



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 11 del 2008 del ruolo dell'Ad. Plen. (n. 4247 del 2007 del ruolo della Sez. V), proposto dalla s.p.a. Acegas-Aps, dalla s.r.l. Ecologica, dalla soc. coop. Art. Co. Bassa Friulana e dalla s.r.l. Savi Servizi, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Primo Michielan, Sebastiano Tonon e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliati in Roma, alla via F. Confalonieri n. 5, presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi;

contro

la s.p.a. Vesta e la s.p.a. Manutencoop Servizi Ambientali (appellanti incidentali), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Germano Bellussi e Maurizio Mensi, ed elettivamente domiciliate in Roma, alla via dei Prefetti n. 30, presso lo studio dell'avvocato Maurizio Mensi;

e, nei confronti

del Comune di Cavallino Treponti, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Zambelli e Mario Ettore Verino, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Lima, n. 15, presso lo studio dell'avvocato Mario Ettore Verino;

FF

N.

Reg.Dec.

N. 11 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo n. 2/2008

per la riforma

della sentenza del TAR per il Veneto, Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 82;

Visto l'appello principale, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. Vesta, della s.p.a. Manutencoop Servizi Ambientali e del Comune di Cavallino Treporti;

Vista l'ordinanza della Sezione Quinta n. 2669 del 2008, che ha rimesso il giudizio all'esame dell'Adunanza Plenaria;

Viste le memorie depositate dall'a.t.i. Acegas, dall'a.t.i. Vesta, e dal Comune di Cavallino Treporti;

Visto l'art. 45 del testo unico approvato col regio decreto n. 1054 del 1924;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita la relazione del consigliere di Stato Luigi Maruotti alla pubblica udienza del 20 ottobre 2008 e uditi, altresì, gli avvocati Cacciavillani, per delega dell'avvocato Primo Michielan, Luigi Manzi, Mario Ettore Verino, Maurizio Mensi;

Considerato che, ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, è stato pubblicato il dispositivo n. 2 del 2008 della decisione, cui segue il deposito della relativa motivazione;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue.

1. In data 23 settembre 2005, il Comune di Cavallino Treporti ha indetto una gara per lo svolgimento del servizio di gestione integrata del ciclo di raccolta, conferimento e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e per la riscossione della tariffa di igiene ambientale, da aggiudicare all'offerta

economicamente più vantaggiosa, con l'importo annuo a base d'asta pari a € 1.380.000.

Hanno partecipato alla gara tre associazioni temporanee di imprese:

- quella tra le imprese Aimeri ambiente impresa Ponticelli, Gaia cooperativa ed Ecoverde cooperativa, poi esclusa perché ha formulato una offerta al rialzo;

- quella tra la s.p.a. Vesta (già affidataria del servizio), la s.c.e.r.l. Manutencoop e la s.p.a. ASVP (di seguito: l'a.t.i. Vesta), che si è classificata seconda nella graduatoria finale con punti 79,53;

- quella tra la s.p.a. Acegas-Aps, la s.r.l. Ecologica, la soc. coop. Art. Co. Bassa Friulana e la s.r.l. Savi Servizi, che si è classificata prima con punti 79,90.

Col provvedimento n. 618 del 27 giugno 2006, il Comune ha disposto l'aggiudicazione definitiva nei confronti dell'a.t.i. Acegas.

2. Col ricorso di primo grado n. 1731 del 2006 (proposto al TAR per il Veneto), l'a.t.i. Vesta ha impugnato il capitolato speciale di gara, l'atto di ammissione alla gara dell'a.t.i. Acegas e il provvedimento di aggiudicazione, chiedendone l'annullamento sulla base di otto motivi.

La s.p.a. Acegas ha proposto un ricorso incidentale, con cui ha chiesto che il ricorso principale sia dichiarato inammissibile, poiché il Comune avrebbe dovuto escludere dalla gara l'a.t.i. Vesta, la cui offerta - col previsto ribasso dello 0,077% - ha specificato che non sono stati computati gli oneri di realizzazione e gestione della stazione di travaso e dell'ecocentro.

La s.r.l. Ecologica ha proposto un distinto ricorso incidentale, con cui ha chiesto che il ricorso principale sia dichiarato inammissibile per sei motivi, tra cui quello già rilevato col ricorso incidentale della s.p.a. Acegas.

Con l'ordinanza n. 743 del 2006, il TAR ha sospeso gli effetti del provvedimento di aggiudicazione ed ha disposto che, nel corso del giudizio, la s.p.a. Vesta "proseguia nella gestione del servizio".

3. Con la gravata sentenza n. 82 del 2007, il TAR per il Veneto:

a) ha accolto il ricorso incidentale della s.p.a. Acegas e il primo motivo del ricorso incidentale della s.r.l. Ecologica, respingendo gli altri cinque motivi del ricorso incidentale di quest'ultima;

b) ha dichiarato ammissibile il ricorso principale, rilevando che – se sono presentate due offerte valide nel corso di una gara d'appalto – l'accoglimento del ricorso incidentale della aggiudicataria comporta che vada esaminato anche il ricorso principale, poiché il suo accoglimento comporterebbe l'indizione di una ulteriore gara, con il conseguente interesse strumentale della ricorrente principale;

c) ha respinto i primi quattro motivi del ricorso principale;

b) ha accolto il quinto motivo del ricorso principale (previa reiezione di eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del Comune e dell'a.t.i. Acegas), rilevando che il Comune non avrebbe verificato se l'offerta della stessa a.t.i. Vesta sia conforme all'art. 11 del bando [da interpretare unitamente all'art. 11, lettera d), del capitolato speciale], e cioè se la mandataria possedesse almeno il 60% del fatturato del complessivo rispetto alle mandanti e se ciascuna delle società mandanti possedesse un fatturato pari almeno al 20% della residua percentuale non superiore al 40%;

c) in prospettiva della ripetizione della gara, ha ritenuto ammissibile ed ha accolto il sesto motivo del ricorso principale ed ha annullato l'art. 11, lettera d), del capitolato speciale, sui punteggi per la capacità economica e finanziaria, per violazione dell'art. 12 del d.lg. n. 157 del 1995;

d) ha respinto il settimo e l'ottavo motivo del ricorso principale;

e) ha conseguentemente annullato gli atti di ammissione alla gara dell'a.t.i. Vesta e dell'a.t.i. Acegas, salvi gli ulteriori provvedimenti;

f) ha respinto la domanda di risarcimento del danno, formulata dalla ricorrente principale.

4. Con il primo motivo dell'appello principale in esame, l'a.t.i. Acegas ha chiesto che, in parziale riforma della sentenza gravata, sia dichiarato inammissibile il ricorso principale di primo grado dell'a.t.i. Vesta, deducendo che la fondatezza del ricorso incidentale rende inammissibile il ricorso principale, anche quando siano state ammesse alla gara due sole imprese.

L'appellante principale ha altresì rilevato che il TAR non avrebbe considerato due elementi, e cioè che nel corso della gara sono state presentate tre offerte e che non sussisterebbe un effettivo interesse strumentale dell'a.t.i. Vesta, perché l'accoglimento del quinto motivo del ricorso originario non comporta di per sé la rinnovazione della gara, che può aver luogo solo dopo il rinnovo del segmento della gara già conclusa e la verifica da effettuare ai sensi dell'art. 11 del bando di gara.

Inoltre, l'appellante principale ha chiesto:

- con il secondo ed il terzo motivo, che sia dichiarato inammissibile o irricevibile il quinto motivo del ricorso originario;

- con il quarto motivo, che il quinto motivo del ricorso originario vada respinto, per l'insussistenza della ragione che ha indotto il TAR a ritenere che il Comune avrebbe dovuto escludere l'a.t.i. Acegas dalla gara;

- con il quinto motivo, che sia comunque respinto il sesto motivo del ricorso originario;

- con il sesto ed il settimo motivo, l'accoglimento del quarto e del sesto motivo del ricorso incidentale di primo grado della s.r.l. Ecologica.

