservi o meno una posizione che valga a differenziarlo dal *quisque de populo*.

Nell'ipotesi affermativa, non potrebbe disconoscersi la persistenza delle condizioni soggettive dell'azione, atteso che il ricorrente principale agirebbe *uti singulus* e non *uti civis*, con conseguente sussistenza di un interesse strumentale legittimo alla rinnovazione della gara.

Ove, invece, così come sostenuto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, si propendesse per la tesi che equipara il concorrente illegittimamente ammesso alla procedura di gara a qualunque altro operatore economico che non ha proposto domanda di partecipazione, l'interesse strumentale alla rinnovazione non sarebbe tutelabile perché non esisterebbe una situazione di interesse legittimo, essendo venuta meno la differenziazione della posizione, sicché la stessa potrebbe essere definita come di interesse strumentale di mero fatto, per distinguerla da quella definita di interesse strumentale legittimo, priva di legittimazione ad agire.

Né a tale ultima soluzione potrebbe opporsi che, a seguito del ricorso incidentale escludente, la posizione del ricorrente principale non potrebbe essere comunque equiparabile a quella dell'impresa non partecipante^{31[31]}.

La circostanza che talune pronunce di accoglimento del ricorso incidentale, in presumibile applicazione della tesi che sostiene la natura di mera eccezione processuale di quest'ultimo, non contengano nel dispositivo una espressa statuizione di annullamento dell'ammissione alla gara del ricorrente principale non può portare a ritenere che tale esito della controversia sia inidoneo a determinare la retroattività dell'accertamento dell'illegittima ammissione e della conseguente esclusione dalla gara e ad incidere sulla collocazione in graduatoria del ricorrente principale^{32[32]}.

l'interesse strumentale, che presuppone la sussistenza sul piano sostanziale di una situazione giuridica soggettiva.

^{31[31]} La tesi avversata è esposta in P. Quinto, op. cit., il quale, peraltro, ad avviso di chi scrive, coglie nitidamente ed in modo pienamente condivisibile che si tratta dell'argomento centrale per la soluzione della questione.

^{32[32]} P. Quinto, op. cit., rileva che, sul piano squisitamente amministrativo, il concorrente-ricorrente, che ha partecipato al procedimento concorsuale, conserva la posizione comunque acquisita in

La constatazione che talvolta la giurisprudenza, come la stessa sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, faccia discendere dall'accoglimento del ricorso incidentale l'effetto della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità del ricorso principale anziché l'effetto di annullamento dell'atto di ammissione (*rectius*: della non esclusione) costituisce, a mio avviso, una modalità non ortodossa di redazione del dispositivo che, comunque, non è tale da portare ad escludere che sia proprio l'annullamento, con efficacia *ex tunc*, dell'ammissione del ricorrente principale a determinare il venire meno delle condizioni soggettive dell'azione principale che, altrimenti, continuerebbero a persistere.

Di qui, la considerazione che, a prescindere dalle statuizioni volta per volta adottate, all'accoglimento dell'impugnativa incidentale, con cui sia stata contestata la legittimazione alla partecipazione del ricorrente principale, segue inevitabilmente l'annullamento *in parte qua* dell'azione amministrativa e, solo in via mediata ed in esito a tale annullamento, l'improcedibilità o, meglio, l'inammissibilità del ricorso principale^{33[33]}.

Così delineati i termini della questione e ribadito che l'individuazione della presenza di un interesse strumentale legittimo o di mero fatto postula la verifica della persistenza o meno della differenziazione della posizione, e, quindi, della legittimazione ad agire una volta accertata l'illegittima ammissione del ricorrente principale alla procedura, può affermarsi che la posizione espressa nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non costituisce in alcun modo fonte di dequotazione dell'interesse strumentale.

Infatti, se si optasse per la tesi del venire meno della differenziazione e della legittimazione, l'interesse strumentale, secondo il percorso argomentativo in precedenza sviluppato, sarebbe qualificabile come un interesse strumentale di mero fatto e non come un interesse strumentale legittimo e, come tale, apparterrebbe all'area dell'irrilevante giuridico,

mancanza di una statuizione di annullamento del giudice e dell'eventuale esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione, con l'ulteriore conseguenza che, indipendentemente dalla vicenda giudiziaria che lo ha visto estromesso, in tutti i casi di scorrimento della graduatoria per vicende ultronee egli potrebbe aspirare addirittura all'aggiudicazione dell'appalto.

