

Regione Siciliana - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Messina, Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilita', in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Catania, domiciliataria ex lege in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Rotigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ivan Randazzo in Catania, via Nicola Coviello, n. 27;

-OMISSIS-., -OMISSIS-., -OMISSIS-non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Previa sospensione cautelare degli effetti

Della nota Prot. n. 1204 del 5 agosto 2019, trasmessa via p.e.c., con la quale il Responsabile Unico del Procedimento della SRR Provincia – Società per la Regolamentazione del Servizio di Gestione dei Rifiuti SCPA ha comunicato che era stata aggiudicata al costituendo R.T.I. -OMISSIS-(s.r.l.) – -OMISSIS-. -OMISSIS- la gara di appalto per l'affidamento del lotto 2 (C.I.G. 7739240EDF) del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica nei Comuni della SRR appartenenti al citato lotto;

Della delibera del 5 agosto 2019, con la quale il Consiglio di Amministrazione della -OMISSIS-, ha approvato i precedenti atti e verbali di gara e la proposta di aggiudicazione definitiva del sopra citato lotto 2 dell'appalto per cui è causa e, in concreto, lo ha affidato al R.T.I. -OMISSIS-(s.r.l.) – -OMISSIS-. -OMISSIS-, graduando al secondo posto l'ATI -OMISSIS-./-OMISSIS-;

Della comunicazione “Errata Corrige” prot. n. 1240 del 10 agosto 2019, trasmessa via p.e.c., con la quale il Responsabile Unico del Procedimento della SRR Provincia – Società per la Regolamentazione del Servizio di Gestione dei Rifiuti SCPA ha comunicato che, con la nota prot. n. 1204 del 5 agosto 2019,

per errore era stata data comunicazione dell'aggiudicazione in favore del RTI -OMISSIS-(s.r.l.) – -OMISSIS-. – -OMISSIS- nonostante che il raggruppamento avesse comunicato la sostituzione della ditta -OMISSIS- con la ditta -OMISSIS-, dovendosi ritenere corretta l'aggiudicazione relativa al lotto 2 all'ATI -OMISSIS-(SRL) – -OMISSIS-SRL – -OMISSIS-SRL...; Seconda classificata ATI -OMISSIS-. -OMISSIS- SRL;

Del non conosciuto provvedimento/verbale del Consiglio di Amministrazione della SRR Provincia – Società per la Regolamentazione del Servizio di Gestione dei Rifiuti SCPA con il quale è stata rettificata l'aggiudicazione in favore del RTI -OMISSIS-(SRL) – -OMISSIS-SRL – -OMISSIS-SRL, con conferma della graduazione al secondo posto dell'ATI -OMISSIS-./-OMISSIS- srl, come comunicato dal RUP con la suddetta nota p.e.c. del 10 agosto 2019;

Dei verbali di gara n. 6/01, n. 6/02, n. 6/03, n. 6/04, n. 6/05, n. 6/06, n. 6/07, n. 6/08, n. 6/09, n. 6/10, conosciuti dopo la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, con la puntualizzazione che non sono conosciuti gli altri verbali dagli stessi richiamati, di cui si chiede pure l'annullamento; nonché del provvedimento con il quale è stato effettuato il soccorso istruttorio in favore dell'ATI -OMISSIS— -OMISSIS-. – -OMISSIS- ai fini della sostituzione della -OMISSIS-;

Del non conosciuto provvedimento con il quale è stata dichiarata efficace l'aggiudicazione in favore del costituendo r.t.i. controinteressato.

E PER LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA

del non conosciuto contratto di appalto ove stipulato tra i Comuni destinatari dell'esecuzione dell'appalto e l'ATI -OMISSIS— -OMISSIS-. – -OMISSIS-.

E PER IL RISARCIMENTO

del danno in forma specifica per effetto dell'annullamento del contratto di appalto e della dichiarazione di inefficacia del relativo contratto di appalto, previo accertamento e dichiarazione del diritto della -OMISSIS-. e della -OMISSIS-., in ATI, all'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa ed al

al Comune di -OMISSIS-, alla -OMISSIS-, alla -OMISSIS-, alla -OMISSIS-, alla -OMISSIS-, nonché depositato il 17 ottobre 2019 ai sensi degli artt.45, 119 co.2 e 120 co.3 c.p.a. presso la segreteria del T.A.R. Sicilia, Sezione Staccata di Catania, unitamente all'istanza di fissazione dell'udienza di merito ai sensi e per gli effetti degli artt.55 co.4 e 71 c.p.a., la -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, domandava, oltre al risarcimento del danno in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati dai Comuni interessati con l'aggiudicataria e subentro negli stessi al posto di quest'ultima, l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti, dell'aggiudicazione e degli atti in epigrafe indicati per i seguenti motivi: 1) *eccesso di potere per contraddittorietà con i paragrafi 7, 7.3 e 7.4. del disciplinare di gara, violazione di legge con riferimento agli articoli 48, 83, e 89, del decreto lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., e agli artt. 1344, 1339 e 1374 del codice civile* – perché la mandataria -OMISSIS- avrebbe comprovato il possesso dei requisiti prescritti dal punto 7.3 del disciplinare di gara ricorrendo integralmente ed esclusivamente all'avvalimento (per quanto concernete il punto 1, ed ossia il possesso di almeno un contratto, che ricomprenda la raccolta differenziata dei rifiuti con la modalità porta a porta e spazzamento, relativo ad un Comune e/compensorio avente un numero di abitanti pari o superiore a 28.227) dei requisiti della mandante – ausiliaria, dapprima, -OMISSIS- e, poi, della nuova mandante – ausiliaria subentrante -OMISSIS-, nonché (per quanto concerne il punto 2, ed ossia il possesso di almeno un contratto, relativo ad un Comune e/o un comprensorio di almeno 5.000 abitanti, per un servizio di raccolta differenziata porta a porta, con la modalità puntuale, nell'ambito del quale è stata raggiunta una percentuale di raccolta differenziata di almeno il 50%, ed il punto 3, ed ossia il possesso di almeno un contratto, nell'ambito del quale è stata effettuata la gestione di una isola ecologica (CCR) mediante il censimento dei conferimenti da parte degli utenti) dei requisiti della mandante – ausiliaria -OMISSIS-, non potendo, di conseguenza, essere mandataria dell'A.T.I.; 2) *violazione dell'art.89 co.1 D.Lgs. 50/2016 e dell'art.1346 c.c. per nullità*

*del contratto di avvalimento tra la -OMISSIS- e l'impresa individuale -OMISSIS-, in ragione della non veritiera dichiarazione dell'ausiliario – perché, in primo luogo, il contratto di avvalimento stipulato dalla mandataria con la mandante non contemplerebbe l'indicazione puntuale delle occorrenti risorse, ed esattamente dei mezzi e del personale, per la messa a disposizione dei requisiti di carattere tecnico professionale, limitandosi a concretizzare un futuro impegno a porre a disposizione della mandante tutti i mezzi che sarebbero stati necessari, previa pattuizione del corrispettivo con separato atto; in via subordinata, perché il suddetto contratto di avvalimento sarebbe comunque inidoneo allo scopo in ragione della particolare vetustà caratterizzante alcuni degli automezzi messi a disposizione dall'ausiliaria e dell'indisponibilità di altri poiché non di proprietà dell'ausiliaria che, dunque, avrebbe reso non veritiere dichiarazioni ai sensi del D.P.R. 445/2000; 3) *Eccesso di potere per travisamento e/o erroneo apprezzamento del percorso, di circa 134,18 chilometri, da seguire per eseguire in 3,73 ore/die il servizio di raccolta giornaliera porta a porta delle diverse frazioni di rifiuto differenziato, comprese case sparse, nel Comune di -OMISSIS-, proposto dal r.t.i. guidato dalla Ditta -OMISSIS-con l'offerta migliorativa effettuata con la Relazione Tecnica dei Servizi Offerti e con il relativo allegato "Tavola allegata servizio di raccolta" e del conseguente omesso apprezzamento dell'impossibilità della realizzabilità della stessa, da verificare in corso di causa anche con l'ausilio di una C.T.U.; 4) in subordine – eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con il disciplinare di gara, dell'illogicità e del travisamento e/o erroneo apprezzamento delle proposte progettuali alle quali gli operatori economici del r.t.i. guidato dalla ditta -OMISSIS-hanno ancorato l'offerta tecnica cui sono stati attribuiti i punteggi con la valutazione effettuata in seno al criterio di aggiudicazione dell'oepv – poiché sarebbe stato irragionevolmente attribuito all'offerta tecnica dell'aggiudicataria un punteggio superiore a quello dell'offerta tecnica dell'A.T.I con mandataria la ricorrente -OMISSIS-.**