5. L'a.t.i. Vesta ha appellato in via incidentale la sentenza del TAR:

- con i primi cinque motivi d'appello, ha chiesto che in riforma della sentenza del TAR, siano accolti il primo, il terzo, il quarto, il settimo e l'ottavo motivo del suo ricorso originario di primo grado;

- col sesto motivo, ha impugnato le statuizioni con cui il TAR ha accolto i ricorsi incidentali della s.p.a. Acegas e della s.r.l. Ecologica, deducendo che la sua offerta sarebbe conforme alle prescrizioni del bando.

6. Prima della proposizione degli appelli, in data 31 marzo 2007, la commissione di gara ha dato esecuzione alla sentenza del TAR ed ha verificato che l'offerta dell'a.t.i. Vesta non è conforme all'art. 11 del bando, poiché la mandante s.r.l. Ecologica non è risultata in possesso del requisito ivi previsto del 20%.

Con i suoi scritti, il Comune ha eccepito di conseguenza l'improcedibilità dell'appello principale e l'inammissibilità di quello incidentale.

L'a.t.i. Acegas ha depositato un controricorso e memorie difensive, con cui ha insistito nelle proprie deduzioni ed ha eccepito l'inammissibilità del secondo, terzo, quarto e quinto motivo dell'appello incidentale.

Con i suoi scritti, l'a.t.i. Vesta ha insistito nelle conclusioni già formulate con l'appello principale.

7. Con l'ordinanza n. 2669 del 2008, la Quinta Sezione:

a) ha respinto l'eccezione di improcedibilità dell'appello principale e di quello incidentale (formulata dal Comune), rilevando che il riesame degli atti di gara è stato disposto in ragione della esecutività della sentenza di primo grado;

b) ha respinto il secondo ed il terzo motivo dell'appello principale (con cui sono state riproposte le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del quinto e del sesto motivo del ricorso principale di primo grado);

c) ha respinto l'eccezione dell'a.t.i. Acegas sulla inammissibilità del secondo, terzo, quarto e quinto motivo dell'appello incidentale;

d) è passata all'esame del primo motivo dell'appello principale, con cui l'a.t.i. Acegas ha chiesto che – in ragione del disposto accoglimento dei ricorsi incidentali di primo grado – sia dichiarato inammissibile il ricorso principale di primo grado dell'a.t.i. Vesta.

Al riguardo, l'ordinanza di rimessione:

- ha rilevato che, nella specie, le imprese ammesse alla gara erano due (per l'esclusione dell'a.t.i. Aimeri ambiente) e che la conferma della sentenza gravata comporterebbe la ripetizione della gara (perché il Comune ha constatato l'assenza del requisito previsto dall'art. 11 del bando sul fatturato della mandante s.r.l. Ecologica);

- ha ricostruito l'evoluzione della giurisprudenza sulla questione se continui a sussistere l'interesse del ricorrente principale, quando risulti che

la sua offerta doveva essere esclusa, in accoglimento del ricorso incidentale della aggiudicataria, e due sole offerte siano state ammesse in gara;

- ha rilevato che, qualora risulti fondato il ricorso incidentale della aggiudicataria di una gara cui siano state ammesse due partecipanti, per un orientamento (cfr. Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468; Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583, ai cui principi si è ispirata la sentenza gravata), resta ammissibile il ricorso principale, in ragione dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara, mentre per un altro orientamento (cfr. Sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689), si applica la regola tradizionale per cui il ricorso principale diventa improcedibile per difetto di legittimazione;

- ha richiamato un ulteriore orientamento (cfr. Sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811), per il quale l'esame del ricorso incidentale può avere luogo solo dopo che risulti fondato il ricorso principale, perché solo ciò fa sorgere l'interesse della controinteressata all'esame della censura incidentale, avente «carattere accessorio»;

- ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria le questioni riguardanti l'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale, e le conseguenze dell'accoglimento di uno in ordine all'esame dell'altro.

Sul punto, l'ordinanza di remissione ha manifestato la propria adesione all'orientamento per il quale – quando alla gara siano state ammesse due offerte – va dapprima esaminato il ricorso incidentale contro l'atto di ammissione alla gara del ricorrente principale e poi, nel caso di sua fondatezza, vanno esaminate le censure di questi contro l'ammissione della aggiudicataria, concludendo nel senso che il TAR può annullare entrambi gli atti di ammissione, con la conseguente indizione di una ulteriore gara.

8. A seguito dell'ordinanza di rimessione, le parti hanno depositato memorie difensive, con cui hanno illustrato le questioni controverse ed hanno insistito nelle già formulate conclusioni.

In Comune di Cavallino Treporti ha inoltre reiterato l'eccezione di improcedibilità degli appelli (poiché il responsabile del servizio gara ha concluso la fase di rivalutazione dell'offerta dell'a.t.i. Acegas, facendo proprie le determinazioni della commissione di gara sulla sua esclusione).

9. Così ricostruite le vicende che hanno condotto alla presente fase del giudizio, rileva la Sezione che – per il carattere definitivo delle relative statuizioni - l'ordinanza di rimessione va qualificata come decisione parziale, nella parte in cui:

a) ha respinto il secondo ed il terzo motivo dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas (sulla irricevibilità e inammissibilità del quinto motivo del ricorso incidentale, accolto dal TAR);

b) ha respinto l'eccezione di improcedibilità di entrambi gli appelli, proposta dal Comune (con una articolata motivazione che, nel richiamare consolidati orientamenti giurisprudenziali, ha sottolineato come il riesame della valutazione dell'offerta dell'a.t.i. Acegas sia avvenuto unicamente per dare esecuzione alla relativa statuizione del TAR).

Ne consegue che, per la preclusione del giudicato, va dichiarata inammissibile l'identica eccezione di improcedibilità degli appelli, in questa sede riproposta dal Comune.

10. Prima dell'esame della questione sollevata dall'ordinanza di rimessione, vanno esaminate le censure della ricorrente principale in primo grado (a.t.i. Vesta, ora appellante incidentale) avverso la statuizione con cui

il TAR ha accolto i ricorsi incidentali di primo grado ed ha annullato l'atto che l'ha ammessa alla gara, per il contrasto tra la sua offerta e le previsioni del bando.

Infatti, ove vada riformata tale statuizione (e salvo l'esame delle ulteriori censure del ricorso incidentale di primo grado), risulterebbe ammissibile il suo ricorso principale di primo grado (con la conseguente irrilevanza del primo motivo dell'appello principale, posto all'esame dell'Adunanza Plenaria).

Va pertanto esaminato con priorità il sesto motivo dell'appello incidentale (pp. 33-36), con cui l'a.t.i. Vesta ha dedotto che – contrariamente a quanto statuito dal TAR - la sua offerta sarebbe conforme alle prescrizioni del bando.

10.1. Per la comprensione delle censure proposte dall'appellante incidentale a.t.i. Vesta, va premesso che:

- con il primo motivo, i ricorsi incidentali di primo grado hanno dedotto che l'a.t.i. Vesta ha presentato una offerta incompleta, poiché – pur avendo indicato il ribasso dello 0,077% – essa non ha compreso gli oneri per la realizzazione e la gestione della stazione di travaso e dell'ecocentro, ritenendoli “allo stato attuale non quantificabili”;

- per la sentenza gravata (p. 8 s.), la stessa offerta va considerata effettivamente incompleta e – per l'entità dei medesimi oneri – anche superiore all'importo posto a base della gara.

Con le sue censure, e con riferimento alle «spese di realizzazione», l'a.t.i. Vesta ha in contrario dedotto che il contenuto della sua offerta economica doveva tenere conto del contenuto del progetto tecnico e dei

‘vincoli progettuali’ per gli articoli 5 e 6 del capitolato speciale, sicché, per il servizio di «gestione di un centro multiraccolta-ecocentro per la raccolta differenziata», rileverebbe lo stesso art. 6, comma 2, per il quale «è d’obbligo all’impresa appaltatrice ... avere la disponibilità di un’area da adibire» al medesimo centro e «provvedere alle autorizzazioni» per la sua gestione.

Ad avviso dell’a.t.i. Vesta, il progetto tecnico (con l’offerta economica che si doveva a questa ‘modellare’) doveva dar conto della «disponibilità dell’area» (che nella specie non comportava ulteriori oneri di acquisizione, in quanto essa già era nella sua disponibilità) e della «acquisizione delle autorizzazioni» (che sono stati quantificati in diecimila euro).

