

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	1
1. Premessa: l'oggetto della presente disamina e la sua importanza sul piano scientifico e pratico	1
2. Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: origine, <i>ratio</i> dell'istituto e questioni irrisolte	3
3. I "chiaroscuri" della disciplina codicistica e le incertezze sulla natura giuridica dell'istituto	5
4. La questione dell'ordine di esame, da parte del giudice, del ricorso principale e del ricorso incidentale, tra "oscillazioni" della giurisprudenza interna e principi dell'U.E.	7
5. Le basi di partenza della presente ricerca: i rapporti tra ricorso incidentale, legittimazione ed interesse a ricorrere e le reciproche interferenze. I punti critici del sistema italiano	10
6. L'estensione dell'indagine alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e comunitaria. Le decisioni assunte in sede europea, maggiormente attente alla tutela della concorrenza e all'integrità del mercato degli appalti, in rapporto alla restrittiva definizione dei criteri di legittimazione a ricorrere, proposta dal nostro Consiglio di Stato. Necessità di una "rivisitazione" del tema, al fine di individuare una prospettiva di soluzione in grado di conciliare il principio di effettività con la tradizionale e fondamentale funzione del ricorso incidentale come strumento di garanzia del contraddittorio	14

Parte Prima

Il ricorso incidentale nell'evoluzione interna

Capitolo Primo

Il ricorso incidentale tra questioni irrisolte e nuova disciplina del Codice del processo amministrativo

1. L'evoluzione – normativa e giurisprudenziale – del ricorso incidentale nel processo amministrativo. La lacunosità della disciplina normativa. L'iniziale

- ricostruzione dell'istituto sul modello delle impugnazioni incidentali del giudizio civile (tesi di E. CAPACCIOLI) e la diversa ricostruzione (di A. PIRAS), che considera il ricorso incidentale come un essenziale rimedio del processo, caratterizzato da un'unica azione con pluralità di legittimati. Lo stretto legame tra obbligatorietà del ricorso incidentale e autonomia dello stesso rispetto all'impugnazione principale e la sua configurazione come mezzo di «difesa attiva» (F. LUBBRANO, W. CATALLOZZI). L'attualità del tema e il suo particolare rapporto con i fondamentali istituti del diritto amministrativo processuale e sostanziale (condizioni dell'azione, questioni pregiudiziali e preliminari e situazioni giuridiche soggettive). Gli aspetti irrisolti dal Codice del processo amministrativo; dagli atti impugnabili, al tipo di accessorietà (parziale o totale), all'ordine di esame delle questioni in caso di proposizione di un ricorso incidentale “paralizzante” 23
2. I nodi “storici” sui quali dottrina e giurisprudenza si sono misurate e la loro importanza ai fini della presente disamina. L'oggetto del ricorso; l'iniziale esclusione dell'impugnazione incidentale avverso atti diversi da quello principalmente gravato e la sua successiva estensione ai vizi relativi agli atti presupposti. Disamina delle distinte ipotesi in cui: *a*) il ricorso incidentale sia rivolto contro lo stesso provvedimento impugnato col ricorso principale ma deduca diversi motivi di legittimità; *b*) il ricorso incidentale abbia ad oggetto vizi riferiti ad una fase procedimentale precedente a quella in cui si è verificata l'illegittimità denunciata dal ricorrente principale; *c*) il ricorso incidentale miri a contestare un atto presupposto a quello principale, come avviene nei casi in cui il ricorso incidentale si rivolge contro gli atti normativi o generali 33
3. (Segue) La particolare ipotesi in cui l'atto presupposto, di cui si lamenta l'illegittimità in via incidentale, sia un regolamento. L'orientamento più risalente, fermo sul divieto di disapplicazione dei regolamenti e il successivo riconoscimento al giudice amministrativo del potere di disapplicare i regolamenti illegittimi. Il rapporto tra il potere di disapplicazione e l'impugnazione incidentale del regolamento; esame delle differenti tesi che sostengono: *a*) l'impraticabilità dell'impugnazione incidentale avverso un regolamento; *b*) l'alternatività dei due rimedi; *c*) la perdurante necessità dell'impugnazione incidentale del regolamento 38
4. I soggetti legittimati a proporre ricorso incidentale: i controinteressati formali. L'iniziale preclusione ai controinteressati non intimati: fondamento di tale ricostruzione sull'art. 37, comma 1, T.U. Consiglio di Stato, che sembrava limitare la proposizione del ricorso incidentale alle sole parti «alle quali il ricorso fosse stato notificato». L'orientamento intermedio secondo cui i controinteressati non intimati possono divenire parti del giudizio attraverso un formale atto di intervento. Il superamento – nella dottrina e giurisprudenza più recenti – degli argomenti letterali adottati a sostegno della tesi più restrittiva: il mancato adeguamento dell'art. 37, *cit.*, alle nuove statuizioni in tema di integrazione del contraddittorio; la valorizzazione del concetto di controinteressato sostanziale, indipendentemente da una sua eventuale “fuorviante” veste formale; la lettura evolutiva alla luce di una struttura sempre