Si costituiva in giudizio la Regione Siciliana – Assessorato regionale delle Infrastrutture e della Mobilità (Dipartimento regionale tecnico – Ufficio regionale per l'espletamento di Gare d'Appalto U.R.E.G.A. - servizio

provinciale di Messina), opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto in fondato in fatto e in diritto.

La ricorrente, con apposita memoria, chiedeva l'ammissione della prova testimoniale articolata.

Si costituiva l'impresa individuale -OMISSIS- sollevando, preliminarmente, l'eccezione di irricevibilità del ricorso per poi, nel merito, opporsi all'accoglimento del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto.

Con ordinanza n.-OMISSIS-pubblicata il 25 ottobre 2019, il Collegio respingeva la domanda cautelare della ricorrente, fissando l'udienza di merito e compensando le spese processuali di fase.

Con ricorso incidentale notificato il 4 novembre 2019 e depositato il 14 novembre 2019, la -OMISSIS- deduceva l'illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara dell'A.T.I. -OMISSIS-. – -OMISSIS-. poiché: 1) l'offerta sarebbe stata da quest'ultima tardivamente presentata; 2) il contratto di avvalimento prodotto da quest'ultima non sarebbe idoneo a dimostrare l'effettivo possesso del requisito di partecipazione integrato dall'ausiliaria, essendo state irrogate penali pari al 8% durante l'esecuzione di quell'appalto; 3) l'ausiliaria, omettendo di dichiarare che l'esecuzione di quel contratto è stata contraddistinta dall'irrogazione di penali per un ammontare pari al 8%, sarebbe stata autrice di dichiarazioni non veritiere, implicanti di per sé l'esclusione dalla procedura; 4) in ogni caso, il suddetto contratto di avvalimento sarebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto.

Con apposita memoria, la ricorrente domandava al T.A.R. adito di ordinare alla -OMISSIS-. ed alla -OMISSIS-. la produzione di files contenuti nelle buste della domanda di partecipazione alla gara acquisiti dalla piattaforma telematica il 6 marzo 2019 alle ore 23:48:42.

Dopo di che le parti depositavano memorie conclusive ai sensi dell'art.73 co.1 c.p.a.

All'udienza pubblica del 19 dicembre 2019, il Collegio dopo avere udito i difensori delle parti costituite, tratteneva i ricorsi in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover esaminare entrambi i proposti ricorsi, in ragione della complessa ed articolata evoluzione che ha contraddistinto il rapporto processuale tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale di tipo escludente nell'ambito del contenzioso dei contratti pubblici.

Come noto, la questione è stata ripetutamente esaminata e non sempre univocamente risolta dalla giurisprudenza amministrativa.

Prima dell'Adunanza Plenaria 11/2008 tre erano gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza: a) quello tradizionale, secondo cui il ricorso incidentale escludente doveva essere esaminato con priorità rispetto al ricorso principale, poiché il suo accoglimento avrebbe implicato l'improcedibilità di quest'ultimo per sopravvenuto difetto di legittimazione del ricorrente principale; b) quello più innovativo secondo cui entrambi i ricorsi dovevano sempre e comunque essere reciprocamente esaminati, poiché un loro eventuale accoglimento congiunto avrebbe potuto implicare la rinnovazione della gara e, dunque, il soddisfacimento di un interesse strumentale del ricorrente principale alla salvaguardia delle proprie chances di aggiudicazione di quell'appalto nell'ambito, però, della nuova e futura procedura che l'Amministrazione avrebbe, verosimilmente, indetto in ottemperanza all'effetto conformativo derivante dal giudicato amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione, del provvedimento di ammissione dell'aggiudicatario e del ricorrente principale e degli altri atti della gara illegittimamente espletata; c) infine, quello minoritario, secondo cui doveva procedersi all'esame, anzitutto, del ricorso principale, poiché soltanto in caso di sua fondatezza, sarebbe stato configurabile un interesse attuale e concreto dell'aggiudicatario all'esame del proposto ricorso incidentale.

La questione era particolarmente dibattuta perché l'ordine di trattazione dei ricorsi prescelto implicava differenti ricadute processuali (almeno in astratto) sull'esito del giudizio, considerato, infatti, che:

- 1) l'accoglimento del ricorso principale, determinando l'esclusione dell'aggiudicatario dalla procedura, avrebbe implicato l'improcedibilità del ricorso incidentale di tipo escludente per sopravvenuto difetto di legittimazione a ricorrere del controinteressato che lo ha proposto;
- 2) il mancato accoglimento con qualsiasi formula (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o rigetto) del ricorso principale avrebbe determinato l'inammissibilità del ricorso incidentale per carenza *ab origine* di interesse, rimanendo l'aggiudicazione efficace;
- 3) l'accoglimento del ricorso incidentale avrebbe implicato l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuto difetto di legittimazione a ricorrere;
- 4) il rigetto del ricorso incidentale non avrebbe precluso l'esame del ricorso principale.

L'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008 n.11, dopo avere affermato, in linea di massima, che il giudice è libero di scegliere l'ordine delle questioni da trattare nel rispetto del principio di parità delle parti e di economicità processuale – ben potendo esaminare per primo qualsivoglia ricorso ritenuto decisivo per dirimere la lite –, distingue la soluzione da seguire secondo che alla gara abbiano partecipato, rispettivamente, 2 o più concorrenti ed affermando nella prima ipotesi l'obbligo di esame di entrambi i ricorsi (in ragione della riconosciuta sussistenza di un meritevole interesse strumentale del ricorrente principale alla rinnovazione della procedura di affidamento) e, nella seconda ipotesi, l'orientamento tradizionale che ascrive(va) priorità all'esame del ricorso incidentale, considerata la non concretezza né attualità che avrebbe contraddistinto, in questo caso, la prospettiva di un'ipotetica rinnovazione della gara all'esito dell'accoglimento anche del ricorso principale, in quanto dipendente da future e non prevedibili determinazioni in autotutela della Pubblica Amministrazione rese ancor più incerte in ragione della possibilità di procedere all'aggiudicazione dell'appalto mediante scorrimento della graduatoria in favore di altra impresa rimasta estranea, (in genere la terza classificata) perché non evocata in giudizio.

