

1. Introduzione.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza C-100/12 del 4 luglio 2013, è intervenuta ancora una volta in materia di appalti pubblici, essendo questo settore particolarmente condizionato dalle norme dell'Unione Europea. Questa volta la Corte si è espressa sulla questione processuale relativa all'ordine di trattazione da parte del giudice del ricorso principale e incidentale, ribaltando un consolidato orientamento giurisprudenziale. I Giudici di Lussemburgo, infatti, hanno ritenuto contrario alla normativa comunitaria il principio, avallato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, della pregiudizialità logica delle questioni preliminari introdotte con ricorso incidentale, considerando necessario l'esame sia del ricorso incidentale che di quello principale in virtù dei principi di imparzialità del giudice, parità delle parti e libera concorrenza.

2. La fattispecie.

L'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, in vista del contratto quadro concluso dal CNIPA (Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione) con la Fastweb e Telecom Italia, indirizzava a tali società una richiesta di progetto riguardante linee dati/fonia sulla base di un piano di fabbisogni. Tra queste la A.S.L. di Alessandria sceglieva il progetto della Telecom Italia, concludendo con la controllata di quest'ultima, la Path-Net, il relativo contratto. Fastweb proponeva ricorso contro l'aggiudicazione dell'appalto *de quo* innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte contestando il mancato rispetto di alcune specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, e le società controinteressate proponevano a loro volta ricorso incidentale al fine di dichiarare l'inammissibilità di quello principale. Il T.A.R. Piemonte, una volta verificate le due offerte presentate, constatava che nessuna delle due risultava idonea all'aggiudicazione, rilevando che l'accoglimento sia del ricorso principale che di quello incidentale avrebbe determinato l'annullamento della procedura di aggiudicazione. Il T.A.R.,

tenendo in considerazione un precedente giurisprudenziale di non poco conto, e cioè l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011 che affermava il principio di diritto secondo cui «*il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente*», si asteneva dal decidere nel merito e, con ordinanza n. 208/2011 sollevava una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TCE, al fine di chiarire se il principio della necessaria priorità di analisi del ricorso incidentale rispetto a quello principale, come statuito dalla Plenaria n. 4/2011, fosse in contrasto con le norme europee, e in particolare con i principi di parità delle parti, di non discriminazione, di trasparenza e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla direttiva 89/665.¹

3. L'ordinanza del T.A.R. Piemonte n. 208/2011.

L'ordinanza di rimessione del T.A.R. alla Corte di Giustizia ha suscitato non pochi dubbi in dottrina, tanto da essere definita “insolita”² e “singolare”³. Le critiche si sono sollevate sotto diversi profili. Da un punto di vista formale è stato rilevato che mentre l'art. 267 TCE prevede che il quesito si debba riferire a puntuali disposizioni di legge, nel caso di specie il Giudice del rinvio ha fatto riferimento al generico diritto vivente come elaborato dall'Adunanza Plenaria.⁴ Da un punto di vista sostanziale, parte

¹S. TOSCHEI, *Appalti: sull'ammissibilità del ricorso incidentale. La Corte di Giustizia mette in discussione la Plenaria*, in *Guida al Diritto*, 2013.

²M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 437.

³C. BENETAZZO, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra oscillazioni giurisprudenziali e questioni irrisolte*, in *federalismi.it*, n. 10/2013, p. 22.

⁴Come afferma C. BENETAZZO, *op.cit.* : «è la prima volta che alla “sbarra” del giudice comunitario finisce non una disposizione di legge nazionale, ma direttamente la decisione di un massimo organo giurisdizionale, qual è la Plenaria del Consiglio di Stato».

della dottrina, non riscontrando effettivi profili di violazione dei principi comunitari, ha ritenuto che tale ordinanza «*rischia di attribuire ai giudici europei ruoli forse eccedenti i compiti istituzionalmente loro affidati, come si direbbe, quello di terza o quarta istanza avverso le pronunce dei giudici nazionali, ancorché presentate nella veste di diritto vivente*»⁵. Nonostante tali critiche, al T.A.R. Piemonte va riconosciuto il merito di aver richiesto l'intervento del Giudice europeo in una questione di enorme rilievo che non poteva prescindere dall'interpretazione della normativa comunitaria.

4. La decisione della Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia ha risolto la questione sottoposta con una pronuncia di accoglimento, confermando l'incompatibilità del diritto vivente alla luce della Plenaria n. 4/2011 con la direttiva 89/665: «*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 contestare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare*».