Quanto alle «spese di gestione», in particolare l’a.t.i. Vesta ha richiamato l’art. 13 della *lex specialis* (sulla possibilità per il Comune di chiedere «variazioni in più o in meno dei servizi, secondo accordi che tengano conto degli effettivi eventuali oneri aggiuntivi che possano derivare»), rilevante anche in relazione ai costi non quantificabili.

10.2. Ritiene l’Adunanza Plenaria che le censure così riassunte vadano respinte, perché infondate.

La p. 4 del bando di gara ha indicato l’importo complessivo annuale a base di gara (pari a 1.380.000 euro) e – nel prevedere che ciascuna partecipante avrebbe dovuto indicare l’importo offerto per l’assunzione del servizio, col ribasso d’asta in percentuale – ha precluso la proposizione di offerte economiche superiori all’importo posto a base della gara.

A sua volta, il capitolato speciale ha previsto:

- all'art. 2, lettera l), che tra i servizi da svolgere nell'ambito della gestione integrata del ciclo dei rifiuti, rientra la «gestione di un centro multiraccolta-ecocentro per la raccolta differenziata»;

- all'art. 6, che per la «realizzazione dei servizi» sono «indispensabili» alcuni elementi, tra qui l'essersi muniti della disponibilità dell'area per l'ecocentro e il rilascio delle autorizzazioni richieste per il suo esercizio (in quanto l'area e le relative autorizzazioni non sarebbero state poste a disposizione dal Comune).

Da tali previsioni, contrariamente a quanto dedotto dall'a.t.i. Vesta, emerge che l'art. 6 non ha limitato l'ambito dei servizi oggetto della gara, ma ha unicamente individuato gli elementi indispensabili per la realizzazione dei servizi.

In altri termini, il capitolato speciale ha previsto che la partecipante alla gara avrebbe dovuto indicare l'importo offerto in relazione a tutti i servizi oggetto della gara, tra cui anche quello di gestione del centro multiraccolta per la raccolta differenziata, in relazione a tutte le fasi susseguenti alla acquisizione della disponibilità dell'area e, dunque, anche quelle inerenti alla sua realizzazione e gestione.

Ciò posto, dalla documentazione acquisita emerge che – per l'esecuzione dei servizi di gara - l'a.t.i. Vesta ha presentato una offerta pari all'importo annuo di euro 1.378.924,60 (corrispondente al ribasso dello 0,077%), con la precisazione però che «l'offerta non è comprensiva degli oneri per la realizzazione e la gestione della stazione di travaso e dell'ecocentro, in quanto allo stato attuale non quantificabili».

Come risulta anche dalla tabella «scheda riepilogo costi servizi», la stessa offerta economica non ha dunque riguardato quanto meno le spese di realizzazione e di gestione del servizio (anche ove si ritenga rilevante, per il mancato computo dei relativi oneri, la dichiarazione sulla già acquisita disponibilità dell'area).

Poiché l'a.t.i. Vesta ha presentato una offerta incompleta, risulta effettivamente illegittimo l'atto con cui il Comune la ha ammessa alla gara, sicché il sesto motivo dell'appello incidentale va respinto.

11. La conferma della statuizione sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara dell'a.t.i. Vesta comporta l'improcedibilità del sesto (p. 34-37) e del settimo motivo (p. 37-40) dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas (sulla sussistenza di ulteriori ragioni di difformità dell'offerta dell'a.t.i. Vesta dal bando, già dedotte col quarto ed il sesto motivo del ricorso incidentale).

12. Acquista rilievo, a questo punto, il primo motivo dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas, il cui esame è stato sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria, per il suo carattere di massima.

Nel caso di specie, due sole offerte sono state ammesse alla gara (in quanto una terza è stata esclusa con un atto divenuto inoppugnabile).

L'ordinanza di rimessione ha compiutamente richiamato la articolata giurisprudenza di questo Consiglio sulla questione se – nel caso di ammissione alla gara di due offerte - continui a sussistere l'interesse a ricorrere della impresa ricorrente principale, quando risulti fondato il ricorso incidentale della aggiudicataria sulla illegittimità della sua ammissione alla gara:

a) per l'orientamento 'tradizionale', va applicata la regola per cui il ricorso principale diventa improcedibile per difetto di legittimazione;

b) per un orientamento più recente, va esaminato dapprima il ricorso incidentale e, anche nel caso di sua fondatezza, resta ammissibile il ricorso principale, in ragione dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara;

c) per un ulteriore minoritario orientamento, va esaminato dapprima il ricorso principale e, solo nel caso di sua fondatezza, sorge l'interesse della aggiudicataria all'esame del suo ricorso incidentale, avente 'carattere accessorio'.

13. Osserva al riguardo l'Adunanza Plenaria che la questione di massima sollevata con l'ordinanza di rimessione vada risolta tenendo conto:

a) delle disposizioni applicabili per il ricorso incidentale nel giudizio di impugnazione;

b) dei principi riguardanti l'ordine logico di trattazione delle questioni;

c) del principio di imparzialità del giudice, che deve trattare le parti in condizioni di parità.

13.1. Quanto alle disposizioni applicabili al ricorso incidentale, l'art. 22 della legge n. 1034 del 1971 ha richiamato l'art. 37 del testo unico approvato col regio decreto n. 1054 del 1924 e l'art. 44 del regio decreto n. 642 del 1907.

Essi hanno disciplinato le modalità formali ed il termine per la proposizione del ricorso incidentale, mentre per la sua incidenza sul contenuto della sentenza il citato art. 37, sesto comma, si è limitato a disporre che *«il ricorso incidentale non è efficace se è prodotto dopo la*

rinuncia al ricorso principale o se questo è dichiarato inammissibile per essere stato proposto fuori termine».

Con riferimento al giudizio di impugnazione, il legislatore si è dunque rimesso alla elaborazione giurisprudenziale, ponendo solo la regola - basata sul principio di economia processuale – per cui, se vi sono ragioni preclusive dell'esame della fondatezza del ricorso principale, diventa in sostanza improcedibile il ricorso incidentale, per sopravvenuta carenza di interesse.

L'art. 37, sesto comma, si è espressamente riferito ai soli casi in cui le censure del ricorso principale non possano essere esaminate perché esso è rinunciato o è tardivamente proposto, ma risulta senz'altro applicabile per identità di *ratio* anche quando esso vada dichiarato perento o improcedibile per il superamento del termine del suo deposito.

In tali casi, in cui il ricorso incidentale diventa improcedibile, ben può affermarsi che questo è subordinato e accessorio a quello principale.

13.2. Qualora il ricorso principale sia stato tempestivamente notificato e depositato, e non seguito dalla perenzione o dalla rinuncia, nell'assenza di indicazioni normative sul ricorso incidentale, sull'ordine di trattazione dei due ricorsi e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, l'operato del giudice amministrativo nella soluzione delle anzidette questioni non può che ancorarsi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità.

13.2.1. 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'illegitima 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'illegitima 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).

13.2.2. In altri casi, il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte - abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale.

Infatti, ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina):

- l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili;

- il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

Anche in tal caso, il ricorso incidentale costituisce una eccezione in senso tecnico, che, se accolta, preclude l'esame del ricorso principale, senza condurre all'annullamento dell'atto impugnato.

Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare con priorità il ricorso principale che risulti infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale.

13.2.3. In tutti questi casi, dunque, il giudice si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, giungendo a determinare una soccombenza che di per sé comunque si produrrebbe (sia pure in base a una diversa *ratio decidendi*) anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (e che, dunque, si basa su statuizioni rispettose del principio della parità delle parti).

13.3. Nel caso in esame (caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara), il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio sopra richiamato, sulla improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con più di due offerte ammesse.

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 gennaio 2003, n. 1).

Inoltre, anche per la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee è meritevole di tutela l'interesse della 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 (CGCE, 11 gennaio 2005, in C-26/03, § 40-41).

Qualora siano state ammesse alla gara solo le loro due offerte, non si può dunque affermare che sussisterebbe un interesse di mero fatto della ricorrente principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale evidenzia l'illegittimità dell'atto che l'abbia ammessa alla gara.

Infatti, la stessa ricorrente principale – pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara – in base al principio 'il più contiene il meno' conserva l'interesse 'minore' e 'strumentale' a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione della aggiudicataria e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore (Sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6990, § 2.2.).