- più “multipolare” del procedimento; la scomparsa, nell’art. 42 c.p.a., dell’equivoca dizione dell’art. 37, *cit.*, e il riferimento alla sola nozione sostanziale di controinteressato 43
5. (Segue) La tesi tradizionale che esclude la legittimazione del cointeressato e i suoi rapporti con il tema dell’interesse a ricorrere incidentalmente 48
6. (Segue) La legittimazione dell’Amministrazione resistente; i limiti alla sua ammissibilità, derivanti dalla possibilità dell’Amministrazione di esercitare i propri poteri di autotutela. Il superamento di tale rigida preclusione attraverso una valorizzazione del fine proprio del ricorso incidentale, rappresentato dalla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale. La diversa prospettiva che, viceversa, ammette la legittimazione dell’Amministrazione, muovendo dal presupposto che vi siano ipotesi in cui non sussista l’ostacolo della sovrapposibilità dell’istituto con l’esercizio dei poteri di autotutela. L’esplicito riconoscimento della legittimazione attiva in capo alla P.A. nel Codice del processo amministrativo e le questioni irrisolte: rinvio, per tali ultimi aspetti, al Capitolo Terzo 51
7. La legittimazione del ricorrente principale. La tesi che ammette la possibilità di applicare l’istituto della *reconventio reconventionis* al processo amministrativo e quella più restrittiva, che, invece, limita ogni apertura in tal senso, affermando la necessità che l’eventuale difesa del ricorrente principale si spieghi solo nell’ambito del *thema decidendum*, delimitato dai ricorsi principale ed incidentale. Conferma della tesi più restrittiva nell’attuale versione del Codice del processo amministrativo, in base al quale i motivi aggiunti *ex art.* 43 c.p.a. costituiscono il solo rimedio che il ricorrente principale può esperire a fronte di un ricorso incidentale che gli sia stato notificato. Condivisione della tesi che ritiene più appropriato l’utilizzo del rimedio del ricorso incidentale, ad eccezione delle ipotesi in cui sopravvenga nel ricorrente la conoscenza di atti anteriori e presupposti a quello impugnato, per la produzione documentale effettuata dalle parti resistenti 56
8. La legittimazione passiva: il problema della notifica all’Amministrazione resistente, nella dottrina e nella giurisprudenza antecedenti all’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo. I dubbi ingenerati dalla nuova formulazione dell’art. 42 del Codice del processo amministrativo: l’inutilità della notifica all’Amministrazione resistente secondo la tesi che sostiene il carattere di eccezione del ricorso incidentale e l’opposta tesi, secondo cui sarebbe, invece, opportuna una espressa menzione – nel testo dell’art. 42, *cit.* – dell’Amministrazione che ha emanato l’atto come parte cui indirizzare la notifica 61
9. I rapporti tra il ricorso incidentale e la disciplina della competenza territoriale dei T.A.R. L’individuazione del giudice competente nell’ipotesi in cui l’atto impugnato in via incidentale sia diverso da quello impugnato in via principale. La tesi dottrinale che afferma la competenza, sempre e comunque, del T.A.R. adito in via principale. Il diverso orientamento, di origine giurisprudenziale, che viceversa afferma la competenza del T.A.R. Lazio, laddove per l’atto impugnato, in via incidentale, sia prevista una competenza funziona-