Il ragionamento dei Giudici di Lussemburgo si fonda su un precedente simile, la sentenza *Hackermuller* del 19 giugno 2003, C-249/2001, in cui la Corte aveva affermato che negare la legittimazione a ricorrere ad un offerente ancor prima ancora di procedere alla selezione avrebbe l'effetto di privarlo non solo del suo diritto a ricorrere ma anche di ogni possibilità di contestare la fondatezza del motivo di esclusione. L'unica differenza che distingue la sentenza *Hackermuller* dalla sentenza *de qua*, è che nel primo caso il difetto di legittimazione era stato rilevato

⁵R. VILLATA, *Ricorso incidentale escludente e ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 369.

d'ufficio, in questo caso invece tale difetto discende dalla proposizione di un'eccezione di parte contenuta nel ricorso incidentale.⁶

Con questa sentenza la Corte, alla luce delle norme e dei principi comunitari in materia di appalti, ha derogato al principio, avallato dalla Plenaria n. 4/2011, della pregiudizialità logica delle questioni preliminari introdotte con ricorso incidentale, nei casi in cui vi siano solo due concorrenti che avanzino ricorsi reciprocamente escludenti.⁷

Tra le norme, prima tra tutte è la direttiva 89/665, modificata poi dalla direttiva 2007/66, che mira a garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti alla concorrenza comunitaria. In particolare l'art. 1 par. 3 citato dalla sentenza menzionata prescrive agli Stati membri di provvedere a rendere accessibili le procedure di ricorso a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione. Pertanto, in forza del principio di parità di trattamento e di non discriminazione, la Corte ha ritenuto che l'accoglimento del ricorso incidentale, presentato dal controinteressato, non possa portare all'immediata declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, essendo il giudice obbligato comunque a esaminare anche il ricorso principale allo scopo di offrire tutela all'interesse strumentale alla eventuale rinnovazione della gara, interesse ugualmente meritevole di tutela.

Ulteriori sono le direttive che hanno condizionato il ragionamento della Corte: in particolare il riferimento è a quelle relative al coordinamento a livello europeo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (la direttiva

⁶M. PROVENZANO, *Nota a Corte di Giustizia Unione Europea, Sezione Decima, Sentenza 4 luglio 2013 n.100/2012*, in www.ildirittoamministrativo.it.

⁷B. BOSCHETTI, *Appalti: sul ricorso incidentale la Cgue mette in discussione la Plenaria*, in *Guida al diritto*, 2013.

2004/17 e la direttiva 2004/18)⁸. Tali procedure di aggiudicazione, come prevede il considerando n. 2 della direttiva 2004/18 sono subordinate al rispetto dei principi del trattato TUE ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento, e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.⁹

5. Dibattito giurisprudenziale e dottrinale prima della sentenza della Corte.

La sentenza della Corte di Giustizia ha finalmente messo un punto a un lungo dibattito giurisprudenziale, iniziato negli anni novanta, sul tema dell'ordine di esame da parte del giudice del ricorso principale e del ricorso incidentale. Si tratta di una questione emersa in particolar modo nell'ambito del contenzioso in materia di appalti. La ragione principale di tale dibattito è stata ricondotta alla difficile collocazione da parte della dottrina del ricorso incidentale¹⁰ nel quadro degli strumenti di difesa nel processo amministrativo: alcuni lo qualificano come eccezione, altri come domanda riconvenzionale e altri ancora come eccezione riconvenzionale.

⁸Con il d.lgs. 163/2006 o anche detto "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" si è dato attuazione alle direttive 2004/17 e 2004/18, reperibili:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:it:PDF>; <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:it:PDF>.

⁹C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè Editore, 2007, p. 544-545.

¹⁰Merita ricordare la definizione di ricorso incidentale adottata da W. CATALLOZZI, accolta da gran parte della dottrina: il ricorso incidentale è inteso come un'impugnazione autonoma riconosciuta per la tutela di un interesse legittimo contrapposto a quello che sorregge il ricorso principale, *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)* in *Enc. giur. XXVII*, Roma, 1991, p. 1 ss.

Cerchiamo di ripercorrere in linea generale il dibattito relativo all'*ordo quaestionum*.¹¹

A partire dagli anni novanta una consistente giurisprudenza¹² ha ritenuto che il giudice dovesse dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che avevano priorità logica rispetto a quelle sollevate dal ricorrente principale, quali le questioni che riguardavano la legittimazione e l'interesse a ricorrere del ricorrente principale.

