

IL PROBLEMA RELATIVO ALL'ORDINE DI TRATTAZIONE DEL RICORSO PRINCIPALE E DEL RICORSO INCIDENTALI NEL DIBATTITO TRA LE CORTI.

Miriam Fanelli

Magistrato Ordinario in Tirocinio

ABSTRACT (IT) Il presente lavoro si propone di ricostruire, per linee essenziali, i passaggi più importanti che hanno scandito il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, interno e comunitario, relativamente alla questione dell'ordine di trattazione del ricorso incidentale rispetto a quello principale. Quest'ultimo, soprattutto in materia di appalti, risulta condizionato da un lato da esigenze di economia processuale e dall'altro da istanze di tutela di interessi sostanziali legati alla eventuale riedizione della procedura di gara. Le indicazioni che sul punto sono state offerte dalla Corte di Giustizia dell'UE, nell'intento di definire la questione, hanno introdotto ulteriori e più generali profili problematici sul piano del ruolo, degli effetti e della forza vincolante delle pronunce sovranazionali nell'ordinamento dei singoli Stati membri.

ABSTRACT (ENG) *The present paper aims to outline an overview of the most important steps that have marked the doctrinaire and judicial debate, both at domestic and European level, relating to the order of discussing the cross-appeal with respect to the main appeal. The latter, especially in relation to tender offers, appears to be affected by the demands of procedural economy, on the one hand, and by requests of protecting the substantial interests linked to the possible re-publication of the tender procedure, on the other hand. The indications provided in this regard by the European Court of Justice, with the purpose of defining the issue, have introduced additional and more general problematic profiles on the role, effects and the binding force of the supranational decisions on the legal systems of the single Member States.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione al tema: natura e funzione del ricorso incidentale. – **2.** Il problema dell'ordine di trattazione del ricorso incidentale e del ricorso principale in materia di appalti. – **2.1** L'incidenza del rito super accelerato sul dibattito. – **3.** Le ragioni del contrasto tra la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria. – **4.** Riflessioni critiche.

1. Introduzione al tema: natura e funzione del ricorso incidentale.

Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, soprattutto per quanto attiene il profilo inerente all'ordine in cui tali ricorsi debbano essere esaminati da parte del giudice, è al centro di un articolato e controverso dibattito dottrinale¹ e giurisprudenziale che, a tutt'oggi, non ha ancora trovato una soluzione condivisa. Nel tempo, anzi, la distanza tra le posizioni si è andata progressivamente accentuando e ampliando, coinvolgendo diversi aspetti problematici spesso connessi tra loro. Il dibattito, che ha travalicato i confini nazionali divenendo particolarmente spinoso in materia di appalti, vede in netta contrapposizione, come si esaminerà in seguito, la tesi della CGUE² e quella proposta dalla giurisprudenza nazionale.

Lo scopo di questo articolo è, dunque, non solo quello di compiere una ricognizione dei più significativi approdi della giurisprudenza interna e comunitaria sul tema, in considerazione delle recenti pronunce della CGUE, ma anche quello di effettuare un'analisi critica circa il ruolo, gli effetti e la forza vincolante delle pronunce sovranazionali nell'ordinamento interno degli Stati membri.

Per comprendere l'impatto e le conseguenze che le varie tesi proposte al riguardo avrebbero nel nostro ordinamento, anche in termini di compatibilità con i principi generali interni ed internazionali, occorre soffermarsi, oltre che sui profili sostanziali, sulla funzione svolta in sede processuale dal ricorso incidentale, nonché sui suoi rapporti con il ricorso principale.

Il ricorso incidentale, disciplinato dall'art. 42 d.lgs. n.104/10, è qualificabile come il mezzo di impugnazione mediante il quale i controinteressati e le parti resistenti impugnano il provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione per motivi in tutto o in parte diversi da quelli prospettati dal ricorrente principale³.

1 Sul tema, tra i numerevoli contributi dottrinali si segnalano, senza pretesa di esaustività: A. REGGIO D' ACI, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l'effetto «paralizzante» del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica. Rimangono, però, non esaminate alcune tematiche che potrebbero suggerire un ragionevole ripensamento di questo nuovo orientamento*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2008, pp. 215 ss.; L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, I, 2009, pp. 48 ss.; A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti invocate a prescindere dal numero dei concorrenti e della differenza tra motivi ed effetti escludenti. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.* 2016, pp. 790 ss.; E. FOLLIERI, *Individuazione degli interessi protetti dall'ordine di trattazione dei ricorsi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.* 2014, pp. 2555 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2008;

2 Come si approfondirà nel prosieguo della trattazione, l'orientamento prevalente in ambito comunitario, favorevole ad un esame contestuale di entrambi i ricorsi, è stato da ultimo consacrato nella sentenza CGUE, sez. X, del 5/9/2019, emessa nella causa C-133/18, in www.eur-lex.europa.eu

3 Per una ricostruzione storica dell'istituto cfr. C. BENETTAZZO, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra "oscillazioni" giurisprudenziali e questioni irrisolte*, in www.giustamm.it, 2014; più ampiamente C. BENETTAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2016.

Esso rappresenta, dunque, uno strumento di difesa “attivo” e non meramente “passivo”, che consente ai controinteressati ed alla parte resistente di paralizzare le pretese del ricorrente principale al fine di conservare la posizione di vantaggio derivante dal provvedimento impugnato⁴. Tale specifica funzionalità deve indurre a ritenere che il ricorso incidentale sia esperibile soprattutto in rapporto alle azioni di annullamento, caratterizzate dalla caducazione del provvedimento impugnato, e non sia utilizzabile invece, in caso di azioni di accertamento e condanna in cui viene meno l’aspetto impugnativo/caducatorio. Il ricorso incidentale si trova, dunque, in una relazione di accessorietà con il ricorso principale non solo perché l’interesse al ricorso incidentale sorge in conseguenza della proposizione del ricorso principale ma, anche perché, risulta fortemente condizionato dalle vicende che riguardano quest’ultimo. Il particolare rapporto di dipendenza ed accessorietà che lega il ricorso incidentale al ricorso principale, implica che in caso di estinzione dell’azione principale, venga meno l’interesse dei ricorrenti a proporre quella incidentale. Si tratta di una relazione di interdipendenza funzionale qualificabile in termini di “accessorietà necessaria”.