- le del T.A.R. Lazio. La prevalenza, nell'art. 42 c.p.a., della competenza del T.A.R. Lazio, anche quando essa non abbia carattere propriamente funzionale. Considerazioni critiche nei confronti del regime codicistico: la mancata previsione di un analogo "spostamento" quando la competenza a conoscere delle domande introdotte con il ricorso incidentale sia del tribunale nella cui circoscrizione ha sede il "soggetto pubblico a carattere ultraregionale"; la scarsa considerazione della natura "condizionata" o "paralizzante" del ricorso incidentale; la mancanza di previsioni volte a disciplinare gli adempimenti (di parte e/o di ufficio) necessari a realizzare concretamente lo "spostamento" del ricorso principale dal T.A.R. originariamente adito al T.A.R. divenuto competente a seguito della proposizione del ricorso incidentale 63
10. I termini di proposizione e di deposito: alcuni aspetti problematici. La decorrenza del termine per la proposizione del ricorso tra incongruenze applicative ed esigenze di certezza dei rapporti giuridici. La scelta del Codice in favore del criterio della notificazione (in luogo di quello della effettiva conoscenza) 68
11. (Segue) Le incertezze applicative riguardanti la misura del termine per la notifica del ricorso (pure ingenerate dall'art. 37, T.U. Consiglio di Stato) e la successiva individuazione, da parte del Codice, di un unico termine di sessanta giorni dalla ricevuta notifica del ricorso principale. Il particolare regime del rito abbreviato "comune" e del rito speciale sui contratti pubblici 70

Capitolo Secondo

L'accessorietà e la natura "composita" del rimedio

1. Accessorietà e condizionamento come caratteristiche essenziali del ricorso incidentale. Analisi delle diverse ricostruzioni proposte: *a)* l'accessorietà "parziale" o "relativa", limitata alle sole ipotesi disciplinate dall'art. 37 T.U. Consiglio di Stato; *b)* la diversa prospettiva secondo cui la proposizione dell'impugnazione in forma incidentale era obbligatoria per tutti i soggetti ai quali fosse stato notificato il ricorso principale, compresi i soggetti cointeressati; *c)* la negazione dell'accessorietà del ricorso incidentale sulla base della autonoma capacità lesiva dell'impugnazione incidentale. Accoglimento, da parte del Codice del processo amministrativo, della tesi della accessorietà totale del ricorso incidentale. Necessità di incoraggiare una lettura meno formale dell'istituto, anche in rapporto al tema dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale: rinvio, per tale ultimo aspetto, al Capitolo Terzo 78
2. Le incertezze sulla natura giuridica dell'istituto e le diverse teorie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in argomento: l'abbandono della originaria ipotesi ricostruttiva che ravvisava nell'istituto un mezzo di concentrazione delle impugnazioni in favore di una concezione del rimedio come «*difesa attiva*» (F. LUBRANO, W. CATALLOZZI); la concezione del ricorso incidentale come eccezione in senso proprio (G. VACIRCA) 84
3. Esame dell'opposta tesi che attribuisce al ricorso incidentale valore di do-