13.4. Rilevato che l'accoglimento del ricorso incidentale non fa venire meno l'interesse a ricorrere della ricorrente principale (quale titolare del descritto interesse strumentale), sorge la questione se – come ritenuto da un orientamento segnalato nella ordinanza di rimessione – questa soluzione debba intendersi preclusa perché andrebbe esaminato con priorità il ricorso principale.

Per tale impostazione, la fondatezza del ricorso principale comporterebbe l'improcedibilità di quello incidentale (in quanto proposto da una impresa il cui atto di ammissione alla gara è risultato illegittimo), con la

conseguente preclusione processuale per la verifica della legittimità dell'atto di ammissione alla gara della stessa ricorrente principale.

Ad avviso della Adunanza Plenaria, questa conclusione non può essere condivisa, poiché non tiene conto della simmetria delle posizioni processuali della ricorrente principale e della aggiudicataria ricorrente incidentale, anch'essa titolare di un interesse 'strumentale' alla ripetizione della gara.

Infatti, qualora il TAR abbia accolto il ricorso principale ravvisando l'illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della aggiudicataria, anche questa – pur non potendo mantenere l'aggiudicazione a suo favore – è titolare di un interesse 'minore' e 'strumentale' alla ripetizione della gara, soddisfatto qualora risulti fondato il suo ricorso incidentale sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale.

Poiché le posizioni delle due imprese sono perfettamente simmetriche e speculari, non può ritenersi corretta la soluzione per la quale l'accoglimento del ricorso principale – quando è esaminato con priorità - renderebbe improcedibile il ricorso incidentale.

13.5. Per definire l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale e quali siano i conseguenti effetti processuali, nel caso di controversia tra le due uniche imprese che siano state ammesse alla gara, ritiene l'Adunanza Plenaria che sia decisivo il principio per il quale il giudice, per essere «*imparziale*», deve trattare le parti «*in condizioni di parità*».

Tale principio è espressamente affermato dall'art. 111, secondo comma, della Costituzione, nonché dall'art. 6 della Convenzione Europea

dei diritti dell'uomo (direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale, poiché per l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht, modificato dal Trattato di Amsterdam, l'Unione Europea annovera - tra i «*principi generali del diritto comunitario*» - «*i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*»).

Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, dunque, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.

Quanto precede comporta che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice:

a) per ragioni di economia processuale, può esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale), ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale);

b) in base al principio della parità delle parti, non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni;

c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve tenere conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro, quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore.

In tal caso, dunque, il ricorso incidentale ha natura impugnatoria dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale, la cui efficacia precluderebbe l'indizione di quella ulteriore.

14. Per le ragioni che precedono, va respinto il primo motivo dell'appello principale dell'a.t.i. Acegas, poiché la sentenza gravata ha correttamente esaminato il ricorso principale, pur dopo aver accolto il suo ricorso incidentale (sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara dell'a.t.i. Vesta).

15. Va ora esaminato il quarto motivo dell'appello principale (p. 26-33), con cui l'a.t.i. Acegas ha chiesto la riforma della statuizione con cui il TAR ha annullato l'atto che la ha ammessa alla gara.

15.1. In accoglimento del quinto motivo del ricorso principale di primo grado dell'a.t.i. Vesta, il TAR ha ritenuto che l'offerta dell'a.t.i. Acegas abbia violato l'art. 11 del bando (per il quale, nel caso di raggruppamenti di imprese, a pena di esclusione «il requisito relativo al fatturato dovrà essere posseduto dall'impresa mandataria nella misura minima del 60%, la restante percentuale deve essere posseduta dalle mandanti per almeno il 20% ciascuna. Le dichiarazioni relative ai requisiti

minimi di partecipazione ed alla documentazione per partecipare alla gara dovranno essere inviate per ciascuna delle imprese associate»).

In particolare, ad avviso del TAR la commissione di gara non ha verificato se ciascuna società mandante dell'a.t.i. Acegas fosse in possesso del requisito del 20% della «restante percentuale», prevista dall'art. 11.

15.2. L'a.t.i. Acegas ha impugnato tale statuizione del TAR, deducendo che l'art. 11 del bando non potrebbe essere interpretato nel senso che abbia chiesto, a pena di esclusione, un 'limite dimensionale' delle imprese mandanti rispetto alla impresa mandataria, sicché legittimamente la commissione – ispirandosi al criterio del *favor participationis* - lo avrebbe interpretato nel senso che la congruità dei fatturati delle mandanti vada riferita al valore dell'appalto.

15.3. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la censura così riassunta vada respinta, perché infondata.

Come ha correttamente rilevato la sentenza gravata (ed è stato riconosciuto dall'amministrazione comunale nei suoi scritti), l'art. 11 del bando - non impugnato nel corso del giudizio - ha previsto due distinti requisiti, rispettivamente riguardanti l'impresa mandataria e quelle mandanti.

Per la mandataria, l'art. 11 ha disposto il possesso del requisito relativo al fatturato «nella misura minima del 60%».

Per «la restante percentuale», vale a dire al massimo il 40% del fatturato complessivo, ogni impresa mandante avrebbe dovuto possedere «almeno il 20% ciascuna».

In tal modo, l'art. 11:

- ha imposto alla commissione di gara la verifica sul come le imprese, componenti l'a.t.i, abbiano concorso alla formazione del fatturato complessivo;

- ha previsto un requisito di partecipazione, basato sul rapporto di proporzione del fatturato delle imprese, rispetto al quale la mandataria deve essere oggettivamente di dimensioni maggiori in ragione del fatturato pari ad almeno il 60% di quello complessivo, rispetto alle mandanti, le cui dimensioni non possono essere troppo esigue, in ragione del fatturato pari ad almeno un quinto di quello totale riferibile alle mandanti.

Poiché la commissione ha ammesso l'a.t.i. Acegas senza verificare il rispetto dei requisiti previsti dall'art. 11, va confermata la statuizione di accoglimento del quarto motivo.

16. Prima della proposizione degli appelli, in data 31 marzo 2007 la commissione di gara ha dato esecuzione alla statuizione del TAR (sopra confermata) di annullamento dell'ammissione della a.t.i. Acegas ed ha effettuato la verifica prevista dall'art. 11.

In sede di rivalutazione dell'offerta, la commissione ha escluso la stessa a.t.i. dalla gara, in quanto la mandante s.r.l. Ecologica non è risultata in possesso del requisito del 20%, rapportato alla «restante percentuale» del fatturato.

Poiché tale atto è rimasto incontestato, vanno dichiarati improcedibili i motivi dell'appello incidentale dell'a.t.i. Vesta, sulla sussistenza di ulteriori ragioni di difformità dell'offerta dell'a.t.i. Acegas dalle previsioni del bando.

17. Resta da esaminare il quinto motivo dell'appello principale (p. 33-34), con cui l'a.t.i. Acegas ha lamentato l'erroneità della statuizione con cui il TAR ha accolto il sesto motivo del ricorso principale ed ha annullato l'art. 11, lettera d), del capitolato speciale d'appalto per violazione dell'art. 12 del d.lg. n. 157 del 1995.

Tale motivo va dichiarato improcedibile per carenza di interesse, poiché – a seguito della conferma delle statuizioni del TAR – va indetta una nuova gara, con la conseguente irrilevanza del bando del 23 settembre 2005 e del relativo capitolato speciale d'appalto.

18. Infine, vanno dichiarati improcedibili i primi cinque motivi dell'appello incidentale, con cui l'a.t.i. Vesta ha chiesto che, in riforma della sentenza del TAR, siano accolti il primo, il terzo, il quarto, il settimo e l'ottavo motivo del suo ricorso originario di primo grado..

Infatti, tutte tali censure sono state rivolte avverso l'atto di ammissione alla gara dell'aggiudicataria a.t.i. Acegas per il caso di accoglimento del quinto motivo dell'appello principale.

Poiché questo motivo è stato respinto (al precedente § 15.3.), vanno dichiarate improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, le ulteriori censure della a.t.i. Vesta, secondo cui l'a.t.i. Acegas non poteva essere ammessa alla gara.