Di diverso avviso è stata l'Adunanza Plenaria con la pronuncia n.4/2011, avendo, infatti, il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa ritenuto il ricorso incidentale di tipo escludente, proprio in quanto preordinato a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale, istituto processuale introduttivo di una questione preliminare da esaminare con priorità, a prescindere dal numero dei partecipanti e dai requisiti (siano essi soggettivi od oggettivi) di partecipazione alla gara ritenuti violati, potendosi soprassedere dal suo necessario preventivo esame soltanto qualora il ricorso principale si fosse rivelato irricevibile, inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato, a siffatto esito pervenendosi in ragione delle seguenti argomentazioni:

- l'ordine delle questioni non può essere rimesso alla discrezionalità del Giudice perché potrebbe comprometterne la terzietà;
- l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda;
- la legittimazione e l'interesse a ricorrere, in quanto condizioni dell'azione, costituiscono questioni pregiudiziali;
- l'art.76 co.4 c.p.a. rinviando espressamente all'art.276 c.p.c. che disciplina l'ordine delle questioni da trattare, ascrive priorità all'esame dei presupposti dell'azione, quali, appunto, la legittimazione e l'interesse a ricorrere;
- il difetto di legittimazione a ricorrere costituisce sempre una questione da trattare con priorità perché pregiudiziale rispetto a tutte le altre;
- il difetto di legittimazione è, di norma, rilevabile anche d'ufficio e, quindi, il suo esame non presuppone un'apposita iniziativa di parte;
- il difetto di legittimazione del ricorrente va, dunque, esaminato con priorità a prescindere dalle modalità processuali adoperate dalle parti per eccepirlo;
- il difetto di legittimazione del ricorrente può essere eccepito anche con una mera difesa, o con un'apposita eccezione, anche riconvenzionale, o con un ricorso incidentale (*sub specie* di domanda riconvenzionale di annullamento di un atto);

- il ricorso incidentale amplia l'oggetto del giudizio e se, di tipo escludente, deve essere esaminato sempre con priorità poiché implicante, ove fondato, l'improcedibilità del ricorso principale per difetto sopravvenuto di legittimazione a ricorrere;
- l'interesse minore alla ripetizione della gara incluso nell'interesse maggiore all'aggiudicazione della gara è meritevole di tutela se configurabile in capo ad un partecipante alla procedura e non ad un escluso con provvedimento definitivo (sebbene a seguito dell'accoglimento di un ricorso incidentale di tipo escludente);
- è vero che la giurisprudenza ha ammesso l'impugnazione da parte di soggetti non partecipanti alla gara, ma si tratta di casi talmente peculiari da non poter costituire una regola, né intaccare la legittimazione dell'interessato all'impugnazione degli atti di una procedura di affidamento di un appalto;
- non rileva che la carenza di legittimazione a ricorrere sia originaria (perché il ricorrente non ha mai partecipato alla procedura) o sopravvenuta (perché il ricorrente è stato ammesso in virtù di un atto illegittimo e poi annullato), mancando in entrambi i casi un presupposto dell'azione che costituisce questione pregiudiziale di rito da esaminare con priorità;
- né rileva il numero dei partecipanti alla gara, poiché quand'anche soltanto due, l'interesse alla rinnovazione della procedura, legittimante l'impugnazione proposta dal ricorrente principale, presupporrebbe, comunque, una legittima partecipazione alla gara, degradando, altrimenti, a mero interesse di fatto, come tale privo di rilevanza giuridica;
- soltanto qualora irricevibile, inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato il ricorso principale potrebbe, in via del tutto eccezionale, essere esaminato prima del ricorso incidentale.

Siffatta pronuncia, che riprende il prevalente indirizzo tradizionalmente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, è stata criticata dalla Corte di Cassazione, perché ritenuta in contrasto i fondamentali principi di effettività della tutela e dell'esercizio del diritto di difesa.

Nella sentenza 21 giugno 2012 n.10294, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite argomenta, infatti, le proprie considerazioni critiche muovendo dalla concezione delle norme sulla giurisdizione non quale limite ai poteri del Giudice nei confronti della Pubblica Amministrazione o di altri Giudici, bensì quale strumento preordinato a garantire un'effettiva tutela degli interessi delle parti (Corte Costituzionale 77/2007). Nel sistema attuale, infatti, la legge riserva la cognizione di una determinata domanda ad un giudice anziché ad un altro poiché ritenuto più idoneo a fornire, su quella specifica causa, una risposta adeguata alla domanda proposta dall'interessato ed all'esigenza di tutela da quest'ultimo rappresentata in giudizio. In una prospettiva, dunque, in cui la giurisdizione evoca un'idea di "*servizio*" più che di "*imperio*", può ben prospettarsi una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritiene una certa causa riservata alla cognizione di altra Autorità Giudiziaria, ma anche quando non esamina una richiesta di tutela espressamente formulata da una delle parti del giudizio (Cassazione civile, 30254/2008). La Suprema Corte, pur non potendo annullarla per omesso esercizio della giurisdizione in considerazione della statuizione di improcedibilità pronunciata in relazione al ricorso principale, critica la decisione assunta nella fattispecie dall'Adunanza Plenaria n.4/2011 poiché tra i diversi orientamenti enunciati dalla giurisprudenza in relazione ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale doveva essere preferito quello idoneo a garantire l'esame nel merito del ricorso principale, anche in ragione degli interessi di rilevanza eurounitaria intercettati dalla materia dei contratti pubblici.

Nel medesimo anno, il T.A.R. Piemonte (con ordinanza 26 gennaio 2012 n.119) rimette la questione alla Corte di Giustizia per verificare la compatibilità dell'indirizzo enunciato dall'Adunanza Plenaria n.4/2011 con la corretta applicazione del diritto eurounitario. Il caso era quello di due società partecipanti ad una gara aggiudicata ad una di esse. La seconda classificata aveva impugnato l'aggiudicazione, contestando che l'offerta dell'aggiudicataria

fosse conforme al piano dei fabbisogni previsto dalla Stazione appaltante. L'aggiudicataria, dal canto suo, si difendeva, con ricorso incidentale escludente, formulando un'identica censura in relazione all'offerta della ricorrente principale. Quindi, entrambe le società sostenevano che le reciproche offerte dovessero essere escluse perché inammissibili.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. X, 4 luglio 2013 C- 100/2012 (c.d. sentenza Fastweb) risponde al quesito sottoposto dal T.A.R. Piemonte, affermando che il diritto comunitario osta all'applicazione della legge nazionale interpretata in modo tale da consentire al ricorso incidentale di escludere l'esame del ricorso principale in casi come quelli in questione, poiché entrambi i ricorsi, avendo il medesimo oggetto, sono tra loro speculari, e sarebbe, dunque, iniquo ammettere l'esame dell'uno e non anche dell'altro, diversamente opinando perpetrando una grave ed ingiustificata disparità di trattamento.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dunque, ribadisce la rilevanza dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara nelle impugnazioni di atti di procedure contraddistinte dalla partecipazione di due imprese concorrenti, come già era stato precedentemente affermato dall'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008 n.11.