Ulteriore conferma del carattere sussidiario o accessorio del ricorso incidentale si ricava, peraltro, da un’indicazione di diritto positivo. A norma dell’art. 42 cpa sono legittimati a promuovere il ricorso incidentale i soggetti che beneficiano degli effetti favorevoli del provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione i quali, proprio per questo hanno interesse a che esso sia salvaguardato e che i relativi effetti siano conservati. Di fronte all’iniziativa del ricorrente principale che si attivi per neutralizzare gli effetti negativi del provvedimento amministrativo, i controinteressati potranno agire attraverso il rimedio del ricorso incidentale per fare valere le loro ragioni. In caso contrario, essi non avrebbero interesse all’impugnazione.

Oltre al profilo dell’accessorietà un’altra questione che, in ordine logico, si presenta prioritaria per la definizione del problema inerente l’ordine di trattazione dei ricorsi, è quella che riguarda la natura giuridica, già a monte controversa, del ricorso incidentale.

In particolare si discute se esso sia qualificabile come eccezione in senso stretto o come domanda autonoma⁵. La soluzione accolta non è indifferente in quanto comporta conseguenze rilevanti in termini di regime temporale e formale del ricorso

⁴ Sotto il profilo del petitum il ricorso incidentale consente l’introduzione, per iniziativa di soggetti diversi dal ricorrente principale, di nuove questioni.

⁵ A sostegno della tesi dell’eccezione in senso stretto cfr. G. VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, pag 59; S. SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, pag 424 ss. Per la tesi, minoritaria, che qualifica il ricorso incidentale come domanda riconvenzionale cfr. S. BACCARINI, *L’impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, pag. 651 ss.; W. CATALOZZI, *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1991, pag. 1 ss.

incidentale. L'Adunanza Plenaria⁶ non si è sottratta al quesito ed è intervenuta sul punto, riconoscendo la natura di atto multiforme del ricorso incidentale: esso assumerebbe connotazioni diverse a seconda del contesto processuale in cui è calato. In particolare, quando il ricorso incidentale è finalizzato ad evidenziare la carenza di interesse del ricorrente principale, avrebbe natura di eccezione e al suo eventuale accoglimento farà seguito la dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale.

Quando invece il ricorso incidentale è finalizzato all'annullamento del provvedimento impugnato, esso assumerà natura di domanda autonoma. Proprio la variabile qualificazione del ricorso in questione produce diverse ripercussioni sul problema dell'ordine di trattazione dei ricorsi. La questione assume rilievo soprattutto nell'ipotesi in cui il ricorso incidentale assuma natura di eccezione e produca effetti paralizzanti. In questo caso, l'opzione a favore della trattazione prioritaria del ricorso incidentale sarebbe da preferire se si considera che il suo esame preliminare potrebbe già essere risolutivo della causa. Occorre considerare, infatti, che, qualora il ricorso incidentale con effetti paralizzanti fosse fondato, quello principale dovrebbe dichiararsi inammissibile e, dunque, sarebbe inutile una sua valutazione nel merito.

In senso contrario, occorre considerare che la trattazione prioritaria del ricorso incidentale contrasta con la sua natura accessoria, oltre che con la circostanza che esso si pone in un ordine logico e cronologico, successivo al ricorso principale.

La soluzione che ribalta l'ordine naturale di trattazione e propende per l'esame prioritario del ricorso incidentale, e per l'esame solo eventuale e secondario del

⁶ Cfr. sent. Cons. St. V sez. dell'8 maggio 2002 n. 2468 in www.giustizia-amministrativa.it, la quale ha riconosciuto al ricorso incidentale natura "composita" ora di eccezione, ora di domanda riconvenzionale. Ad analogia soluzione sembra approdare la sent. Ad. Plen. 10/11/2008 n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it: "Quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite. A volte, per ragioni di ordine logico il giudice può esaminare dapprima il ricorso principale (come avviene quando questo impugni il verbale di proclamazione degli eletti e lamenti la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti al controinteressato) : solo se risulti fondato il ricorso principale, sussiste un effettivo interesse del controinteressato all'esame del suo ricorso incidentale (che, a sua volta, abbia lamentato sotto altri profili la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti di preferenza al ricorrente principale, al fine di ripristinare le posizioni antecedenti alla proposizione dei ricorsi). Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare prima il ricorso incidentale che risulti fondato e di dichiarare inammissibile il ricorso principale (per la "prova di resistenza, poiché l'atto impugnato non potrebbe essere annullato anche nel caso di fondatezza del ricorso principale). Analoghi criteri possono essere seguiti quando si tratti della impugnazione della graduatoria (di un concorso, di una gara o comunque per l'assegnazione di benefici) e il ricorrente principale lamenti la mancata attribuzione di un punteggio (o che al controinteressato sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante), mentre corrispondenti censure siano proposte dal ricorrente incidentale (che sotto altri profili lamenti la mancata attribuzione di un punteggio o che al ricorrente principale sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante). In tutti tali casi, il ricorso incidentale - rivolto avverso il medesimo provvedimento impugnato in via principale - va esaminato tenendo conto delle esigenze di economia processuale e costituisce una eccezione in senso tecnico, la cui fondatezza preclude l'accoglimento del ricorso principale (senza comportare l'annullamento in parte qua dell'atto impugnato e conseguenze su soggetti non intimati nel giudizio)."

ricorso principale⁷, risponde al principio di economia dei mezzi giuridici. Essa comporta una serie di vantaggi: consente, infatti, di risparmiare risorse processuali evitando l'esame nel merito di questioni già inammissibili sotto il profilo procedurale, oltre che di ottenere una sentenza di rito conclusiva del giudizio, senza che sia necessario esaminare nel merito i motivi dedotti con ricorso principale.

Le argomentazioni che possono essere addotte a sostegno dell'una come dell'altra tesi sono di diversa natura e qualità.

Il quesito in rilievo è, infatti, di carattere prettamente interpretativo in quanto, sulla specifica questione dell'ordine di trattazione, l'art. 42 cpa non offre indicazioni, con la conseguenza che la relativa soluzione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice adito. Si deve soprattutto alla giurisprudenza, non solo interna ma anche comunitaria, il merito di aver elaborato diverse soluzioni a riguardo, anche tenendo conto della specificità delle singole ipotesi concrete.