^{33[33]} Tale considerazione, peraltro, si rivela coerente con la tesi secondo cui, in tale ipotesi, il rimedio incidentale rivela natura impugnatoria ed efficacia di eccezione processuale.

atteso che l'interesse strumentale legittimo presuppone la presenza su un piano sostanziale di una situazione giuridica soggettiva, sicché i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non sarebbero affatto violativi dei principi comunitari di parità delle parti, non discriminazione e tutela della concorrenza.

Se, al contrario, si optasse per la tesi che, sebbene l'ammissione del ricorrente principale sia stata illegittima, quest'ultimo non possa comunque essere posto sullo stesso piano dell'operatore economico che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, conservando la sua posizione differenziata e, quindi, il suo interesse strumentale legittimo perché giuridicamente qualificato e tutelato, la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 si rivelerebbe incompatibile con l'ordinamento nazionale, prima ancora che con l'ordinamento comunitario.

La soluzione del problema, secondo il mio parere, postula innanzitutto la verifica della fase procedimentale a cui afferiscono le censure proposte dal ricorrente principale, di cui è stata accertata l'illegittima ammissione in sede di esame del ricorso incidentale, vale a dire se le censure afferiscono alla fase preliminare di verifica dei requisiti di ammissione o comunque precedente l'attribuzione dei punteggi o a quella dello svolgimento della gara^{34[34]}.

In particolare, in ordine alle censure proposte in via principale, dal concorrente illegittimamente ammesso, afferenti allo svolgimento della gara, l'indirizzo assunto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 sembra senz'altro condivisibile in quanto, con riferimento a tale specifico e successivo segmento procedimentale, l'eliminazione con efficacia *ex tunc* della ammissione del ricorrente principale determina effettivamente la sua

^{34[34]} Sul punto, sia consentito il rinvio a R. Caponigro, Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo, op. cit., in cui è evidenziato che la questione del rapporto di priorità logica nell'esame delle due impugnazioni deve essere affrontata partendo dalla considerazione che, nelle materie degli appalti pubblici e dei concorsi per l'accesso al pubblico impiego, controversie alle quali normalmente pertiene il ricorso incidentale, i relativi procedimenti amministrativi possono essere scomposti in fasi, ciascuna dotata di una propria autonomia, ed è altresì indicato che la presenza di una posizione differenziata e qualificata riguarda il segmento procedimentale antecedente allo svolgimento della gara e non anche lo svolgimento della gara.

equiparazione a quella di un qualunque imprenditore che, pur potendolo, non ha inteso proporre domanda di partecipazione^{35[35]}.

Viceversa, appare più problematico ritenere che la posizione non rimanga differenziata e qualificata e, quindi, avente consistenza di interesse legittimo in relazione alle censure afferenti alla fase preliminare in quanto non può disconoscersi il fatto storico che il ricorrente principale, sebbene sia accertata in sede giurisdizionale l'illegittimità della sua ammissione, abbia espresso la volontà di partecipazione e sia stato ammesso a concorrere dalla stazione appaltante, per cui sembra più arduo che possa essere considerato un *quisque de populo* alla stregua di un qualunque soggetto che sia rimasto totalmente estraneo alla procedura concorsuale senza avanzare nemmeno la domanda di partecipazione.

In conclusione, se il ricorrente incidentale propone fondatamente censure relative alla illegittima ammissione del ricorrente principale alla gara e quest'ultimo deduce doglianze relative allo svolgimento della gara alla quale non aveva titolo a partecipare, la differente posizione dei due contendenti è *ictu oculi* rilevabile, sicché, nemmeno in teoria, potrebbe sussistere una lesione della *par condicio* tra gli stessi, mentre, se anche il ricorrente principale contesta l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale o deduce censure idonee, se fondate, a determinare il travolgimento della procedura selettiva, le due posizioni si pongono su un piano di maggiore simmetria, per cui la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, potrebbe porsi in contrasto con le regole che, in ambito nazionale, governano lo svolgimento del processo amministrativo e, di conseguenza, potrebbe ipotizzarsi una lesione al principio di parità delle parti e, quindi, di tutela della libertà di concorrenza.