19. Per le ragioni che precedono, ferme restando le statuizioni già rese dalla Sezione Quinta, l'appello principale e l'appello incidentale vanno in parte respinti e in parte dichiarati improcedibili, con conferma della sentenza gravata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio, per le stesse ragioni che hanno indotto la Sezione Quinta a rimettere gli appelli all'esame della Adunanza Plenaria.

Per questi motivi

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), pronunciando sull'appello n.r.g.247 del 2007 della Sez. V (n.r.g. 11 del 2008 dell'Adunanza Plenaria), in parte respinge e in parte dichiara improcedibili l'appello principale e l'appello incidentale, nei sensi precisati in motivazione, e conferma la sentenza gravata.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 ottobre 2008, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Paolo	Salvatore	- Presidente del Consiglio di Stato
Giovanni	Ruoppolo	- Presidente di Sezione
Gaetano	Trotta	- Presidente di Sezione
Luigi	Maruotti	- Consigliere di Stato relatore
Pier Luigi	Lodi	- Consigliere di Stato
Giuseppe	Romeo	- Consigliere di Stato
Paolo	Buonvino	- Consigliere di Stato
Luciano	Barra Caracciolo	- Consigliere di Stato

Cesare	Lamberti	- Consigliere di Stato
Aldo	Fera	- Consigliere di Stato
Filoreto	D'Agostino	- Consigliere di Stato
Claudio	Marchitiello	- Consigliere di Stato
Domenico	Cafini	- Consigliere di Stato

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10 Novembre 2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Dirigente

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N. 00004/2011REG.PROV.COLL.

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

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



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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

contro

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

nei confronti di

Eredi Giuseppe Mercuri Spa, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Sirti Spa, Rti - Consorzio Armatori Ferroviari Scpa, rappresentati e difesi dagli avv. Benedetto Giovanni Carbone, Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via degli Scipioni n. 288;
G.E. Transportation System Spa, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI, Ati - Sifel Spa, Ati - Clf Costruzioni Linee Ferroviarie Spa, Ati - Tozzi Sud Spa, Ati - Esim Srl, Ati - Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. Pa, rappresentati e difesi dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

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

contro

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

per la riforma

a) quanto al ricorso n. 3321 del 2010:

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

b) quanto al ricorso n. 4471 del 2010:

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

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

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

Alla procedura selettiva partecipavano tre concorrenti.

All'esito della gara:

- l'appalto era aggiudicato all'associazione temporanea di imprese (a.t.i.) di cui era mandataria la società Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. (di seguito: "MERCURI");

- seconda classificata era l'a.t.i. con mandataria la SITE s.p.a. (d'ora innanzi: "SITE");

- terza classificata, infine, era l'a.t.i. di cui era mandataria la società G.E. Transportation System s.p.a. (d'ora innanzi: "GETS").

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) dichiarava improcedibile, "per cessazione della materia del contendere", le censure proposte da SITE con il ricorso principale e con il primo atto di motivi aggiunti, concernenti la contestata brevità dei termini per la presentazione delle offerte;
- b) dichiarava irricevibili le censure, di cui al primo atto di motivi aggiunti, contro l'ammissione in gara della prima classificata, in base all'argomento secondo cui i motivi aggiunti avrebbero dovuto essere proposti entro il

termine dimezzato di 30 giorni, ai sensi dell'articolo 23-bis della legge n. 1034/1971, e non entro il termine ordinario di 60 giorni, decorrente dalla conoscenza degli atti;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. In entrambi i giudizi si è costituita FSE, contestando gli appelli principali e gli appelli incidentali e manifestando, comunque, l'interesse all'esame, nel merito, di tutte le questioni concernenti la legittimità del proprio operato.

10. Con ordinanza 18 gennaio 2011 n. 351, la Sesta Sezione ha disposto la riunione dei due appelli, attesa la loro evidente connessione oggettiva e soggettiva.

La pronuncia, riservando la valutazione delle diverse questioni preliminari di ammissibilità e di ricevibilità presentate dalle parti, ha deferito l'esame dei ricorsi all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'articolo 99 del codice del processo amministrativo.

In sintesi, i numerosi punti di diritto sottoposti all'esame della Plenaria sono i seguenti.

a) Ai sensi dell'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo, è deferita la questione riguardante l'ordine di esame del ricorso principale e di quelli incidentali, nei casi di contenzioso su gare di appalto, quando tutti i concorrenti siano in giudizio nella qualità di ricorrenti principali (i partecipanti diversi dall'aggiudicatario), o in quella, contrapposta, di ricorrenti incidentali (l'aggiudicatario ed eventualmente gli altri concorrenti collocati in posizione migliore in graduatoria rispetto al ricorrente). A questo riguardo, l'ordinanza prospetta, esplicitamente, la necessità di modificare in modo radicale l'indirizzo interpretativo espresso dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 10 novembre 2008 n. 11.

b) L'ordinanza deferisce all'esame della Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 5, del codice del processo amministrativo, nell'interesse della legge, pur delineandone la non diretta rilevanza nella controversia in esame, le questioni concernenti:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'accoglimento di questo specifico motivo di appello costituisce il passaggio logico indispensabile per assegnare

rilevanza pregiudiziale, anche nel processo n. 3321/2010, al problema del rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale e al loro esatto ordine di esame.

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

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

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

A dire del TAR, i motivi aggiunti, nel vigore dell'articolo 23-bis della legge n. 1034/1971 e dell'articolo 245 del codice del processo amministrativo, sono soggetti alla regola del "dimezzamento" dei termini, e, pertanto, devono essere notificati entro trenta giorni.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) accolto i ricorsi incidentali proposti dalle due controinteressate;
- b) dichiarato assorbito il ricorso principale proposto da GETS.

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

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

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

La pronuncia attribuisce notevole peso sistematico, poi, anche ai principi di imparzialità del giudice e di parità delle parti, affermando che essi incidono, in modo determinante, sull'applicazione delle regole usuali relative all'ordine di trattazione delle questioni.

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

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

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

I punti richiamati sono, sommariamente, i seguenti:

- a) il sistema elaborato dalla giurisprudenza favorisce una “litigiosità esasperata”;
- b) la soluzione indicata dalla pronuncia n. 11/2008 non garantisce la soddisfazione dell'interesse primario del concorrente (l'aggiudicazione dell'appalto);
- c) tale indirizzo interpretativo rende “estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l'esecuzione dell'opera pubblica”.

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

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

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

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

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

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

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

- b) la stazione appaltante abbia interesse a rinnovare il bando;
- c) in sede di rinnovazione del bando non vengano inserite nuove clausole che potrebbero rivelarsi impeditive della partecipazione.

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

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

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

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

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

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

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

In questo senso, deve essere accuratamente valorizzato, in tutte le sue implicazioni, il principio della domanda, che contrassegna il sistema attuale della giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione “di diritto soggettivo”.

Inoltre, deve essere sottolineata la funzione difensiva del ricorso incidentale, che affonda le proprie radici nelle elaborazioni più consolidate della teoria del processo ed è recepita dalla nuova disciplina positiva introdotta dal codice.

Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale, poi, va correttamente definito in funzione della dialettica processuale (ovviamente paritaria) tra le parti, tenendo conto del ruolo “terzo” del giudice, chiamato a risolvere la controversia seguendo, imparzialmente, il corretto ordine logico di esame dei temi proposti.

27. In sintesi, l’Adunanza plenaria, per definire la soluzione del problema, ritiene necessario svolgere i seguenti punti:

- a) l’esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall’attore;
- b) il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell’azione, comprensivo dell’accertamento della legittimazione ad

agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali;

c) il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda;

d) la nozione di "interesse strumentale" non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore;

e) salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva.

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

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

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

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

L'eventuale reiezione della domanda per "ragioni processuali", collegate alla riscontrata carenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), non rappresenta l'affermazione di un risultato meramente "formale". Al contrario, costituisce l'esito fisiologico, pienamente congruente con le regole costituzionali in materia di tutela giurisdizionale, della valutazione in ordine alla titolarità, in capo all'attore, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

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

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

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

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

31. La pregiudizialità logica della verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso si manifesta sempre,

indipendentemente dallo strumento processuale utilizzato per evidenziare la questione.

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

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

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

Ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale.