Come si evincerà dall'analisi della giurisprudenza, il problema dell'ordine di trattazione dei ricorsi presenta particolari profili di criticità in materia di appalti, non solo in considerazione della complessità della disciplina, ma anche in quanto si tratta di un settore connotato da una forte influenza comunitaria, che trova ampia regolamentazione a livello sovranazionale⁸.

In tale ambito si è reso necessario il rinvio pregiudiziale alla CGUE affinché questa si pronunciasse sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza nazionale.

2. Il problema dell'ordine di trattazione del ricorso incidentale e del ricorso principale in materia di appalti.

L'orientamento tradizionale, più risalente, sosteneva, in ossequio al principio della domanda, che il ricorso principale e i fatti costitutivi posti a fondamento di esso dovessero essere esaminati prioritariamente rispetto al ricorso incidentale, basato invece su fatti impeditivi/estintivi. Tuttavia, come si è correttamente affermato in giurisprudenza, la soluzione prospettata non può essere recepita passivamente, soprattutto dopo che la Adunanza Plenaria⁹ ha riconosciuto la natura multiforme del ricorso incidentale. Questa, infatti, impone all'interprete di verificare il ruolo che, di volta in volta, il ricorso incidentale assolve nel caso concreto. Se il ricorso incidentale ha natura di eccezione, si imporrà un suo esame immediato, considerato il suo ruolo decisivo e assorbente di ogni altra questione in ordine alla definizione della causa.

⁷ L'esame del ricorso principale avrebbe luogo nel solo caso di infondatezza del ricorso incidentale.

⁸ La stessa disciplina interna in tema di appalti è frutto di una legge di recepimento (d. lgs. n.50/2016) di direttive comunitaria (2014/24/UE e 2014/25/UE). Si tratta, è chiaro, di un settore in cui coesistono interessi concorrenti e convergenti di più soggetti i quali tutti aspirano all'aggiudicazione dell'appalto.

⁹ Con riferimento alla natura multiforme del ricorso incidentale cfr. nota 6.

L'indirizzo giurisprudenziale che stabilisce il prioritario esame del ricorso incidentale cosiddetto paralizzante o preclusivo subisce, però, un temperamento in materia di appalti. La giurisprudenza ha precisato che, se si accoglie una nozione estensiva di "interesse a ricorrere", il ricorrente principale (ossia il concorrente non aggiudicatario) qualora siano emerse delle irregolarità, potrebbe avere non solo un interesse all'aggiudicazione della gara, ma anche un interesse al rinnovo della procedura di evidenza pubblica. Tale osservazione ha il merito di aver ampliato l'oggetto di tutela fino a ricomprendervi l'interesse alla correttezza e alla legittimità dell'agire amministrativo, a prescindere dalla fondatezza della pretesa all'aggiudicazione¹⁰. Nella prassi applicativa, questo indirizzo ha trovato applicazione soprattutto nelle gare con due soli concorrenti che deducono in giudizio censure reciprocamente escludenti¹¹. Secondo la giurisprudenza, in questa situazione, nonostante la fondatezza del ricorso incidentale, residuerebbe comunque un interesse all'esame del ricorso principale in quanto una sua valutazione positiva potrebbe aprire la strada al rinnovo della procedura. In questo caso viene proprio in considerazione l'ipotesi in cui entrambe le imprese, accanto all'interesse alla aggiudicazione, vantino anche un interesse strumentale al rinnovo della gara, dal momento che la partecipazione degli unici due candidati risulta irregolare.

In realtà, focalizzare l'attenzione in via esclusiva sul valore dirimente del ricorso incidentale potrebbe limitare gravemente il campo di osservazione e pregiudicare una valutazione complessiva degli interessi coinvolti.

¹⁰ Cfr. Ad.Plen.10/11/2008 n. 11 cit. "La giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua "clausola escludente: Ad. Plen., 23/01/2003, n. 1 in www.giustizia-amministrativa.it).” Tale più recente orientamento, ampliando la nozione di interesse ad agire riconosce tutela non solo all'interesse all'aggiudicazione ma anche ai c.d. interessi "strumentali", quali l'interesse al rinnovo della gara o l'interesse alla partecipazione. Viene in questo modo a crearsi una contrapposizione con l'orientamento tradizionale, consacrato dall' Ad. Plen. 1/2003 in www.giustizia-amministrativa.it, la quale afferma "L'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara. Quanto, infatti, all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, occorre ribadire che il suo contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione. L'aggiudicazione costituisce *il bene della vita* che l'interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo *bene della vita* che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell'ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione”.

¹¹ Tale orientamento rinviene la propria fonte in sent. Cons. St., sez V, 8 maggio 2002 n. 2468 cit.. Per completezza sul punto si confrontino anche sent. Cons. St., sez. VI, 5 febbraio 2007 n. 463 in www.giustizia-amministrativa.it e sent. Cons. St., sez IV, 15 Febbraio 2002 n. 952 in www.giustizia-amministrativa.it.

Per salvaguardare queste esigenze si prospetta una soluzione temperata a cui aderiscono sia la CGCE con la nota sentenza *Fastweb*¹², sia la giurisprudenza amministrativa¹³. Nello specifico, l'Adunanza Plenaria del 2014 ha ribadito e integrato la regola elaborata dalla giurisprudenza precedente, segnalando una serie di limiti applicativi. Si prospetta la soluzione di procedere all'esame congiunto dei due ricorsi, allorché le contestazioni riguardino la medesima gara, i concorrenti siano soltanto due e il vizio dedotto da entrambi sia lo stesso (c.d. simmetria invalidante).

In particolare, si chiarisce che la simmetria invalidante ossia l'identità del vizio, ricorre se la irregolarità lamentata riguarda, per entrambi i concorrenti, la medesima fase della procedura. Potrà, quindi, trattarsi, secondo una tripartizione operata dalla stessa Adunanza Plenaria a fini esemplificativi, di un vizio relativo alla tempestività della domanda o all'integrità dei plichi, ovvero alla mancanza dei requisiti oggettivi, o ancora, alla carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione¹⁴.

In realtà, neanche la ricostruzione operata dalla Adunanza plenaria del 2014 è riuscita a porre fine alla *querelle*. Sulla questione è, infatti, intervenuta nuovamente la CGCE che ha preso le distanze dalle conclusioni cui era giunta la giurisprudenza nazionale, stabilendo l'obbligo per il giudice di esaminare entrambi i ricorsi, a prescindere dal numero di imprese in gara e dalla natura del vizio.