- manda riconvenzionale (E. CANNADA BARTOLI, F. LA VALLE) e i richiami all'analogo istituto processual-civilistico. Gli orientamenti minoritari che ne hanno affermato la natura di eccezione riconvenzionale o di semplice mezzo di concentrazione delle impugnazioni. Fondamento di tale indirizzo interpretativo nella necessità di individuare un rimedio capace di riunire la natura "conservativa" dell'eccezione e quella "costitutiva" della domanda riconvenzionale. Rifiuto della tesi che assimila il rimedio all'impugnativa incidentale delle sentenze nel processo civile. I possibili riflessi delle diverse opzioni interpretative sull'esito del contenzioso 87
4. Critica della tesi che inquadra il ricorso incidentale tra gli strumenti di difesa e, in particolare, nella figura dell'eccezione. In particolare, i limiti derivanti da una concezione "formalistica" della posizione sostanziale e processuale del controinteressato. La negazione della funzione, anche caducatoria, del rimedio. Configurabilità di un'azione di annullamento, in via incidentale, nelle ipotesi in cui si prospetti un nuovo esercizio del potere dopo la sentenza demolitoria del giudice 91
5. La non corretta equiparazione tra ricorso incidentale e domanda riconvenzionale, anche alla luce dell'art. 42 c.p.a., che limita l'oggetto di quest'ultima ai «*titoli già dedotti in giudizio*». La permanente duplicità del rimedio – affermata dalla giurisprudenza amministrativa – e il suo difficile rapporto con l'istituto processual-civilistico di cui all'art. 36 c.p.c. Adesione alla tesi dottrinale (A. ROMANO TASSONE), che, aderendo ad una concezione meno "formalistica" dell'istituto, vi ha scorto una natura "composita" 94

Parte Seconda

Ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale: problemi e prospettive

Capitolo Terzo

Ricorso incidentale "escludente", legittimazione, interesse al ricorso: verso un modello processuale differenziato

1. L'ordine di trattazione delle questioni: un tema emerso nell'ambito del contenzioso in materia di appalti pubblici; in particolare, l'orientamento prevalente, favorevole ad un'applicazione costante, senza eccezioni, del prioritario esame del ricorso incidentale, quando con questo si contesti l'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale e quello più risalente e minoritario, in base al quale l'effetto c.d. "paralizzante" del ricorso incidentale subisce una deroga nel caso di gara con due soli concorrenti utilmente classificati 106

2. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 11/2008, che ha affermato il principio della indifferenza dell'ordine di trattazione dei ricorsi sull'esito della lite in conformità agli orientamenti della giurisprudenza interna e dell'U.E., che attribuiscono autonomo rilievo, anche ai fini della legittimazione processuale, all'interesse "strumentale" e secondario alla ripetizione della gara

109
3. Il non unanime accoglimento delle argomentazioni dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 e la persistente affermazione, nella giurisprudenza successiva, della priorità del ricorso incidentale c.d. "paralizzante": nuovo *revirement* dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011, secondo cui 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

111
4. La rimessione della questione alla Corte di Giustizia U.E. e la decisione dei giudici di Lussemburgo del 4 luglio 2013, secondo cui l'orientamento della giurisprudenza nazionale che afferma il prioritario esame – sempre e comunque – del ricorso incidentale c.d. "paralizzante" confligge con il principio di parità delle parti e con l'interesse "strumentale" del ricorrente principale ad un rinnovo della procedura concorsuale. Fondamento di tale ricostruzione sull'art. 1 della direttiva "ricorsi". Rinvio, per tale ultimo aspetto, al Capitolo Quinto, § 5

113
5. I tentativi di "fuga" dalla Plenaria n. 4/2011 da parte della giurisprudenza amministrativa interna: nuova rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2013