Senonché, con la successiva Adunanza Plenaria n.9/2014, il Consiglio di Stato, richiamando il principio di autonomia processuale degli Stati membri da sempre riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con il limite del rispetto dei principi di non discriminazione ed effettività della tutela, si è nuovamente pronunciato, difendendo l'orientamento precedentemente enunciato dall'Adunanza Plenaria 4/2011, in ragione delle seguenti argomentazioni:

- la Corte di Giustizia in precedenti pronunce aveva affermato il principio secondo cui l'impresa non partecipante ad una gara non può impugnare l'aggiudicazione disposta in favore di imprese terze;

- la posizione dell'impresa non partecipante sarebbe equiparabile a quella dell'impresa non ammessa o esclusa dalla procedura, anche all'esito di un ricorso incidentale;
- la pronuncia della Corte di Giustizia, sul caso Fastweb, doveva ritenersi eccezionale perché contraddistinta dalla peculiarità della fattispecie concreta esaminata, e, dunque, non poteva valere anche laddove alla gara avessero partecipato più di due imprese;
- il principio della parità delle parti nel processo (art.11 co.2 Cost. e art. 2 c.p.a.) tollera delle "disimmetrie" purché giustificabili in una prospettiva di ragionevolezza (Corte Cost. 109/2009);
- non è in contrasto con il principio di parità delle parti la regola processuale che impone il preventivo esame delle condizioni dell'azione, subordinandone al positivo superamento il sindacato della domanda nel merito;
- costituisce abuso del processo, in quanto qualificabile proprio come tale, l'iniziativa di colui il quale, pur sapendo di avere commesso un errore durante la partecipazione alla gara, impugna l'aggiudicazione disposta dalla P.A. in favore di un altro offerente, dovendo, dunque, ritenersi la negligenza del ricorrente motivo idoneo a giustificare una disimmetteria processuale tra le parti del giudizio;
- come già affermato dall'Adunanza Plenaria 4/2011, il ricorso proposto avverso un'aggiudicazione da parte di colui il quale abbia partecipato alla gara in virtù di un atto illegittimo, doveva ritenersi carente sul piano della legittimazione a ricorrere, poiché preordinato alla tutela di un interesse (quello alla ripetizione della procedura) non legittimo ma di mero fatto;
- dalla sentenza della Corte di Giustizia sul caso Fastweb si desumerebbe la necessità di valutare il momento procedimentale in cui i vizi rispettivamente dedotti con il ricorso principale e con quello incidentale si sono verificati, dipendendo la priorità dell'esame dell'uno o dell'altro ricorso proprio dalla fase del procedimento, antecedente o susseguente, in cui si sarebbero configurate le dedotte illegittimità, potendosi all'uopo distinguere tre fasi: 1)

quella deputata al controllo della tempestività della domanda di partecipazione e dell'integrità del plico; 2) quella dedicata all'esame dei dichiarati requisiti di partecipazione soggettivi, sia generali che speciali; 3) quella inerente alla verifica delle offerte ed alla rilevazione di eventuali carenze di elementi essenziali delle stesse previste a pena di esclusione;

- deve, di conseguenza, ammettersi l'esame congiunto dei ricorsi soltanto allorché i vizi, rispettivamente, dedotti ineriscano alla medesima fase procedimentale;

- il ricorso principale con il quale si deduca un vizio verificatosi in una fase successiva rispetto a quella del vizio dedotto dall'aggiudicataria con il ricorso incidentale, pertanto, sarebbe doppiamente improcedibile, per sopravvenuta carenza tanto di legittimazione a ricorrere quanto di interesse a ricorrere.

In conclusione, secondo l'Adunanza Plenaria: a) il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli art. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., 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; b) il ricorso incidentale deve, dunque, essere esaminato con priorità, tranne qualora: b1) il ricorso principale sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato; b2) il ricorso incidentale non abbia carattere escludente perché censura valutazioni e condotte della Pubblica Amministrazione, senza mai contestare (ed anzi presupponendo) la regolare partecipazione del ricorrente alla gara; b3) ricorso incidentale e ricorso principale deducano vizi inerenti alla stessa fase procedimentale.

Senonché, l'assetto dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale così come definito dal Consiglio di Stato viene nuovamente superato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, pronunciandosi in composizione allargata il 5 aprile 2016, smentisce l'assunto sostenuto dall'Adunanza Plenaria 9/2014 secondo cui i principi di diritto affermati nella sentenza Fastweb

sarebbero applicabili soltanto in caso di partecipazione di due imprese alla procedura di gara.

Secondo quanto, infatti, sancito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *«In applicazione della direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (c.d. Direttiva Ricorsi), il ricorso principale proposto da un offerente in una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente non può essere dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente, anche in ipotesi in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara controversa, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dall'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb (C-100/12)»* (Corte giustizia UE grande sezione, 05/04/2016, n. C-689/13, Puligienica c/Airgest S.p.A.).

Nonostante l'autorevolezza della richiamata pronuncia, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea non risolveva tutte le problematiche inerenti alle ricadute processuali caratterizzanti il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel giudizio amministrativo.

La tradizionale concezione, infatti, dell'interesse a ricorrere, in termini di attualità e concretezza da parametrare all'immediatezza del conseguimento del bene della vita anelato all'esito dell'accoglimento del ricorso, non sembra facilmente compatibile con la strumentalità dell'interesse alla ripetizione della gara allorché le imprese concorrenti siano più di due, essendo, infatti, in tali ipotesi la rinnovazione della procedura di affidamento dell'appalto pubblico una prospettiva non certa, ma probabile, se non meramente possibile ed ipotetica.

Sul punto, le successive pronunce del Consiglio di Stato hanno riconosciuto la sussistenza di un meritevole interesse strumentale, con conseguente obbligo di esame congiunto di entrambi i ricorsi proposti, allorché il ricorrente principale abbia dedotto motivi di impugnazione che, se accolti, avrebbero determinato con certezza la rinnovazione della gara, ed ossia qualora si contesti: 1) la regolarità della posizione dell'aggiudicatario e di tutte le imprese partecipanti alla procedura, siano esse rispetto ad esso precedenti o susseguenti in graduatoria; 2) la legittimità della *lex specialis* e, dunque, la validità dell'intera procedura.

Fuori da questi casi, (ed ossia quando alla procedura partecipino più di due imprese, i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune concorrenti al punto che l'accoglimento di entrambi i ricorsi non pregiudicherebbe la possibilità per queste ultime di conseguire l'aggiudicazione mediante scorrimento della graduatoria, ovvero, allorché con il ricorso principale non si deducano vizi avverso la *lex specialis* tali da implicare, in caso di accoglimento, l'annullamento dell'intera gara con obbligo di ripetizione), il problema si pone in tutta la sua evidenza.

Due gli orientamenti delineatisi.

Il primo, formalmente più aderente alla sentenza della Corte giustizia UE grande sezione, 05/04/2016, n.C-689, secondo il quale i ricorsi andrebbero, comunque, esaminati entrambi, poiché l'interesse immediato e diretto di tipo strumentale alla rinnovazione della gara dovrebbe ritenersi sussistente anche qualora la ripetizione della procedura costituisca un'eventualità meramente ipotetica, ossia soltanto possibile (Consiglio di Stato, Sez.V, 20 luglio 2017 n.3593; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 29 dicembre 2017, n.31226 secondo cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea avrebbe «*reso ancora più esplicito l'enunciato della sentenza Fastweb relativo alla possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare, spiegando: "Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro,*

nell'ipotesi di esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto" (punto 52). Con il che è definitivamente chiarito che basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione»).

Il secondo orientamento, invece, presupponendo che le domande dei ricorrenti debbano essere sempre contraddistinte da un interesse attuale e concreto, ammette l'esame congiunto dei ricorsi principale ed incidentale escludente soltanto qualora l'annullamento in autotutela della gara e la rinnovazione della stessa sia una conseguenza certa o altamente probabile dell'effetto conformativo scaturente dalla sentenza di accoglimento del ricorso principale (Consiglio di Stato, Sez.III, 26 agosto 2016, n.3708).

Entrambi i richiamati indirizzi presentano profili di criticità.