Con la sentenza "*Puligenica*"¹⁵, la CGCE sembra prospettare l'esistenza di un obbligo generale e non eccezionale o contingente dell'esame congiunto dei due ricorsi. Il parametro normativo di riferimento sarebbe costituito dall'art.1 par. 1 e 3 della Direttiva n. 89/665 in materia di coordinamento delle disposizioni

12 Sentenza Corte Giustizia UE sez. X, del 4 Luglio 2013, nella causa C-100/12 in www.eur-lex.europa.eu. A detta della Corte "il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare."

13 Sentenza Ad. Plen. 25/02/2014 n. 9 in www.smartlex24.ilsole24ore.com

14 Solo in presenza di queste circostanze, infatti, sarebbe ravvisabile un interesse strumentale del ricorrente principale alla riedizione della gara, in quanto la fondatezza di entrambi i ricorsi avrebbe condotto all'annullamento della gara ed al suo rinnovo. Diversamente, se i ricorsi escludenti non avessero coinvolto la posizione di altri concorrenti in gara, la fondatezza del ricorso incidentale avrebbe precluso l'esame del ricorso principale, con la conseguenza che la stazione appaltante avrebbe dovuto aggiudicare l'appalto al terzo e non al ricorrente principale. Sul punto, cfr. A. GRAZZINI, *Ricorsi incidentali escludenti: la giustizia amministrativa alla prova di resistenza del diritto europeo in materia di appalti*, in *Contratti delle pubbliche amministrazioni- questioni attuali*, a cura di G.M. Caruso, D. D'alessandro, D. Pappano, Giappichelli editore, 2019, pag. 255.

15 Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Camera, 5 Aprile 2016, nella causa C-689/13, c.d. "*Puligenica*", in www.curia.europa.eu. Tale pronuncia ha precisato che in presenza di un ricorso incidentale "escludente" non viene meno la legittimazione del ricorrente principale che abbia dedotto anch'egli censure "escludenti". Ciascuna parte ha, infatti, un interesse all'esclusione dell'altra, essendo però, parimenti possibile, che una delle irregolarità dedotte a giustificazione dell'esclusione, invalidi le altre offerte presentate nell'ambito della gara, imponendo alla stazione appaltante di avviare una nuova procedura di aggiudicazione.

regolamentari e normative in tema di appalti. Tale normativa comunitaria impedirebbe agli ordinamenti dei singoli Stati membri di introdurre una disciplina interna (anche solo di matrice giurisprudenziale) che pregiudichi la possibilità per il ricorrente principale, leso da una violazione del diritto UE, di accedere ad una tutela nel merito, per effetto del prioritario esame del ricorso incidentale paralizzante.

In realtà, neanche tale indicazione di provenienza comunitaria ha prodotto conseguenze chiarificatrici generando, piuttosto, nella giurisprudenza nazionale dubbi interpretativi sia relativamente alla portata del principio espresso dalla CGCE, sia circa la sua compatibilità con i fondamenti dell'ordinamento interno. Dubbi interpretativi che, a loro volta, hanno reso necessario un nuovo rinvio pregiudiziale alla CGCE.

Un primo orientamento¹⁶ ricostruisce il significato della sentenza comunitaria alla luce dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., ai sensi del quale per ricorrere in giudizio bisogna avervi interesse. Secondo questa ricostruzione, il giudice sarebbe tenuto ad esaminare anche il ricorso principale, nonostante la fondatezza del ricorso incidentale, ma solo qualora ritenesse che dal suo accoglimento potrebbe derivare un vantaggio per il ricorrente principale. Il vantaggio in questione non si identifica, pertanto, nell'aggiudicazione della gara, quanto piuttosto nell'interesse strumentale al rinnovo della procedura selettiva. L'accertamento della fondatezza del ricorso incidentale consente al giudice di verificare che il ricorrente principale non avrebbe potuto rendersi aggiudicatario ma avrebbe dovuto essere escluso, per carenza dei requisiti di partecipazione. Potrebbe, semmai, residuare un interesse di quest'ultimo all'esame del suo ricorso nell'ipotesi in cui, da esso emergano vizi e irregolarità della procedura che giustifichino il rinnovo della gara.

Così discorrendo, l'obbligo di esaminare il ricorso principale quando le imprese partecipanti siano più di due, sussiste allora, se tutte, anche all'esito di una valutazione prognostica del giudice, siano incorse nel medesimo vizio e per tutte si profila attuale, l'interesse strumentale al rinnovo della gara. Il giudice, dunque, una volta verificata la comunanza del vizio anche alle altre imprese estranee al giudizio, potrà effettuare una valutazione prognostica circa l'eventualità che la stazione appaltante si determini ad annullare la gara in autotutela. Infatti, L'esistenza di vizi che inficiano la regolarità della gara, renderebbe necessario il rinnovo della procedura, non potendosi diversamente provvedere ad aggiudicare l'appalto ad altra impresa che abbia validamente partecipato.

Un altro orientamento¹⁷, invece, considerando in termini più ampi l'area dell'interesse ad agire del ricorrente principale attribuisce prevalenza assoluta al *dictum* del giudice europeo, considerando recessivo sia il principio di autonomia dell'ordinamento processuale sia la regola di cui all'art. 100 c.p.c.. Secondo questa

¹⁶ Sul punto cfr. sent. Cons. St., sez III, 26/08/2016 n. 3708 in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁷ Vedi sul punto sent. Cons. St., sez V, 20/07/2017 n. 3593 in www.giustizia-amministrativa.it

diversa impostazione, il giudice è sempre obbligato all'esame di entrambi i ricorsi, a prescindere dal numero di partecipanti alla gara e senza dover accertare i vizi delle altre offerte. Il doppio esame si impone, infatti, non a fronte di un interesse immediato all'aggiudicazione ovvero strumentale alla riedizione della gara, ma in forza di un interesse eventuale e meramente ipotetico che si attualizza se, e quando, la stazione appaltante, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, decida di riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune e non residui spazio per una aggiudicazione regolare.