A metà degli anni duemila emergeva, invece, un altro filone secondo cui, nel caso di accoglimento del ricorso incidentale, il ricorso principale non diverrebbe improcedibile, neppure in presenza di sole due imprese partecipanti alla gara che abbiano presentato ricorsi reciprocamente escludenti.¹³

Nel perdurare del contrasto di giurisprudenza la questione è stata sollevata per la prima volta all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2008. Quest'ultima, rilevando come non vi fossero disposizioni puntuali sull'ordine di esame dei ricorsi, ha demandato al prudente apprezzamento del giudice l'individuazione dell'ordine di trattazione dei ricorsi, e ha affermato che, nel solo caso in cui vi siano due imprese in gara che reciprocamente contestino la mancata esclusione dell'altra, qualunque sia l'ordine di trattazione prescelto, il giudice deve comunque procedere all'esame di entrambe le impugnazioni proposte, in quanto le posizioni del ricorrente principale e del ricorrente incidentale sono simmetriche ed equivalenti, in forza del principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. La Plenaria ha quindi dato rilievo autonomo al cosiddetto interesse

¹¹L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza Plenaria n.11 del 2008*, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, 2008, p. 2949.

¹²Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367.

¹³Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468.

strumentale alla ripetizione della gara, interesse che ha trovato piena tutela nella giurisprudenza comunitaria.¹⁴

L'Adunanza Plenaria n. 11/2008 non ha però trovato pieno accoglimento, in quanto era ancora fortemente consolidato il filone giurisprudenziale che affermava la necessità del prioritario esame del ricorso incidentale volto ad escludere la legittimazione ad agire in capo al ricorrente principale. Di questo filone si segnala l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 351/2011, la quale, non considerava meritevole di tutela l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, considerandolo *«un interesse 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: la relativa pretesa dunque non sarebbe azionabile in sede di ottemperanza del giudicato, ciò che è proprio di ogni situazione giuridica soggettiva avente la consistenza di interesse legittimo»*.

La questione veniva quindi sottoposta nuovamente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, che come detto in precedenza, dettava il principio della pregiudizialità logica delle questioni preliminari introdotte con ricorso incidentale, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura. Tale pronuncia, prima di essere ribaltata dalla sentenza della Corte di Giustizia in questione è stata anche presa sotto l'occhio del mirino dalla nostra Corte di Cassazione la quale, con sentenza n. 10294/2012 pronunciata a Sezioni Unite, ha affermato che la soluzione accolta dalla Plenaria sarebbe largamente insoddisfacente sotto diversi aspetti, poiché creerebbe una sostanziale posizione preferenziale del ricorrente incidentale con una consequenziale distorsione della concorrenza e del mercato.

¹⁴Cfr. Sentenza Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, in C-26/03: *« è meritevole di tutela l'interesse dell'impresa a ricorrere contro gli atti i cui effetti precludano l'indizione di una gara, affinché essa possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento»*.

In conclusione, il problema centrale di questo dibattito è il difficile bilanciamento tra il principio di economia processuale da un lato, avallato dai sostenitori della pregiudizialità logica del ricorso incidentale, e i principi di imparzialità del giudice, di parità delle parti e di libera concorrenza dall'altro, che hanno trovato pieno accoglimento in quell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla verifica di entrambi i ricorsi e alla tutela dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

E' proprio a favore di questi ultimi principi - imparzialità del giudice, parità delle parti e libera concorrenza - che si è pronunciato il Giudice europeo attraverso la sentenza in commento.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina:

- C. BENETAZZO, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra oscillazioni giurisprudenziali e questioni irrisolte*, in *federalismi.it*, n. 10/2013.
- B. BOSCHETTI, *Appalti: sul ricorso incidentale la Cgue mette in discussione la Plenaria*, in *Guida al diritto*, 2013.
- C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè Editore, 2007.
- W. CATALLOZZI, *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)* in *Enciclopedia giuridica XXVII*, Roma, 1991.
- L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza Plenaria n.11 del 2008*, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, 2008.
- M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2012.

- M. PROVENZANO, *Nota a Corte di Giustizia Unione Europea, Sezione Decima, Sentenza 4 luglio 2013 n.100/2012*, in www.ildirittoamministrativo.it.
- S. TOSCHEI, *Appalti: sull'ammissibilità del ricorso incidentale. La Corte di Giustizia mette in discussione la Plenaria*, in *Guida al Diritto*, 2013.
- R. VILLATA, *Ricorso incidentale escludente e ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012.

Giurisprudenza:

- Sentenza Corte di Giustizia, 19 giugno 2003, C-249/01, in www.curia.eu.
- Sentenza Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, in www.curia.eu.
- Sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Sentenza Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2008, n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Ordinanza Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Sentenza Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 in www.giustizia-amministrativa.it.
- Sentenza Corte di Cassazione, Civ. Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294, in www.neldiritto.it.