Ed invero, il primo orientamento non considera:

1) che l'annullamento in autotutela della gara sarebbe un'eventualità ipotetica in quanto dipendente da scelte della Pubblica Amministrazione ampiamente discrezionali, e, proprio perché tali, pregiudizievoli per la concezione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara quale interesse certo, concreto ed attuale come dovrebbe essere quello presupposto per l'ammissibilità del ricorso ai sensi degli artt.39 co.2 c.p.a. e 100 c.p.c. (Consiglio di Stato, Sez.V, 23 febbraio 2015 n.855; Cassazione Civile, Sezioni Unite 2 novembre 2017, n.23031);

2) che in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente e del ricorso principale, il ricorrente principale, in quanto escluso dalla gara con sentenza passata in giudicato, non potrebbe impugnare l'aggiudicazione disposta in favore di altra impresa mediante scorrimento della graduatoria (secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia 21 dicembre 2016);

3) che l'autotutela è un potere meramente facoltativo ed esperibile entro 18 mesi dall'adozione dell'atto di primo grado (ai sensi dell'art.21 *nonies* L. n.241/1990) anche laddove il provvedimento amministrativo da sottoporre a

riesame sia in contrasto con il diritto eurounitario, dovendosi escludere (tranne nei casi eccezionali individuati dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 13 gennaio 2004, n.453/2000, *Kubme and Heitz*, punto 27 e Corte di Giustizia dell'Unione Europea 12 febbraio 2008, *Kempter*, par. 38) che a fronte di un atto amministrativo “*anticomunitario*” (o come taluni preferiscono qualificarlo, “*antieuropeo*”) la Pubblica Amministrazione abbia un obbligo di annullamento d'ufficio o un mero obbligo di riesame e che il Giudice sia sempre tenuto a disporre la disapplicazione in caso di omessa impugnazione (Consiglio di Stato, Sez.IV, 21 febbraio 2005, n.579; Consiglio di Stato, Sez.III, 8 settembre 2014, n.4538).

Il secondo orientamento, invece:

1) sembra in contrasto con la sentenza della Corte giustizia UE grande sezione, 05/04/2016, n.C-689, nella parte in cui quest'ultima afferma l'obbligo di esame congiunto di tutti i ricorsi (principale ed incidentale) a prescindere dalla tipologia di vizi di legittimità dedotti e dal numero delle imprese partecipanti;

2) non sembra considerare che, quand'anche si accertasse in giudizio la sussistenza di un vizio di legittimità inficiante le offerte sia della ricorrente incidentale (aggiudicataria) sia di tutte le imprese partecipanti alla gara, l'annullamento d'ufficio della procedura in autotutela sarebbe, comunque, un'eventualità ipotetica e non una conseguenza obbligatoria, dipendendo, infatti, da poteri discrezionali della Pubblica Amministrazione. Né il Giudice potrebbe d'ufficio affermare un obbligo conformativo in spregio alla regola della domanda di cui agli artt.34 co.2 c.p.a. e 112 c.p.c., pronunciandosi su offerte di imprese non evocate in giudizio.

Consapevole, dunque, della complessità della questione e dei non univoci orientamenti inaugurati e seguiti dalle proprie sezioni, il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, ha nuovamente chiesto un pronunciamento della Corte di Giustizia, sottoponendole il seguente quesito: «*se l'articolo 1, paragrafi 1, comma 3, e 3, Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le*

disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.)» (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n.6).

L'Adunanza Plenaria, nella formulazione del quesito, sembra prendere posizione, sostenendo, da un lato, che sarebbe più armonico e coerente con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull'iniziativa delle parti (ed in parte qua comune a quello di numerosi Stati-Membri dell'Unione Europea) che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), sia valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adito e, dall'altro, che sarebbe opportuno una rimessione agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova.

Ma la Corte di Giustizia dell'Unione Europea non ha condiviso le indicazioni del Consiglio di Stato, affermando, con la pronuncia della sentenza n.333/2019, il principio di diritto secondo cui *«L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi»* (Corte giustizia UE sez. X, 05/09/2019, n.333).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ritiene che il rispetto del diritto europeo costituisce un valore assoluto ed inderogabile, al punto da superare eventuali regole processuali che ne possano ostacolare la sua corretta ed obiettiva applicazione, soprattutto in un settore economicamente così rilevante e delicato come quello dell'affidamento dei contratti pubblici. Che, dunque, alla gara abbiano partecipato più di due imprese e che, quindi, talune di esse non siano state evocate nel giudizio intentato dall'impresa ricorrente non costituisce, né potrebbe costituire, un limite alla piena ed assoluta osservanza del diritto europeo che, come noto, nei settori di sua competenza non tollera preclusioni e prevale sulle normative nazionali con esso in contrasto. L'interesse alla corretta applicazione del diritto eurounitario viene concepito in un'ottica quasi superindividuale e tendenzialmente oggettiva, in quanto preordinato a garantire, nella fattispecie, non soltanto il

soddisfacimento delle pretese vantate dal singolo operatore di mercato partecipante ad una procedura di affidamento di un contratto di appalto pubblico ma anche e soprattutto il rispetto di regole fondamentali per l'unitarietà e coesione del mercato e del sistema economico europeo. La concezione macro-economica del mercato, quale settore elettivo dei rapporti economici e fattore fondamentale dell'attività dell'intera Unione Europea, è sempre stata sostenuta dalla Corte di Giustizia, al punto da costituire un vero e proprio criterio interpretativo di molte sue pronunce e di molte norme disciplinanti settori di interesse europeo.

Se, dunque, questa è l'ottica di riferimento per la concezione della disciplina europea è possibile comprendere perché la Corte di Giustizia abbia affermato che financo in casi come quello in esame il Giudice Amministrativo sia tenuto ad esaminare il ricorso principale quand'anche dal suo accoglimento l'impresa ricorrente non consegua l'anelata aggiudicazione a causa della proposizione di un fondato ricorso incidentale di tipo escludente da parte dell'aggiudicataria controinteressata. La prospettiva meramente ipotetica, se non financo remota, di una ripetizione della procedura, infatti, costituisce interesse di per sé sufficiente a giustificare l'esame del ricorso principale.

Secondo quanto chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea «*26 Tale principio risulta applicabile anche quando, come nella controversia di cui al procedimento principale, altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione. 27 Infatti, l'offerente che, come nel presente caso, si sia classificato in terza posizione e che abbia proposto il ricorso principale deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente collocato in seconda posizione, in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara. 28 In particolare, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato,*

l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa».

Può, dunque, concludersi che l'interesse pubblico al pieno ed effettivo rispetto del diritto europeo ed alla repressione delle sue eventuali violazioni incide anche sull'interpretazione delle norme processuali nazionali, condizionandone il significato da ascriverle e la loro applicazione, come nel caso delle disposizioni disciplinanti le condizioni dell'azione, al punto da ampliare l'ambito di operatività della tutela giurisdizionale dilatando il significato della nozione di interesse a ricorrere sino a ritenerla configurabile anche laddove l'accoglimento del ricorso implichi per il ricorrente un vantaggio soltanto eventuale o financo meramente ipotetico ed astratto.

La Corte di Giustizia ha, infatti, enunciato un'interpretazione eurounitaria dell'interesse ad agire di cui all'art.100 c.p.c. autonoma ed indipendente da quella tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento processuale e che appare preordinata ad assicurare un sindacato quanto più esteso possibile sulla regolarità delle procedure di affidamento indette, quasi a voler concepire la giurisdizione sulle controversie concernenti le materie di interesse europeo in senso oggettivo, ed ossia in modo preminentemente strumentale all'accertamento della legalità violata al punto da relegare in secondo piano l'interesse a ricorrere dei soggetti coinvolti e, dunque, l'utilità pratica che le parti in causa potrebbero conseguire.