L'evidente difformità di vedute circa la corretta interpretazione del principio di diritto enunciato dalla CGCE, ha indotto l'Adunanza Plenaria¹⁸ a richiedere, tramite rinvio pregiudiziale alla CGCE un chiarimento definitivo in merito al rapporto e all'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale, nelle gare di appalto con più di due concorrenti le cui offerte non siano state contestate.

2.1 L'incidenza del rito super accelerato sul dibattito.

Prima di passare all'esame della recente pronuncia chiarificatrice della CGUE, occorre evidenziare alcuni profili di problematicità che hanno riguardato, nel periodo tra il 2016 e il 2019, il coordinamento e la compatibilità dei principi espressi dalla sentenza Puligenica con il c.d. "rito super accelerato" in materia di appalti¹⁹. È opportuno premettere che, ad oggi, la questione del rapporto con il rito "super accelerato" è stata superata, in considerazione del fatto che, tale procedimento speciale, introdotto all'art. 120 comma 2 *bis* cpa con la d. lgs. 50/2016, è stato abrogato nella primavera del 2019²⁰. Ciò non di meno qui interessa evidenziare l'impatto che, nella vigenza di questa disposizione, hanno avuto i principi enunciati dalla sentenza Puligenica. Infatti il rito "super accelerato" prevedeva l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione delle imprese in gara, all'esito dell'esame preliminare relativo al possesso dei requisiti di partecipazione.

Il medesimo articolo precisava poi, che l'omessa impugnazione avrebbe impedito la possibilità di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura anche per il tramite di ricorso incidentale. Lo scopo di tale rito speciale, caratterizzato da termini processuali brevi, era quello di anticipare il contenzioso in ordine alle ammissioni ed esclusioni in una fase antecedente rispetto a quella della valutazione

¹⁸ Cfr. ordinanza Ad.Plen. 11/06/2018 n. 6 in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁹ Per una completa disamina del rito "super accelerato" cfr. A. FANIZZA, *La tutela giurisdizionale*, in *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, a cura di A. Meale, Pacini editore, 2019, pag. 244 ss.

²⁰ Cfr. d.l. n. 32 del 2019

delle offerte, così operando in modo deflattivo sul contenzioso a valle. Le ipotesi di ricorsi incrociati escludenti, dirette a far valere il vizio di partecipazione delle altre imprese in gara, allo scopo di ottenere il rinnovo dell'intera procedura, avrebbero dovuto, così, sensibilmente ridursi.

Tale risultato sarebbe stato la conseguenza dell'onere imposto dall'art. 120 c. 2 *bis* c.p.a., che contempla la possibilità di far valere la regolarità dei provvedimenti di ammissione e di esclusione già nella prima fase della procedura, senza aspettare l'aggiudicazione. In questo modo i principi enunciati dalla sentenza Puligenica, sarebbero rimasti svuotati di contenuto. In realtà, la portata deflattiva e semplificatrice del rito "super accelerato" è stata attenuata in considerazione di una serie di elementi, ragione per cui non può dirsi neutralizzata la questione posta a fondamento della sentenza Puligenica²¹. L'art. 80 comma 6 d.lgs. 50/2016 prevede comunque, la possibilità, per la stazione appaltante, di escludere in qualunque momento della gara, un concorrente che si trovi in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4, 5. Se ne desume che i provvedimenti di esclusione non sono adottati solo all'inizio della procedura, a seguito della verifica dei requisiti, ma in qualunque momento, con conseguente possibilità per i concorrenti di presentare ricorso avverso tale provvedimento di esclusione. Inoltre, la portata limitata dell'art. 120 comma 2 *bis* emerge anche dalla previsione dell'art. 133 comma 8 d.lgs. 50/2016, in virtù del quale, nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di anticipare l'esame delle offerte e differire ad un momento successivo la verifica in ordine all'assenza di motivi di esclusione.

L'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. ha, peraltro, sollevato dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con i principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) ed effettività della tutela giurisdizionale, (artt. 24, 103 e 113 Cost.). Ciò, in quanto, il bene della vita cui aspirano i concorrenti si identifica con l'aggiudicazione della gara e non con la mera regolarità dell'operato della p.a.²². Pertanto, l'irregolarità della esclusione o ammissione avrebbe potuto essere fatta valere solo quando, a seguito dell'aggiudicazione a favore di altro concorrente, il ricorrente avesse subito una lesione attuale e concreta del proprio interesse. Prima di tale momento l'onere di impugnativa immediata delle ammissioni ed esclusioni sarebbe apparso inutile.

²¹Sul punto cfr. A. GRAZZINI, *Ricorsi incrociati escludenti: la giustizia amministrativa alla prova di resistenza del diritto europeo in materia di appalti*, in *Contratti delle pubbliche amministrazioni – questioni attuali*, a cura di G. M. Caruso, D. D'alessandro, D. Pappano, Giappichelli editore, 2019, pag. 259 ss.

²² Per una disamina più approfondita in ordine all'individuazione del bene della vita in materia di evidenza pubblica confronta nota n.10

3. Le ragioni del contrasto tra la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria.

L'Adunanza Plenaria con ordinanza del 2018 ha rimesso alla Corte di giustizia europea la questione controversa affinché la Corte fornisca chiarimenti interpretativi riguardo alla propria precedente pronuncia.

Nell'ordinanza di remissione, l'Adunanza Plenaria esprime il proprio punto di vista sul principio enunciato dall'organo di giustizia comunitario e sugli orientamenti giurisprudenziali interpretativi appena esaminati. Essa aderisce, sostanzialmente, alla soluzione che prevede di valutare l'interesse del ricorrente principale in concreto e non sulla base di ragioni astratte o alternative decisionali meramente ipotetiche. Tale interpretazione risulta maggiormente coerente con i valori fondamentali dell'ordinamento processuale nazionale, a cominciare dal principio dispositivo e dell'iniziativa delle parti. In questa prospettiva dovrebbe essere rimesso all'ordinamento processuale dei singoli Stati membri il compito di individuare gli strumenti idonei a valutare la concretezza dell'interesse del ricorrente principale, assicurando anche il diritto di difesa delle altre imprese in gara non convocate in giudizio.

L'ulteriore pregio di questa impostazione si riconosce nella capacità di assicurare maggiore aderenza alla struttura del giudizio di impugnazione.

Del resto, il ricorso al giudice amministrativo deve essere interpretato come ricorso predisposto nell'interesse di una parte e mai, come ricorso finalizzato ad assicurare il mero rispetto di regole formali.