E la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

32. Il Collegio, pertanto, ritiene che debba essere confermato il più risalente indirizzo interpretativo (Consiglio Stato, sez. VI, 6 marzo 1992, n. 159), in forza del quale il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

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

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

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

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

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

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

- a) formula un'eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale;
- b) propone una vera e propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto;
- c) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, ad ottenere una pronuncia che precluda

l'esame del merito del ricorso principale.

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

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

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

34. Ciò chiarito, si tratta di stabilire, allora, quali siano i presupposti in presenza dei quali un soggetto possa assumere il necessario titolo per la proposizione del ricorso contro gli atti di affidamento di un contratto pubblico.

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

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

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

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

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

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

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

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

ulteriori, convergenti, dati significativi.

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

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

E, si ripete, la capacità di questo dato empirico di influire significativamente sulla legittimazione al ricorso risulta ulteriormente circoscritta quando l'interesse in questione non si collega in modo immediato ed evidente con un determinato bene della vita (la concreta probabilità di ottenere l'appalto), ma si atteggia come mera prospettiva della ripetizione del procedimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura;

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

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

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

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

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

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

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

40. Al di fuori delle ipotesi tassativamente enucleate dalla giurisprudenza, pertanto, deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, 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 questa veste, il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta). Ma l'interesse strumentale allegato, in questo modo, potrebbe assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L’Adunanza Plenaria, quindi, non condivide:

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

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

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

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

Secondo tale pronuncia, quindi, è inammissibile, per difetto all’interesse, la doglianza mossa contro

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Secondo tale pronuncia, diversamente dal non partecipante alla gara che spera in una gara successiva o dal

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

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

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

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

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

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

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

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

48. L'ordinanza di rinvio alla Plenaria, nell'offrire la conclusione secondo cui l'esame del ricorso incidentale "escludente" debba assumere sempre carattere preliminare, rispetto all'esame del ricorso principale, prospetta, sia pure sinteticamente, il dubbio che tale principio possa subire dei "temperamenti", qualora il ricorso principale si diriga contro il bando di gara, e solo in via derivata, per illegittimità consequenziale, contro l'ammissione in gara dell'aggiudicatario e gli ulteriori atti del procedimento.

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

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

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

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

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

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

In questa cornice di riferimento, potranno prospettarsi una pluralità di situazioni concrete, che dovranno essere giudicate diversamente, ma sempre sulla base del criterio secondo cui assume in ogni caso carattere pregiudiziale, rispetto alla valutazione del merito, l'esame delle questioni concernenti la legittimazione della parte attrice.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

54. In conclusione, quindi, deve essere affermato il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a

contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

59. Si deve aggiungere che nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo

alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva (non rileva in questa sede, afferendo a momento successivo alla gara, la questione del possesso dei requisiti al momento della stipulazione).

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

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

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

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

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

61. Inoltre, in tale dichiarazione si attesta che:

- in data 9 ottobre 2009 SITE ha presentato domanda per il riottenimento della qualificazione nelle classi di importo possedute precedentemente;
- in data 10 novembre 2009 è stato notificato l'esito di tale domanda;
- per la definizione della qualificazione sono stati presi in considerazione i certificati di regolare esecuzione dei lavori realizzati nei 60 mesi antecedenti la presentazione della domanda di rinnovo dell'11 giugno 2009.

62. Da tale dichiarazione non si evince:

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

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

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

qualificazione già posseduta, è concesso il prolungamento della qualificazione di 3 anni a partire dalla data di scadenza.

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

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

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

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

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

L’appello è infondato.

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

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

In particolare, nel corso del giudizio di primo grado, MERCURI aveva prodotto in giudizio copia degli aggiornamenti del “Sistema di qualificazione delle imprese per la realizzazione degli impianti di segnalamento ferroviario”, di R.F.I. s.p.a., datati rispettivamente 23 settembre 2009 e 20 ottobre 2009, dai quali risulta l’attribuzione a GETS della classe 4 (importo fino a 2,5 milioni di euro).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pertanto, non è condivisibile l'opinione di GETS, la quale ribadisce di avere trasmesso a R.F.I. s.p.a. tutte le

certificazioni necessarie per la riqualificazione nella categoria LIS 002 – classe 7 (importo oltre 8 milioni di euro).

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

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

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

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

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

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

67. In definitiva, quindi:

- va accolto, parzialmente, l'appello n. 3321/2010, proposto da SITE, limitatamente alla declaratoria di irricevibilità dei motivi aggiunti;
- va accolto l'appello incidentale proposto da Mercuri, nell'ambito del giudizio n. 3321/2010, nella parte in cui ripropone il ricorso incidentale di primo grado;
- conseguentemente devono essere dichiarati inammissibili le censure proposte da SITE con il proprio ricorso principale di primo grado e con i connessi motivi aggiunti, per difetto di legittimazione;
- l'appello n. 4471/2010, proposto da GETS, deve essere respinto.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

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

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

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

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

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite;

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

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

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

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

Il Dirigente della Sezione

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Sentenza 21 giugno 2012, n. 10294

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Paolo Vittoria Primo Presidente ff

Dott. Roberto Preden Presidente di sezione

Dott. Salvatore Salvago Consigliere

Dott. Luigi Macioce Consigliere

Dott. Ettore Bucciante Consigliere

Dott. Giovanni Amoroso Consigliere

Dott. Roberta Vivalfi Consigliere

Dott. Giuseppe Napoletano Consigliere

Dott. Francesco Tirelli Cons. rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

spa SITE, in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo d'impresе con Ducati Sistemi spa, Balfour Beatty Rail spa e Armafer srl, elettivamente domiciliata in Roma, via Cosseria 2, presso Alfredo Placidi, rappresentata e difesa per procura in atti dall'avv. Pietro Quinto;

- ricorrente -

nei confronti di

srl Ferrovie del SUD EST e Servizi Automobilistici, elettivamente domiciliata in Roma, via del Babuino 107, presso l'avv. Angelo Schiano, che la rappresenta e difende per procura in atti unitamente all'avv. Luciano Ancora;

- controricorrente -

spa Eredi Giuseppe M., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Sirti spa e Rti - Consorzio Armatori Ferroviari spa, elettivamente domiciliata in Roma, via degli Scipioni 288, presso lo studio dell'avv. Benedetto Giovanni Carbone, che la rappresenta e difende per procura in atti unitamente all'avv. Fulvio Mastroviti;

- controricorrente -

Spa G.E. Transportation System, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Sifel spa, Clf

Costruzioni Linee Ferroviarie spa, Tozzi Sud spa, Esim srl e Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop. pa;

- intimata -

per la cassazione della sentenza n. 4/2011, depositata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il 7/4/2011.

OGGETTO: Appalti pubblici. Aggiudicazione della gara. Impugnazione.

Comparsi gli avv. Quinto, Carbone, Ancora e Schiano;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/5/2012 dal Relatore Cons. Francesco Tirelli;

Sentiti gli avv. Quinto, Carbone ed Ancora;

Udita la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona

dell'Avvocato Generale dr. Raffaele Ceniccola, il quale ha concluso per la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso;

La Corte,

La spa SITE ha proposto ricorso contro la sentenza in epigrafe indicata, di cui ha chiesto la cassazione con ogni conseguenziale statuizione.

La spa Eredi Giuseppe M. e la srl Ferrovie del SUD EST e Servizi Automobilistici hanno resistito con controricorso e depositata memoria da tutte le parti, la controversia è stata decisa all'esito della pubblica udienza del 22 maggio 2012.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Dalla lettura della sentenza impugnata emerge in fatto che dovendo procedere alla progettazione ed alla realizzazione di lavori per euro 136.162.402,97, la srl Ferrovie del SUD EST e Servizi Automobilistici (d'ora in avanti FSE) ha bandito una gara cui hanno partecipato la spa Eredi Giuseppe M., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Sirti spa e Rti - Consorzio Armatori Ferroviari scpa (d'ora in avanti M.), la spa SITE, in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo d'impresе con Ducati Sistemi spa, Balfour Beatty Rail spa e Armafer srl (d'ora in avanti SITE) e la spa G.E. Transportation System, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Sifel spa, Clf Costruzioni Linee Ferroviarie spa, Tozzi Sud spa, Esim srl e Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop. pa (d'ora in avanti GETS).