Ed invero, se il Giudice Amministrativo è tenuto ad esaminare il ricorso principale anche quando non siano state formulate censure in grado di decretare l'annullamento dell'intera procedura (avendo il ricorrente interesse soltanto ed esclusivamente all'aggiudicazione dell'appalto) e l'aggiudicataria controinteressata abbia proposto un fondato ricorso incidentale di tipo escludente, è evidente che l'accoglimento delle censure di legittimità formulate dal ricorrente principale (ipotizzandosi quest'ultimo quale secondo classificato) non implicherà alcuna utilità pratica certa e concreta, ben

potendo l'Ente aggiudicatore procedere allo scorrimento della graduatoria in favore della terza classificata o di altra impresa partecipante non esclusa.

È, poi, possibile che anziché procedere allo scorrimento della graduatoria l'Ente aggiudicatore preferisca disporre l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di affidamento, ma si tratta di un'ipotesi dipendente dall'esercizio di poteri discrezionali che si configurano quali eventi non prevedibili con certezza, né con elevata probabilità e rispetto ai quali, dunque, le *chance* vantate dal ricorrente principale appaiono relegate nell'ordine della mera ipotetica ed astratta possibilità.

Il che, come detto, contrasta con la tradizionale concezione nazionale di interesse ad agire, al punto da introdurre un vero e proprio “*doppio binario*”, come spesso si è verificato in altri casi e/o in altri settori del nostro ordinamento giuridico in cui si intercettano questioni e materie di interesse europeo. Si pensi, ad esempio, in ambito tributario, al contraddittorio endoprocedimentale riconosciuto dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n.24823/2015 quale principio generale valevole soltanto per i c.d. “*tributi armonizzati*” come l'I.V.A. e non anche per i tributi non armonizzati (come le imposte dirette) per i quali, dunque, il contraddittorio si configura come momento endoprocedimentale necessario, a pena di nullità, soltanto ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge. Si pensi ancora alla responsabilità civile della pubblica amministrazione da illegittimo esercizio delle potestà pubblicistiche, tradizionalmente concepita quale fattispecie di responsabilità per colpa e nella materia degli appalti, invece, ritenuta, dalla Corte di Giustizia prima e dalla giurisprudenza nazionale poi, un'ipotesi di responsabilità oggettiva. È pacifico, infatti, che nel nostro ordinamento «*la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa; la responsabilità, negli appalti pubblici, infatti, è un modello di responsabilità di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio*» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 13 settembre

2016, n. 4256; Tar Marche, 7 settembre 2018, n. 581). In materia di appalti, dunque, «*la prevalente giurisprudenza amministrativa concorda con l'orientamento della Corte di giustizia CE secondo cui il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice prescinde dal carattere colpevole di tale violazione*» (cfr. Cons. Stato. Ad. Plen. N. 2 del 2017; Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 5 luglio 2017, n. 7941).

Le peculiarità, quindi, del diritto eurounitario e l'esigenza di assicurare un'applicazione uniforme della disciplina dell'Unione Europea nell'ambito dei Paesi membri impongono nei singoli ordinamenti nazionali, come il nostro, l'affermazione, talvolta, di un regime differenziato di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dipendenti dalla normativa eurounitaria rispetto a quelle similari previste, invece, dal diritto interno, in ragione, per quanto concerne l'Italia, della parziale cessione di sovranità acconsentita, ai sensi dell'art.11 Cost., per la partecipazione all'Unione Europea e, per questo motivo, non in contrasto con il principio di uguaglianza formale e (con il suo corollario) di ragionevolezza di cui all'art.3 co.1 Cost., purché sempre nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno previsti dalla nostra Costituzione (teoria dei controlimiti).

Va, dunque, ritenuto legittimo l'esame congiunto dei ricorsi principale ed incidentale anche laddove dall'accoglimento delle proposte censure il ricorrente principale non consegua un'utilità pratica attuale e concreta, dovendosi ritenere sufficiente, nell'ambito delle questioni concernenti l'affidamento di appalti pubblici, il mero interesse strumentale alla ripetizione della procedura anche qualora siffatta evenienza sia tutt'altro che certa o altamente probabile.

A diverso esito non potrebbe, peraltro, pervenirsi quand'anche si ritenesse il suddetto ipotetico interesse non soddisfattivo della nozione contemplata dall'art.100 c.p.c., in quanto classificabile alla stregua di una mera *fictio iuris* preordinata a celare un'ipotesi di vera e propria giurisdizione oggettiva, come

tale, strumentale ad assicurare soltanto il mero rispetto della legalità. Che, infatti, nel nostro ordinamento la giurisdizione civile e, di conseguenza anche quella amministrativa (ai sensi dell'art.39 c.p.a.), sia fondata sul principio della domanda, ai sensi del combinato disposto degli artt.99 e 112 c.p.c., è innegabile, come del pari, però, lo è l'impossibilità di concepire il processo unicamente ed esclusivamente nell'ottica degli interessi delle parti in causa, ben potendo ammettersi un intervento e financo un'iniziativa dello Stato funzionale alla tutela degli interessi pubblici generali di primaria importanza coinvolti nel singolo giudizio.

Il principio della domanda, infatti, è derogabile ed è stato derogato dal legislatore ordinario ogniqualvolta sia stata avvertita l'esigenza di non demandare all'iniziativa dei privati la tutela di interessi che, per la loro peculiare rilevanza o natura (anche soltanto in parte) pubblicistica, necessitavano di un adeguato ed efficiente sistema obiettivo di controllo e di repressione delle eventuali violazioni.

Si pensi, ad esempio, agli artt.41 co.2 e 368 c.p.c. che consentono alla Pubblica Amministrazione, che non sia parte in causa (*rectius* al Prefetto), di chiedere, in ogni stato e grado del processo, che sia dichiarato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il difetto assoluto di giurisdizione, poiché le questioni dedotte in giudizio dalle parti attengono all'esercizio di poteri e prerogative riservate dalla legge all'Autorità Amministrativa e, come tali, insindacabili da parte del potere giurisdizionale.

Si pensi, ancora, alla declaratoria di fallimento, possibile non soltanto su domanda dei creditori ma anche su iniziativa del Pubblico Ministero ed un tempo, financo, da parte del Tribunale fallimentare d'ufficio (secondo quanto previsto dall'ormai abrogato art.8 L.Fall.).

Si pensi, infine, alla riconosciuta legittimazione delle Autorità Indipendenti ad agire in giudizio per ottenere l'annullamento di atti ritenuti illegittimi (art. 211 co.1 *ter* D.Lgs. 50/2017, introdotto dal d.l. 50/2017 convertito con modificazioni nella legge 96/2017, ed art.21 *bis* L. 287/1990) o ancora a

quella del Ministero dell'Economia e delle Finanze ad impugnare i regolamenti di Province e Comuni disciplinanti le proprie entrate tributarie per vizi di legittimità avanti agli organi di giustizia amministrativa (art.54 co.4 D.Lgs. 446/1997).

Trattandosi, dunque, di un principio derogabile e derogato dal nostro legislatore, la concezione della giurisdizione in senso soggettivo non osta all'ammissibilità e procedibilità nel nostro ordinamento processuale di eventuali azioni sorrette dal mero interesse alla legalità in quanto proposte da soggetti che non potranno conseguire utilità dirette e concrete di certa o altamente probabile realizzazione.