La CGUE²³ con la sentenza del 5 Settembre 2019, sulla causa C-333/18 si è pronunciata sulla questione a lei rimessa e ha ribadito la propria posizione imponendo il necessario esame di entrambi i ricorsi, quali che siano il numero dei partecipanti alla gara e a prescindere dal numero degli intervenuti in giudizio. A questa determinazione la Corte arriva considerando che la ricevibilità del ricorso principale non può essere subordinata alla prova che tutte le offerte delle imprese

23 Sul punto cfr. sent. Corte di Giustizia UE, sez. X, del 5 Settembre 2019, sulla causa C-333/18 in www.eur-lex.europa.eu. Si riporta di seguito quanto affermato in conclusione dalla Corte: "L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi."

partecipanti alla gara, comprese quelle classificatesi successivamente al ricorrente principale, siano irregolari, circostanza che porterebbe la stazione appaltante a ordinare il rinnovo della procedura di gara. Sarà, piuttosto, sufficiente evidenziare, la mera possibilità che l'amministrazione si determini in tal senso. Tale ricostruzione, avrebbe portata generale e dovrebbe trovare applicazione a prescindere dal numero dei concorrenti in gara e dal numero delle imprese partecipanti al giudizio.

In realtà, questa soluzione, adottata dalla CGUE, contrasta con una serie di principi processuali dell'ordinamento nazionale, nonché con la ratio di selezione del miglior offerente propria della disciplina degli appalti.

Con riguardo alla disciplina processuale nazionale, infatti, imporre al giudice l'esame congiunto di entrambi i ricorsi sulla base della mera eventualità che possano essere riscontrate irregolarità procedimentali o nelle offerte dei concorrenti, significa adottare una soluzione in violazione degli artt. 115 c.p.c. e 2909 cc. Il contrasto emerge dalla circostanza per cui il giudice, a prescindere da qualunque allegazione probatoria, sarebbe tenuto, a seguito dell'esame congiunto dei ricorsi, a verificare la regolarità della partecipazione degli altri concorrenti in gara, anche se questi non hanno partecipato al giudizio. Ciò al solo fine di accertare la possibilità di rinnovo della procedura di gara. Così procedendo il giudice ampliherebbe l'oggetto dell'accertamento, in violazione dell'art. 115 c.p.c. che impone al giudice di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti.

Peraltro, non meno rilevante sul piano del contrasto con l'ordinamento interno, è la circostanza per cui verrebbero ad essere coinvolti nel giudizio soggetti estranei ad esso, in quanto partecipanti alla gara ma privi della qualità di parte processuale, a cui la legge circoscrive gli effetti del giudicato ex art. 2909 cc.

I profili di criticità relativi alla soluzione adottata dalla Corte di Giustizia, non emergono solo con riferimento alla disciplina nazionale in materia processuale, ma si evidenziano anche rispetto all'esigenza fondamentale sottesa alla normativa degli appalti, che è quella di aggiudicare la gara al miglior offerente, il quale sulla base dei criteri di selezione adottati risulti essere il primo classificato. Questa esigenza resterebbe disattesa, allorché il giudice, in sede di accertamento della regolarità della procedura e delle posizioni degli altri concorrenti in gara, non riscontri alcun vizio. In questo caso, non essendovi i presupposti per ordinare il rinnovo della procedura, non resterebbe altra soluzione se non quella di aggiudicare la gara al concorrente, terzo o quarto classificato, la cui posizione risulti regolare.

Proprio questo esito frustrerebbe la selezione nel merito che è alla base della procedura di evidenza pubblica. Alla luce di queste osservazioni, resterebbe da valutare se ricorrano, in questo caso, le condizioni per applicare l'art. 95 comma 12 d.lgs. 50/2016. La disposizione, in tema di criteri di aggiudicazione dell'appalto, dispone che: «le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea, in relazione all'

oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito». Il potere discrezionale di non aggiudicare la gara, che la stazione appaltante esercita, non è riconducibile all'esercizio del potere di autotutela, bensì configura un potere fondato su ragioni di pubblico interesse²⁴. Qualora l'amministrazione intenda procedere nel senso descritto dalla norma dovrà adeguatamente motivare la propria scelta²⁵.

Appare chiaro che la distanza tra le soluzioni offerte dalla giurisprudenza interna e da quella comunitaria si fonda sulla diversa individuazione del bene della vita tutelato in materia di appalti. Quest'ultimo per la giurisprudenza della Adunanza Plenaria è rappresentato dall'interesse all'aggiudicazione che sostiene il ricorso principale, per la giurisprudenza comunitaria si identifica, invece, nell'interesse strumentale alla regolarità della gara.

Le considerazioni sinora effettuate e rimaste inesprese nel confronto dialettico tra le Corti avrebbero consentito di mettere adeguatamente a fuoco gli aspetti problematici della soluzione adottata dalla CGUE. Quest'ultima respinge l'interpretazione caldeggiata dalla giurisprudenza nazionale che invece, valorizza ai fini dell'esame del ricorso principale, la sussistenza di un concreto interesse al rinnovo della gara, senza del quale non sarebbe possibile estendere la valutazione anche al ricorso principale.

L'orientamento sostenuto e accolto dalla CGUE, favorevole ad una valutazione congiunta di entrambi i ricorsi, benchè censurabile sotto i profili esaminati, non rimane del tutto privo di fondamento. Esso, infatti, si giustifica in considerazione del fatto che un offerente, che abbia proposto ricorso principale, non può, sulla base di norme o prassi nazionali, essere privato del diritto a vedere esaminato il suo ricorso nel merito, quando abbia subito una lesione riconducibile alla violazione di norme e principi comunitari. Si tratta di un orientamento assolutamente coerente con il contesto normativo dal momento che proprio la materia degli appalti è stata ampiamente regolamentata dal legislatore sovranazionale che ha fissato regole e principi. La soluzione proposta dalla Corte di giustizia, mira, quindi, a salvaguardare il principio di effettività del diritto comunitario²⁶.

²⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 31/05/2007 n. 2838 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ cfr. Cons. Stato, sez. III, 20/04/2015, n. 1994 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 11/06/2013, n. 3215 in www.giustizia-amministrativa.it. La mancata aggiudicazione del contratto non dipende dai vizi che pregiudicano gli atti di gara né da una rivalutazione dell'interesse pubblico, ma deriva piuttosto dalla valutazione negativa delle offerte presentate che, sebbene rispondano formalmente ai requisiti previsti dal bando di gara, non sono valutate idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18/07/2017, n. 3553 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 28/07/2015, n. 3721 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 16/10/2012, n. 5282 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Per un approfondimento sul principio di effettività cfr. A.M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in Atti del Convegno celebrativo del centocinquantesimo della istituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983, 305 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 919 ss.; F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2780 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*,

4. Riflessioni critiche.

Il contrasto di orientamenti sinteticamente descritto nei paragrafi precedenti ha evidenziato, attraverso il confronto dialettico instauratosi tra la giurisprudenza nazionale e la Corte di Giustizia, una serie di questioni problematiche che trascendono il tema circoscritto e specifico dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale. Il braccio di ferro instauratosi tra le due Corti ha fatto emergere, pur nella specificità delle contestazioni reciproche, una profonda diversità di vedute. Su questo fronte bisognerà fare chiarezza circa l'assetto dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, anche con specifico riguardo alla materia processuale, e circa gli effetti delle pronunce della CGUE negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Tale valutazione si impone in considerazione del fatto che numerosi sono stati gli interventi della Corte di Giustizia europea nella materia in questione. Occorre, dunque, chiarire se questi abbiano una portata vincolante e conformativa per il giudice interno, il quale sarebbe condizionato nella soluzione da adottare. Si tratta di valutare, inoltre, le conseguenze di un eventuale discostamento dal *dictum* comunitario.

Partendo dal considerare i rapporti fra il diritto interno e quello comunitario non vi è uniformità di vedute tra la Corte costituzionale e la CGUE le quali sostengono orientamenti contrapposti.

Secondo la CGUE²⁷ il rapporto che intercorre tra i due ordinamenti è di piena integrazione. Il diritto dell'Unione europea dovrebbe considerarsi ricompreso nell'ordinamento dei singoli Stati membri dando vita ad un unico sistema giuridico retto dal principio di gerarchia delle fonti, il quale assicura il primato del diritto comunitario sul diritto interno. La condizione di supremazia del diritto comunitario impone, quindi, al giudice nazionale di disapplicare norme interne contrastanti con il diritto sovranazionale.

La Corte costituzionale²⁸, al contrario, sostiene che i due ordinamenti siano autonomi seppure coordinati. In caso di contrasto tra il diritto interno e quello

Napoli, 2007; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nelle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523 ss.

27 L'orientamento favorevole alla integrazione tra i due ordinamenti, sostenuto dalla CGUE, può ricostruirsi alla luce di una serie di pronunce, tra cui si richiamano: sent. CGUE del 9 Marzo 1978 nella causa C-106/77 (c.d. sentenza Simmenthal) in www.eur-lex.europa.eu; sentenza della CGUE del 15 Luglio 1964 nella causa C 6/64 (c.d. Costa contro Enel) in www.eur-lex.europa.eu; sentenza CGUE del 19 Giugno 1990 nella causa C-213/89 (c.d. sentenza Factortame) in www.eur-lex.europa.eu.

28 L'orientamento "autonomista" sostenuto dalla Corte Costituzionale è ricostruibile sulla base di varie pronunce, tra cui: sent. Corte Cost. n. 183 del 1973 in www.cortecostituzionale.it; sent. Corte Cost. n. 232 del 1975 in www.cortecostituzionale.it; sent. Corte Cost. n. 170 del 1984 in www.cortecostituzionale.it; ordinanza Corte Cost. n. 103 del 2008 in www.cortecostituzionale.it.

comunitario occorrerebbe distinguere il tipo di atto che viene, di volta in volta, in rilievo così da individuare le possibili soluzioni di contemperamento. Nel caso in cui si configuri un contrasto tra un atto direttamente applicabile dell'Unione (quale, ad esempio, il Trattato) e la legge ordinaria interna, il giudice dovrà dare prevalenza al diritto comunitario disapplicando la legge nazionale. Nel caso in cui il contrasto, invece, coinvolga una legge costituzionale il giudice non potrà applicare puramente e semplicemente la legge comunitaria, rappresentando la normativa costituzionale il contro-limite al diritto dell'unione europea. In caso di atti comunitari non direttamente applicabili (direttive), qualora questi contrastino con il diritto interno, il giudice non potrà disapplicarli ma dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale rimettendo al giudice delle leggi la soluzione del contrasto.

Accanto alle ipotesi segnalate, potrebbero presentarsi altre situazioni problematiche in cui il contrasto tra i due ordinamenti giuridici potrebbe non essere evidente ed esplicito come in questi casi. Esso potrebbe tradursi semplicemente in un dubbio interpretativo circa la portata da attribuire alla norma comunitaria chiamata ad essere applicata nel diritto interno. In questa situazione, il rimedio applicabile è quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea affinché questa chiarisca le incertezze interpretative.

La questione del coordinamento tra norme di ordinamenti diversi non riguarda solo le ipotesi di contrasto fra diritto interno e diritto comunitario ma riguarda anche il contrasto tra l'interpretazione giurisprudenziale di norme interne e l'ordinamento comunitario. Proprio questa è l'ipotesi in cui ricade il caso in esame, in cui l'antinomia si pone tra principi e/o norme comunitarie (direttiva n.89/665, direttive appalti 2014/24/UE e 2014/25/UE) e l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza interna con riguardo all'ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Premesso che, com'è noto, le norme comunitarie prevalgono anche sugli orientamenti giurisprudenziali nazionali, occorre chiarire se, nel caso di specie, sussista una qualche competenza concorrente del legislatore e del giudice comunitario, in materia processuale. Sulla questione la stessa giurisprudenza comunitaria nel caso "*Rewe*"²⁹, ha avuto occasione di ribadire che l'attività dei giudici nazionali, nell'applicazione del diritto dell'Unione europea, si informa al principio di "autonomia procedurale"³⁰. Tale principio implica che «in mancanza di una specifica

29 Sul punto cfr. sent. Corte di Giustizia UE, 16 Dicembre 1976, sulla causa 33/76 in www.eur-lex.europa.eu.

30 Diversi sono stati i contributi forniti dalla dottrina in tema di autonomia procedurale e tutela processuale amministrativa. Tra gli altri si richiamano: E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008/3, p. 447 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008/2, p. 433 ss.; L. DANIELE, *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 1385 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002;

disciplina comunitaria è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che oltre a designare il giudice competente a conoscere della causa, disciplina i profili procedurali delle azioni finalizzate a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in virtù di norme comunitarie a efficacia diretta». Tale ricostruzione si fonda sulla considerazione che, ai sensi dell'art. 5 c.1 TUE, le competenze dell'Unione europea devono essere espressamente attribuite. Dal momento che, ad oggi, non vi è alcuna disposizione che riconosca all'Unione europea competenza legislativa in materia processuale questa deve ritenersi prerogativa dei singoli Stati membri³¹.