L'evidenziata natura impugnatoria del ricorso incidentale, peraltro, potrebbe rendere applicabile alla fattispecie l'orientamento, già sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa facendo leva sui principi ricavabili dal codice del processo e sui canoni di derivazione

^{35[35]} R. Villata, Nota a Consiglio di Stato, sez. I, 5 giugno 2008, n. 2669, cit., fa presente che se l'impugnativa principale contesta nel merito l'aggiudicazione, individuando una sopravvalutazione dell'offerta dichiarata vincitrice, mentre il controinteressato reagisce deducendo l'illegittimità dell'ammissione dell'offerta di controparte, sembra pacifica e difficilmente contestabile la priorità della delibazione del ricorso incidentale.

europea, secondo cui la regola della portata retroattiva della sentenza di annullamento sarebbe passibile di deroga ogniqualvolta la sua applicazione possa risultare incongrua e manifestamente ingiusta, vale a dire in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

La giurisprudenza più recente (Cons. St., V, 26 gennaio 2012, n. 340; Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755; TAR Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, 13 dicembre 2011, n. 700), facendo leva sui principi ricavabili dal codice del processo e sui canoni di derivazione europea, tende a porre in rilievo che la regola della portata retroattiva della sentenza costitutiva è passibile di deroghe ogniqualvolta la sua applicazione possa risultare incongrua e manifestamente ingiusta, vale a dire in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, per cui il giudice amministrativo, così come può pronunciare una sentenza di annullamento con efficacia *ex tunc*, può sancire la limitazione parziale della retroattività degli effetti della sentenza demolitiva, disporre la decorrenza *ex nunc* o anche adottare una pronuncia di accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi.

D'altra parte, anche la giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppure costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto, sia esso parziale o totale, abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato^{36[36]}.

In particolare, in ragione della piena simmetria delle posizioni dei concorrenti ricorrenti, potrebbe rivelarsi incongrua e manifestamente ingiusta la portata retroattiva dell'annullamento degli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale, annullamento che consegue all'accoglimento del ricorso incidentale, potendo rivelarsi più rispettoso del principio di effettività della tutela disporre detto annullamento con efficacia *ex nunc*.

^{36[36]} In proposito: F. Caringella, La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2012, il quale evidenzia che tale giurisprudenza ha ormai trovato un fondamento testuale nell'art. 264 (ex art. 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione Europea.

La posizione del ricorrente principale, seguendo tale traiettoria argomentativa - se diverrebbe indifferenziata, essendo stata accertata l'illegittimità della sua ammissione, con riferimento allo svolgimento della gara da cui realizzare l'interesse finale all'aggiudicazione - rimarrebbe certamente differenziata e qualificata con riferimento alla fase precedente per ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione, con conseguente impossibilità - permanendo entrambe le condizioni soggettive dell'azione, vale a dire la legittimazione ad agire e l'interesse strumentale, questa volta legittimo, alla rinnovazione della gara - di dichiarare, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, l'inammissibilità *in parte qua* del ricorso principale, il quale, invece, dovrebbe essere esaminato nel merito con riferimento alle censure con cui è stata contestata l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario ricorrente incidentale ed alle censure cui è comunque sotteso l'interesse strumentale perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell'intera procedura concorsuale.

Tale soluzione è stata di recente seguita dal TAR Lazio, Sezione Seconda *ter*, con sentenza 13 luglio 2012, n. 6418, la quale - nel ritenere che il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse devono produrre conseguenze coerenti con il sistema e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, con quello di effettività della tutela - ha accolto il ricorso incidentale "escludente" proposto dall'aggiudicataria annullando, con efficacia *ex nunc*, l'azione amministrativa nella parte in cui non ha escluso dalla gara il concorrente ricorrente principale.

Di conseguenza, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale con riferimento alle sole censure alle quali era sotteso l'interesse finale alla immediata aggiudicazione della gara, ritenendo, invece, lo stesso ammissibile con riferimento alle censure alle quali era sotteso l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, per cui, in ragione della fondatezza anche del ricorso principale *in parte qua*, ha annullato l'intera gara con l'obbligo di rinnovazione della stessa da parte della stazione appaltante e conseguente soddisfazione

dell'interesse strumentale ad ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione da parte di entrambe le imprese.

Roberto Caponigro

Consigliere TAR Lazio