Con riguardo al caso in esame, il ricorso principale ed il ricorso incidentale vanno entrambi esaminati, non essendo possibile sin d'ora prevedere, sulla base dei documenti offerti in comunicazione dalle parti costituite, se il loro eventuale reciproco accoglimento indurrà la Stazione appaltante ad annullare in autotutela la procedura di affidamento indetta per poi rinnovarla con un nuovo bando, oppure ad aggiudicarla, tramite scorrimento della graduatoria, in favore delle altre imprese partecipanti utilmente classificate, non avendo il ricorrente principale dedotto censure di legittimità nei confronti della *lex specialis* o, comunque, idonee a determinare la caducazione dell'intera procedura.

Va preliminarmente esaminato il ricorso incidentale.

Con il primo motivo l'aggiudicataria lamenta la mancata esclusione dalla procedura della ricorrente principale, poiché avrebbe presentato la domanda di partecipazione oltre il termine perentorio del 7 marzo 2019 ore 12:00, ed ossia in data 11 marzo 2019.

Occorre rilevare che con nota n.428 datata 8 marzo 2019, il RUP ha disposto la riapertura dei termini a causa dei malfunzionamenti del sistema segnalati da talune imprese interessate a partecipare alla procedura, così concedendo un ulteriore termine sino al 12 marzo 2019.

Il Collegio osserva che, secondo quanto desumibile dalla documentazione offerta in comunicazione, non è dato sapere con certezza se, in prossimità della scadenza del termine previsto, il sistema telematico adoperato dalla Stazione appaltante per la ricezione delle domande di partecipazione sia andato in black out.

L'email spedita dalla -OMISSIS-, nella qualità di gestore del software, alle ore 22.55 del giorno 6 marzo 2019 conferma la perfetta operatività del sistema. Inoltre, va precisato che anche la ricorrente principale aveva originariamente depositato una prima domanda di partecipazione in data 6 marzo 2019 (di cui si dirà da qui a un momento), come anche l'aggiudicataria.

Pertanto, non è dato, anzitutto, riscontrare, dagli atti di causa, la necessità dell'adottato provvedimento di riapertura dei termini.

La decisione del RUP, inoltre, deve ritenersi illegittima anche perché l'art.79 co.5 *bis* D.Lgs. 50/2016 prevede, proprio nei casi di malfunzionamento del sistema di ricezione delle domande di partecipazione alla procedura, la sospensione e la contestuale proroga del termine per la ricezione delle offerte, adottando tutti gli accorgimenti necessari a mantenere la segretezza delle offerte già inviate e consentendo a tutti gli operatori che abbiano già inviato l'offerta di ritirarla o di sostituirla.

Il provvedimento in questione, invece, è stato adottato dal RUP, anzitutto, dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande, al punto da determinare una "*riapertura*" e non una "*sospensione e proroga*" dell'originario termine, ed, inoltre, senza prevedere né la riconosciuta possibilità per gli operatori che avevano già presentato la domanda di poterla ritirare o sostituire, né, soprattutto, gli accorgimenti idonei a garantire la segretezza delle offerte già presentate. Il che costituisce una grave violazione di legge che rende illegittimo il provvedimento in questione e, dunque, la conseguente valutazione delle offerte presentate dopo la scadenza dell'originario termine del 7 marzo 2019.

La -OMISSIS-. eccepisce di avere presentato una prima domanda il 6 marzo 2019 e di averla in seguito sostituita con altra domanda in data 11 marzo 2019, all'uopo chiedendo l'espletamento della necessaria attività istruttoria d'ufficio propedeutica a recuperare la prima domanda di partecipazione.

Il Collegio osserva che la ricevuta di ricezione erogata dal sistema informatico prodotta in atti (all. 1 della produzione documentale della -OMISSIS-. del 29 novembre 2019) comprova quanto sostenuto dalla ricorrente ma siffatta domanda di partecipazione non può essere presa in considerazione poiché dalla ricorrente implicitamente rinunciata con la sostituzione operata in seguito alla presentazione della successiva domanda in data 11 marzo 2019.

La presentazione di una nuova offerta, infatti, costituisce un atto esplicativo della volontà di non considerare rappresentativa delle proprie strategie di gara l'offerta originariamente presentata. Beneficiando dell'illegittima riapertura dei termini disposta dal RUP, la ricorrente ha, così, inteso ritirare la prima offerta, confidando sulla legittimità dell'ulteriore termine concesso, pur essendo ben consapevole che il presunto (e non dimostrato in giudizio) malfunzionamento del sistema non le aveva impedito di presentare la prima offerta proprio nel giorno in cui non sarebbe stato possibile, ossia il 6 marzo 2019. Il che induce a ritenere l'affidamento della ricorrente principale sulla legittimità del provvedimento di riapertura dei termini non meritevole di tutela.

Di conseguenza, essendo la scelta di ritirare l'originaria offerta sostituendola con un'altra un atto volontario dell'interessata e non obbligato, la prima offerta deve ritenersi, in applicazione del principio generale di autoresponsabilità e del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, come non presentata.

Pertanto, il primo motivo del ricorso incidentale è fondato e va accolto, con assorbimento di tutti gli altri motivi formulati e non esaminati ed annullamento dell'impugnato provvedimento di ammissione della ricorrente principale alla procedura di affidamento in questione.

Residuando, tuttavia, un ipotetico interesse alla ripetizione della procedura dipendente dalla possibilità in astratto che la Stazione appaltante disponga, all'esito del giudizio, l'annullamento in autotutela dell'intera gara, occorre ugualmente pronunciarsi sul ricorso principale, anzitutto esaminando l'eccezione di irricevibilità sollevata dall'aggiudicataria controinteressata.

L'eccezione è infondata.

La controversa aggiudicazione, infatti, è stata comunicata alla ricorrente principale il 5 agosto 2019. Il giorno dopo, quest'ultima, presentando un'apposita istanza di accesso agli atti, ha domandato il rilascio di copia dei documenti concernenti la domanda e l'offerta presentata dall'aggiudicataria. La Stazione appaltante trasmetteva taluni dei predetti documenti in data 4 settembre 2019, in seguito provvedendo ad un successivo inoltro in data 11 settembre 2019.

Il Collegio osserva che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sempre ritenuto congruo il termine di 30 previsto per l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento degli appalti pubblici purché decorrente dal momento in cui si realizza la conoscenza effettiva delle ragioni del provvedimento da impugnare e dei documenti utili a consentire un pieno esercizio del diritto di difesa dell'interessato. È stato, infatti, chiarito che *«La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal*

modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata» (Corte giustizia UE sez. IV, 14/02/2019, n.54).

Non può, dunque, condividersi in un settore come quello degli appalti pubblici l'orientamento secondo cui la comunicazione dell'aggiudicazione dovrebbe ritenersi di per sé sufficientemente indicativa degli elementi lesivi che radicano l'interesse a ricorrere al punto da legittimare l'immediata decorrenza del termine per impugnare, in seguito, eventualmente, potendosi anche ampliare l'oggetto del giudizio con un ricorso per motivi aggiunti da proporre una volta acquisiti gli ulteriori documenti richiesti con la presentazione di un'apposita istanza di accesso agli atti che non inciderebbe in modo alcuno sulla tempistica dell'impugnazione dell'atto originario. Secondo quanto, infatti, affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea «*La possibilità (come quella prevista dall'art. 43 d.lg. n. 104/2010) di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto contro la decisione di aggiudicazione non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Gli offerenti, nel caso in questione, sarebbero costretti a impugnare "in abstracto" la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso» (Corte giustizia UE sez. V, 08/05/2014, n.161).*

Il decorso del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, pertanto, può dipendere anche dall'acquisizione di documenti in seguito acquisiti all'esito dell'accesso agli atti chiesto in relazione a documenti esplicativi di illegittimità che non potevano essere dedotte prima, perché non desumibili dalla lettura del provvedimento impugnato. I principi di effettività della tutela giurisdizionale enucleati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 maggio 2014, nella causa C-161/13), infatti, inducono a ritenere che il potere d'impugnazione non si consuma con il decorso del termine previsto dalla legge, qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso o qualora assuma una condotta di tipo

dilatorio, dilungandosi il termine dei giorni necessari per poter acquisire effettiva conoscenza dei documenti richiesti.