Ciò detto, l'autonomia procedurale degli Stati membri trova il proprio limite esterno nell'esigenza di garantire l'osservanza delle norme comunitarie sostanziali. Sebbene pertanto, l'ordinamento comunitario non espliciti in materia procedurale la propria efficacia diretta, esso recupera certamente la propria influenza in via indiretta e mediata: ferma restando l'autonomia procedurale dei singoli Stati membri si impone, in sede giurisprudenziale, l'obbligo di interpretare le norme processuali in termini conformi al diritto UE, così da assicurarne l'attuazione. Un vincolo, questo, assolutamente funzionale ad evitare che i meccanismi di tutela processuale, predisposti dal legislatore interno, rendano inefficace la normativa comunitaria³².

Alla luce di questa ricostruzione è possibile comprendere la posizione rigorosa assunta dalla Corte di giustizia con la pronuncia del 2019. Essa ha inteso evitare che, aderendo alla tesi dell'inutilità dell'esame del ricorso principale, in caso di ricorso incidentale paralizzante, venga privato di una tutela nel merito il soggetto che lamenta una lesione del diritto comunitario in tema di evidenza pubblica.

Nonostante la pluralità di interventi, con cui la Corte di Giustizia ha cercato di chiarire e affermare la sua posizione sul tema, non può finora ravvisarsi alcuna violazione della giurisprudenza comunitaria da parte del giudice nazionale, tale da comportare il ricorso ad una procedura d'infrazione. Il confronto, anche molto serrato, tra le due corti ha, contribuito a rendere più chiari ed espliciti i termini del contrasto, focalizzandosi, di volta in volta, su questioni collegate ma differenti.

Con riferimento alla tematica dell'efficacia delle decisioni della Corte nell'ordinamento interno occorre richiamare, *in primis*, l'art. 267 TFUE il quale ripartisce le competenze tra giudici interni e comunitari quando viene in rilievo la risoluzione di una questione che implica l'applicazione della disciplina comunitaria. Alla luce di tale disposizione il giudice comunitario ha poteri interpretativi del diritto

31 Cfr. D.U.GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Ius publicum network review*, 2011, www.ius-publicum.com, pagg. 6-7.

32 Sul punto si confronti la fondamentale pronuncia della CGUE del 14 dicembre 1995 in cause riunite C-430/93 e C-431/93, nota anche come sentenza "van Schijndel reperibile su www.eur-lex.europa.eu. Questa sentenza rappresenta un punto di svolta in tema di autonomia procedurale degli stati membri, in quanto si delinea l'obbligo «del giudice nazionale di "funzionalizzare" gli strumenti messi eventualmente a disposizione dal diritto interno per perseguire l'obiettivo primario di garantire l'effettività del diritto comunitario.» cfr. ID., *op.cit.*, pag. 12.

UE, senza i relativi poteri di risoluzione del caso concreto. Il giudice interno, invece, in caso di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dovrà decidere il caso uniformandosi all'interpretazione fornita dalla Corte le cui pronunce troveranno applicazione con prevalenza sulla giurisprudenza interna. L'eventuale rifiuto del giudice nazionale di conformarsi alle sentenze della Corte comporta l'apertura di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

Un margine di autonomia per il giudice interno, di fronte ad una sentenza della CGUE, si rinviene nel caso in cui, in ragione dell'oscurità dell'interpretazione fornita dalla Corte, non risulti possibile uniformarsi alla prescrizione indicata, risultando necessario piuttosto un nuovo rinvio con funzione chiarificatrice. Allo stato dei fatti, dunque, considerata la diversità delle questioni interpretative sottoposte alla Corte, ora con riferimento a gare che coinvolgono solo due partecipanti, ora alle ipotesi di più imprese concorrenti, non si può dire che il giudice nazionale abbia mai adottato decisioni contrastanti con le statuizioni della CGUE. In realtà, alla base delle diverse ordinanze di rimessione alla Corte di giustizia europea, sembra esserci la preoccupazione del giudice nazionale di sollecitare la risoluzione del quesito interpretativo in maniera maggiormente conforme con le peculiarità dell'ordinamento italiano.

Anche a fronte dell'ultimo approdo giurisprudenziale sul punto, il quesito che, stando non poche perplessità, rimane ancora aperto è quello relativo ai limiti entro i quali il giudice comunitario possa imporre indicazioni sull'interpretazione del diritto processuale interno senza tenere conto della struttura, dei principi e delle peculiarità che contraddistinguono l'ordinamento nazionale. La decisione della CGUE di ritenere necessario sempre e comunque l'esame del ricorso principale, anche allorquando sia fondato su un interesse meramente potenziale ed astratto, confligge gravemente con i principi cardine del nostro ordinamento processuale.

In particolare, verrebbe ad essere obliterato il principio per cui l'iniziativa processuale è rimessa alle parti, il principio dispositivo, il principio dell'onere della prova, il quale impone di allegare fatti e documenti a sostegno della propria domanda, nonché il principio per cui per ricorrere occorre avervi un interesse concreto ed attuale³³. Manca nell'ordinamento amministrativo un soggetto equiparabile al pubblico ministero del giudizio penale, il quale si faccia portatore e garante dell'interesse generale al rispetto della legalità. Per questa ragione imporre l'esame del ricorso principale sempre e comunque significherebbe imporre al giudice interno di effettuare un controllo sulla legalità dell'operato della p.a. pur in mancanza di prove che ne richiedano imprescindibilmente l'esame.

³³ Per un approfondimento sulla possibilità di conciliare il principio di effettività con la funzione del ricorso incidentale come strumento di garanzia del contraddittorio cfr. C. BENETTAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività cit.*, pag 14 ss.