All'esito della selezione, la M. si è classificata al primo posto, la SITE al secondo e la GETS al

terzo.

La FSE ha aggiudicato la gara alla M.

Sia la SITE che la GETS hanno però proposto autonomi ricorsi al TAR della Puglia, con i quali hanno fra l'altro sostenuto che la M. non avrebbe potuto partecipare alla selezione per difetto dei necessari requisiti.

La M. ha difeso la correttezza dell'aggiudicazione in suo favore, sostenendo con distinti ricorsi incidentali che erano, invece, la SITE e la GETS che avrebbero dovuto essere escluse dalla gara.

Per quanto ancora interessa in questa sede, il TAR adito ha pronunciato separate sentenze con le quali ha dichiarato l'irricevibilità o l'inammissibilità delle predette censure della SITE e della GETS.

Quest'ultime hanno interposto appello al Consiglio di Stato.

Anche la M. ha interposto appello, reiterando le proprie contestazioni e la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, riuniti i gravami, ne ha deferito l'esame all'Adunanza Plenaria affinché si pronunciasse sul rapporto fra ricorso principale e incidentale, nonché sul loro ordine di esame nel contenzioso in materia di appalti pubblici.

Dato atto di quanto sopra, l'Adunanza Plenaria ha fissato 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".

Tanto chiarito, l'Adunanza Plenaria è poi passata a valutare le obiezioni svolte contro la partecipazione della SITE e della GETS, pervenendo alla conclusione che la prima avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione, mentre la seconda non era in possesso dei requisiti soggettivi per il conseguimento dell'appalto.

Le ha ritenute, pertanto, entrambe non legittimate, omettendo perciò di procedere all'esame delle censure dalle medesime formulate.

2) La SITE ha impugnato con tre motivi, prima d'illustrare i quali appare opportuno ricordare che l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale che mettano entrambi in discussione la legittimità dell'ammissione alla gara della controparte, ha ricevuto diverse risposte in dottrina e in giurisprudenza.

Ad un orientamento secondo il quale andava esaminato per primo il ricorso incidentale, che ove accolto comportava l'improcedibilità di quello principale per difetto di legittimazione, se ne era infatti contrapposto un altro secondo il quale occorreva cominciare, invece, dal ricorso principale, la cui fondatezza precludeva lo scrutinio di quello incidentale.

A tali orientamenti principali si era in seguito aggiunto un terzo filone, secondo il quale non esisteva un ordine rigido di trattazione, sicché il giudice era libero di scegliere l'impugnazione da cui cominciare con l'obbligo, però, di esaminare la seconda pure nel caso di riconosciuta fondatezza della prima, dato che tale accertamento non faceva venir meno l'interesse "minore" o "strumentale" della parte a vedere travolta anche l'ammissione dell'altra in modo di arrivare alla ripetizione della gara previa indizione di un nuovo bando.

3) Per porre fine al contrasto, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, che con [sentenza n. 11 del 2008](#), resa in un caso di gara con due uniche partecipanti, ha ricordato innanzitutto che in base alla giurisprudenza comunitaria e amministrativa, un'impresa è titolare di un interesse meritevole di tutela non soltanto quando cerca di procurarsi l'aggiudicazione della gara, ma pure quando mira a provocarne l'annullamento di tutti gli atti al fine di farla rinnovare.

Ciò posto e sottolineato, inoltre, che nella ipotesi di censure paralizzanti incrociate, l'aggiudicataria ricorrente incidentale e la sua rivale ricorrente principale si trovano in posizione assolutamente simmetrica e speculare, l'Adunanza Plenaria ha quindi considerato che per risultare veramente imparziale come gli artt. III Cost. e 6 CEDU gli impongono di essere, il giudice deve trattare i contendenti in posizione di parità.

Ne discende che le sue scelte in tema di ordine di esame dei ricorsi non possono incidere sull'esito della lite, nel senso che non gli è concesso "statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, perché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara".

Qualunque sia, cioè, l'impugnazione scrutinata per prima, il giudice deve affrontare anche l'altra perché i criteri logici da lui seguiti nell'esame dei ricorsi non possono determinare la soccombenza di una delle imprese a vantaggio dell'altra ed in violazione del principio di parità delle parti.

La pronuncia è stata variamente accolta dalla dottrina e non ha sopito i dubbi della giurisprudenza, una parte della quale ha continuato a reputare più corretta la regola della precedenza del ricorso incidentale che, oltretutto, si attaglierebbe meglio alla diversa consistenza dell'interesse, "a dir poco ipotetico", del ricorrente principale rispetto a quello, indubbio ed attuale, dell'aggiudicatario e dell'Amministrazione, cui un'esasperata litigiosità poteva rendere estremamente difficoltosa se non addirittura impossibile la realizzazione dell'opera in tempi ragionevoli.

4) A soli due anni di distanza, la questione è stata perciò nuovamente rimessa all'Adunanza Plenaria, che con la sentenza richiamata in epigrafe ha in primo luogo sottolineato che proprio l'esigenza di piena attuazione dei principi di parità delle parti e d'imparzialità del giudice, impongono a

quest'ultimo d'individuare l'esatto ordine di trattazione delle questioni e di non alterarne mai la corretta sequenza.

A questo riguardo, ha poi premesso che la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse della legge, bensì ai fini dell'accertamento della fondatezza o meno della pretesa sostanziale avanzata dalla parte attrice.

Il ricorso, dunque, non rappresenta soltanto la mera "occasione" dell'intervento del giudice, ma ne costituisce il presupposto necessario, di modo che il controllo sulla legittimazione della parte che l'ha proposto assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito, indipendentemente dallo strumento processuale utilizzato per sollevare la questione.

Sia, perciò, che la legittimazione sia stata contestata con una semplice eccezione difensiva, sia che abbia formato oggetto di un vero e proprio ricorso incidentale, la verifica della sua esistenza riveste sempre carattere prioritario anche in considerazione dell'inequivoco disposto dell'art. 276, comma 2, cod. proc. civ. (richiamato dall'art. 76, comma 4, cod. proc. amm.), secondo il quale il giudice deve "decide(re) gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili di ufficio e, quindi, il merito della causa".

Quello che in altre parole conta non è, dunque, la modalità di emersione del problema, ma il suo contenuto, con la conseguenza che già per questo solo fatto vanno definitivamente abbandonate quelle risalenti concezioni che concedevano ingresso al ricorso incidentale solo in caso di riconosciuta fondatezza di quello principale.

Tale ormai datato orientamento risulta, per di più, superato dall'evoluzione legislativa, che ha fortemente attenuato l'iniziale connotazione rigidamente accessoria del ricorso incidentale, confermando così che il suo esame non deve imprescindibilmente seguire quello principale, ma può precederlo ogni qual volta deduce questioni ostative o preclusive del suo scrutinio.

Fra tali questioni rientra sicuramente anche quella relativa alla legittimazione al ricorso, che riguarda un profilo nettamente distinto da quello concernente l'interesse al ricorso medesimo, ovverosia l'utilità in concreto ritraibile dal suo accoglimento.

La legittimazione al ricorso consiste, infatti, nella titolarità di una posizione differenziata, protetta dall'ordinamento e riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione.

La possibilità di ricavare un vantaggio dalla sentenza di annullamento riguarda, invece, il risultato pratico del processo e seppure vale, talvolta, come indizio della esistenza della predetta posizione differenziata, non la dimostra in ogni caso e, comunque, non in quello in cui, come nella ipotesi di specie, si tratta del cosiddetto interesse strumentale alla ripetizione della gara e, cioè, di una utilità meramente ipotetica ed eventuale che richiede, per la sua compiuta realizzazione, il passaggio

attraverso una pluralità di fasi ed atti rimessi alla più ampia discrezionalità dell'Amministrazione.

Certamente, l'ordinamento processuale sta da tempo manifestando la tendenza ad ampliare i casi di legittimazione al ricorso, ma simile allargamento non si è esteso al punto da introdurre una nuova regola generale d'indifferenziata titolarità basata sulla mera qualificazione soggettiva d'imprenditore potenzialmente interessato alla rinnovazione della gara.