Con riguardo al caso in esame, la ricorrente ha espressamente chiesto la documentazione inerente alla domanda di partecipazione dell'aggiudicataria, venendo, soltanto dopo la trasmissione degli atti richiesti, a conoscenza dei vizi di legittimità dedotti, come, ad esempio, quello sulla carenza dei requisiti di partecipazione della mandataria. Pertanto, va ritenuto rilevante il procedimento di accesso agli atti conclusosi in data 11 settembre 2019, considerato che la ricorrente ha presentato la relativa istanza il giorno seguente alla comunicazione dell'aggiudicazione.

Peraltro, anche a volere ritenere che la ricorrente fosse venuta a conoscenza degli elementi sufficienti all'impugnazione dell'aggiudicazione già in data 4 settembre 2019, ossia al tempo della prima trasmissione (sebbene soltanto parziale) degli atti richiesti, l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla controinteressata sarebbe, comunque, infondata, poiché il ricorso è stato notificato via P.E.C. in data 4 ottobre 2019, ed ossia entro il termine di 30 giorni previsto dall'art.120 co.5 c.p.a., e depositato il 17 ottobre 2019, ossia entro il termine di 15 giorni di cui agli artt.45, 119 co.2 e 120 co.3 c.p.a.

Il ricorso principale, pertanto, va esaminato nel merito.

Con il primo motivo, la ricorrente principale lamenta l'illegittimità dell'impugnata aggiudicazione per *eccesso di potere per contraddittorietà con i paragrafi 7, 7.3 e 7.4. del disciplinare di gara, violazione di legge con riferimento agli articoli 48, 83, e 89, del decreto lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., e agli artt. 1344, 1339 e 1374 del codice civile* – perché la -OMISSIS- avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti prescritti dal punto 7.3 del disciplinare di gara integralmente ed esclusivamente mediante avvalimento, adoperando per quanto concerne il punto 1 (ed ossia l'esecuzione di almeno un contratto, che ricomprenda almeno la raccolta differenziata dei rifiuti con la modalità porta a porta e spazzamento, relativo ad un Comune e/compensorio avente un numero di abitanti pari o superiore a 28.227) dei requisiti della mandante – ausiliaria,

dapprima, -OMISSIS- e, poi, -OMISSIS-, adoperando, invece, per quanto concerne il punto 2 (ed ossia l'esecuzione di almeno un contratto, relativo ad un Comune e/o un comprensorio di almeno 5.000 abitanti, per un servizio di raccolta differenziata porta a porta, con la modalità puntuale, nell'ambito del quale è stata raggiunta una percentuale di raccolta differenziata di almeno il 50%) ed il punto 3 (ed ossia il possesso di almeno un contratto, nell'ambito del quale è stata effettuata la gestione di una isola ecologica (CCR) mediante il censimento dei conferimenti da parte degli utenti) i requisiti della mandante – ausiliaria -OMISSIS-.

Il Collegio osserva che, secondo quanto previsto dall'art.83 co.8 terzo periodo del D.Lgs. 50/2016, *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*. Pertanto, sebbene, sia certamente ammesso l'avvalimento, la mandataria del R.T.I. deve, comunque, soddisfare la predetta condizione, tanto più considerato che la richiamata norma pretende l'osservanza della regola ivi sancita *“in ogni caso”*. In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, affermando che *«è innegabile come dall'insieme degli articoli appena citati – del diritto italiano dei contratti pubblici - si ricava una regola per cui “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria” (art. 83, co. 8, per come peraltro modificato con il decreto correttivo 56/2017, segno di un'attenzione mirata e recente del legislatore per l'argomento); e che la mandataria, tanto di un raggruppamento orizzontale quanto di uno verticale, debba assumere un ruolo predominante, spendendo i requisiti in misura maggioritaria, perché appunto maggioritarie sono le prestazioni che deve eseguire, se ne ha conferma anche leggendo l'art. 92 del citato regolamento, ai commi 2 e 3. Se dunque il Codice ed il regolamento richiedono che la mandataria sia davvero, in senso pieno ovvero anche sostanziale, la capogruppo e la guida effettiva dell'ATI, si tratta di valutare il rapporto tra la regola di fondo appena individuata e la possibilità, oramai pacificamente ammessa, di ricorrere all'avvalimento ad amplissimo spettro, permettendo che il prestito dei requisiti avvenga anche tra partecipanti al medesimo raggruppamento (art. 89, co. 1). Ebbene, a differenza di quanto ha ritenuto il Giudice di primo grado, questo*

Collegio ritiene che vada ricercata una formula, e dunque una soluzione, che renda compatibili le due regole, altrimenti in apparente contraddizione, in antinomia, l'una con l'altra (da un lato l'art. 83, co. 8; dall'altro l'art. 89, co. 1). E questa compatibilità non può che essere trovata riconoscendo che l'avvalimento infragruppo o interno è (certamente) possibile (ma) a condizione e sino a che non si alteri la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (i precedenti del Cons. St., III, n. 1339/2018 e IV, n. 5687/2017, concernenti il prestito dalla mandataria alla mandante esprimono un principio che deve valere, a maggior ragione, nell'ipotesi inversa). Con la precisazione che una simile regola è destinata ad integrare i bandi e i capitolati di gara, quand'anche non sia espressamente riprodotta (nel caso di specie l'art. 6 del disciplinare richiama l'art. 48 e nulla dice sull'art. 83 del Codice)» (C.G.A.R.S. 18 febbraio 2019 n.147).

Che, peraltro, questa la regola fosse nota alle imprese concorrenti lo si evince chiaramente anche dall'art.7.4 del disciplinare di gara nella parte in cui espressamente afferma che *"il requisito di cui al punto 7.3 deve essere posseduto per intero dalla mandataria, il requisito non è frazionabile"*. Trattasi di una previsione legittima, sia perché conforme al dettato imperativo del richiamato art.83 co.8 terzo periodo D.Lgs. 50/2016, sia perché ragionevole sul piano pratico, in quanto preordinata ad evitare che la mandataria del R.T.I. possa essere una società priva dei requisiti essenziali richiesti e delle capacità economico-finanziarie e/o tecnico-professionali necessarie per assicurare la corretta esecuzione dell'appalto.

Con riguardo al caso in esame, la -OMISSIS- non poteva avvalersi delle altre imprese del R.T.I. di cui era mandataria per la dimostrazione del possesso dei requisiti di cui al punto 7.3 del bando. E poiché ha, invece, così operato, la -OMISSIS- ha violato sia l'art.83 co.8 D.Lgs. 50/2016, sia il disciplinare di gara. Di conseguenza, il R.T.I. aggiudicatario dell'appalto doveva essere escluso.

Il primo motivo, pertanto, è fondato e giustifica l'accoglimento del ricorso principale con assorbimento degli ulteriori motivi non esaminati ed

annullamento dell'aggiudicazione e degli altri atti impugnati.

Considerato che entrambi i ricorsi presentati vanno accolti, le spese processuali del giudizio vanno interamente compensate in ragione della reciproca soccombenza delle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione e gli ulteriori atti impugnati; accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla il provvedimento di ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti in causa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Primo Referendario

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL PRESIDENTE
Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.