Al di fuori delle poche deroghe tassativamente enucleate, resta infatti fermo il principio, condiviso da tutta la giurisprudenza amministrativa, secondo il quale la legittimazione al ricorso nelle controversie in tema di affidamento di contratti pubblici spetta esclusivamente ai soggetti che hanno partecipato alla selezione, perché solo essi hanno acquisito una posizione sostanziale differenziata tutelabile davanti al giudice.

La partecipazione alla gara, poi, deve essere stata legittima, vale a dire accompagnata dal possesso di tutti i necessari requisiti, non potendo essere condiviso quell'orientamento c.d. moderato secondo il quale sarebbe sufficiente anche la semplice partecipazione "di fatto", in quanto pure in detta ipotesi l'impresa viene a porsi, per effetto dell'atto endoprocedimentale di ammissione, in una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri operatori economici del mercato di riferimento.

Si tratta, infatti, di una tesi non convincente perché dimentica del fatto che "l'accertamento della illegittimità dell'ammissione, presenta portata pienamente retroattiva", per cui "si riflette sui presupposti e sulle condizioni dell'azione in modo non dissimile da un provvedimento inoppugnabile di esclusione" che, secondo l'indirizzo assolutamente prevalente, esclude in radice la legittimazione perché retrocede l'impresa nelle stesse condizioni di quelle rimaste estranee alla procedura selettiva.

Pure il ricorso principale dell'impresa ammessa diviene perciò inammissibile nel caso di accertata fondatezza del ricorso incidentale escludente, da esaminare sempre per primo perché avente comunque rilievo pregiudiziale a prescindere dal numero dei concorrenti che hanno partecipato alla gara e dalle ragioni oggettive o soggettive per le quali la ricorrente principale non avrebbe dovuto esservi ammessa.

Diversamente opinando si tornerebbe ad "attribuire, ancora una volta, rilievo decisivo al profilo della utilità pratica ritraibile dalla sentenza, trascurando l'aspetto pregiudiziale della legittimazione" che, invece, deve essere affrontato con precedenza, salvo l'eccezionale esistenza di particolari situazioni che rendendo evidente la infondatezza o l'inammissibilità del ricorso principale, consentono di esaminarlo per primo per ovvie ragioni di economia processuale.

5) Sulla base di tali considerazioni ed accertato, altresì, che la SITE avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara così come sostenuto dalla M. nel suo ricorso incidentale, l'Adunanza Plenaria ne ha

dichiarato inammissibile il ricorso principale perché non avendo partecipato legittimamente alla selezione, la SITE non aveva titolo per contestare l'aggiudicazione dei lavori alla rivale, a nulla rilevando l'interesse pratico della all'annullamento della procedura ed alla sua successiva ripetizione.

La SITE ha, come si è detto, impugnato per tre motivi, con il primo dei quali ha dedotto "eccesso di potere giurisdizionale per mancato esercizio della funzione giurisdizionale in materia di appalti pubblici sottoposti alla disciplina comunitaria. Illegittimo diniego di legittimazione al processum. Violazione art. 360 n. 1 e 362 n. 1 cpc e art. 1, 2 e 3 cpa", lamentando che l'Adunanza Plenaria aveva ricollegato all'accoglimento del ricorso incidentale un effetto demolitorio che, in realtà, non sussisteva, in quanto essa SITE aveva continuato a mantenere la propria posizione di seconda classificata e, dunque, l'interesse e la legittimazione all'impugnazione, ignorando la quale il giudice a quo aveva sostanzialmente finito con l'abdicare all'esercizio della propria funzione giurisdizionale in violazione anche dei principi del giusto processo e della parità delle parti.

Con il secondo motivo la ricorrente ha dedotto "difetto sotto altro profilo dell'esercizio del potere giurisdizionale ex art. 111 Cost., art. 360 n. 1 e 362 n. 1 cpc. Violazione dell'art. 42 del cpa. Violazione del principio della parità delle parti nel processo", sostenendo che pure diversamente opinando e, cioè, anche ammettendo la possibilità di apprezzare il ricorso incidentale come una vera e propria domanda capace di travolgere la posizione in graduatoria di essa SITE, l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto riconoscere che anche tale domanda postulava lo stesso presupposto di quella principale, ovverosia quella legittima partecipazione alla gara che, dal canto proprio, aveva specificamente contestato con apposite censure, il cui mancato scrutinio integrava, perciò, un diniego di giustizia che, oltretutto, aveva procurato alla M. un indebito vantaggio contrario a diritto ed equità.

Con il terzo motivo, la ricorrente ha infine dedotto "mancato esercizio della funzione giurisdizionale derivante dalla violazione del principio della parità delle parti nel processo in conseguenza dell'ordine di trattazione delle domande contrapposte, rimesso alla scelta del giudice. Violazione art. 1 Direttiva 2007/66/CE", in quanto l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto rendersi conto che nella ipotesi in cui l'esito del giudizio mutava "a seconda del ricorso che si esamina per primo", la normativa internazionale, comunitaria e nazionale imponeva di esaminarli entrambi per scongiurare un evidente sviamento della funzione giurisdizionale, intesa come servizio "preordinato ad assicurare la giustizia sostanziale nei rapporti controversi".

La FSE e la M. hanno notificato separati controricorsi, con i quali hanno contestato la fondatezza delle avverse doglianze, di cui hanno chiesto il rigetto con vittoria di spese ed onorari.

La GETS non ha invece svolto attività difensiva, benché ritualmente intimata.

6) Il ricorso della SITE è ammissibile perché presenta i requisiti di legge e mira, coi suoi tre motivi, a sollevare una questione non meramente processuale, ma di giurisdizione, che anche dopo la riforma dell'art. 111 Cost. continua a rappresentare l'unico motivo per il quale possono impugnarsi le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (C. cass. nn. 3688 del 2009, 12539 del 2011, 16165 del 2011 e 5756 del 2012).

A questo proposito giova però ricordare che le norme sulla giurisdizione hanno subito una profonda evoluzione, passando da limite ai poteri del giudice nei confronti dell'Amministrazione o di altri giudici a strumento per una più appropriata tutela delle parti ([Corte cost. n. 77 del 2007](#)).

Nell'attuale sistema, cioè, la legge riserva la cognizione di una determinata domanda ad un giudice anziché ad un altro perché su quella specifica causa egli è in grado di fornire al richiedente una risposta più adeguata.

In una prospettiva del genere, in cui la funzione giudiziaria evoca, ormai, un'idea più di servizio che d'imperio, può insorgere una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione ([C. cass. n. 30254 del 2008](#)).

Al riguardo non va, tuttavia, trascurato che, nei limiti del ragionevole, il Legislatore è libero di fissare presupposti e condizioni per attivare o coltivare un processo, per cui se muovendosi nell'ambito di tali ultime disposizioni, il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda potrà semmai discutersi di violazione o falsa applicazione delle medesime, ma non di rifiuto di una tutela che la stessa legge non accorda in difetto di date condizioni o presupposti.

7) La decisione dell'Adunanza Plenaria non è stata condivisa da tutti i TAR che si sono in seguito pronunciati ed ha ricevuto le critiche di una parte della dottrina in quanto al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l'Amministrazione.

Secondo il sistema, cioè, ciascun interessato ha facoltà di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento.

Secondo l'interpretazione dell'Adunanza Plenaria, invece, l'esercizio della giurisdizione finisce per convalidare un assetto diverso da quello che (secondo l'assunto) si sarebbe avuto se la PA avesse condotto il procedimento secondo le regole.

Ciò genera indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare 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 (v. artt 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato.

Si tratta, però, di considerazioni che non bastano a giustificare la cassazione della decisione impugnata, in quanto la stessa 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.

Tale già sperimentata praticabilità di una diversa conclusione aumenta per un verso 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), ma dall'altro conferma che ciò di cui si discute è la bontà o meno di una nuova interpretazione e, dunque, di un possibile errore di diritto che non può formare oggetto di doglianza in questa sede.

Il ricorso della SITE va, pertanto, rigettato.

Sussistono, tuttavia, le condizioni per compensare integralmente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite,

rigetta il ricorso, compensando per intero le spese del presente giudizio fra le parti.

Roma, il 22 maggio 2012

Depositata in Cancelleria il 21 giugno 2012.