118
6. L'Adunanza Plenaria n. 7/2014. La conferma della regola dell'esame prioritario del ricorso incidentale "escludente" che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario; la proposizione dello scrutinio del ricorso incidentale che censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte sul presupposto della regolare partecipazione alla procedura. La diversa lettura dell'orientamento dottrinale che sostiene l'esame prioritario anche del ricorso incidentale non escludente (salvi i casi in cui esso prospetti apprezzamenti tecnici complessi). Aspetti critici della riferita impostazione dottrinale: la mancata considerazione dell'ipotesi opposta, in cui sia l'errore prospettato nel ricorso principale ad elidere l'interesse sotteso all'impugnativa incidentale. I limiti "intrinseci" dell'Adunanza Plenaria n. 7/2014 e il tentativo di stabilire un ordine "logico" di esame delle diverse censure proposte, in vista dell'interesse generale alla legittimità dell'azione amministrativa e dell'effettività della tutela

121
7. L'Adunanza Plenaria n. 9/2014. Ulteriore conferma del principio elaborato dalla Plenaria del 2011 ed il rilievo, a tal fine, attribuito al principio del divieto di abuso del processo. Esame dei diversi passaggi argomentativi della decisione citata: 1) l'estensione dei principi affermati ad ogni tipo di procedura selettiva (dunque, anche ai concorsi pubblici, oltre che alle gare d'appalto); 2) il collegamento tra le condizioni dell'azione e la concreta e fondamentale funzione cui esse assolvono all'interno del processo amministrativo: di

pag.

- “filtro” in chiave deflattiva del contenzioso e, quindi, di limite all’abuso del processo; 3) la restrizione dell’ambito di applicazione della sentenza *Fastweb* alla sola ipotesi in cui il vizio dedotto dal ricorrente principale e da quello incidentale sia il “medesimo”. La conformità di tale lettura al principio di autonomia processuale degli Stati membri dell’U.E. 128
8. (Segue) Il significato della locuzione “identico motivo” alla luce dei seguenti parametri: *a*) tempestività della domanda ed integrità dei plichi; *b*) requisiti generali e speciali di partecipazione dell’impresa; *c*) carenza di elementi essenziali dell’offerta previsti a pena di esclusione. Sintesi del percorso argomentativo seguito dall’Adunanza Plenaria n. 9/2014: l’applicazione dei principi enunciati dalla sentenza *Fastweb* solo nei casi in cui i vizi lamentati siano “identici” ovvero riguardino la stessa causa di esclusione, manifestatasi nella medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all’accertamento del titolo di ammissione alla gara 135
9. (Segue) Lo sforzo profuso per conciliare due orientamenti di segno opposto (ovvero il principio di diritto già enunciato dall’Adunanza Plenaria n. 4/2011, e ribadito come regola generale, con la sentenza *Fastweb*, costruita come eccezione dalla portata circoscritta alle sole fattispecie di identità/comunanza delle censure escludenti incrociate prospettate dagli unici due operatori in competizione). Le criticità della *regola iuris* proposta dalla Plenaria n. 9/2014 (l’eccessiva importanza attribuita all’intento deflattivo del contenzioso; l’onere imposto al ricorrente principale di una inesigibile valutazione “prognostica” circa le concrete possibilità di ottenere una pronuncia favorevole nel merito del ricorso); e i rischi (arbitrarietà e comportamenti *contra ius* da parte della stazione appaltante) 137
10. Nuovo pronunciamento della Corte di Giustizia sull’ambito di applicazione dei principi enunciati nella sentenza *Fastweb*: la sentenza *Puligienica* e l’obbligo del giudice interno di esaminare entrambi i ricorsi, a prescindere dal numero dei concorrenti e dai motivi dedotti; le reciproche interferenze tra la norma del processo amministrativo (art. 99, comma 3, c.p.a.) che obbliga la singola Sezione del Consiglio di Stato a non discostarsi dal principio di diritto enunciato dall’Adunanza Plenaria e l’obbligo sancito dall’art. 267 del TFUE (secondo cui le Corti supreme sono tenute ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte medesima quando davanti a loro è sollevata una questione concernente l’interpretazione del diritto U.E. o la validità di atti delle istituzioni dell’Unione). La netta preclusione al giudice nazionale e le analogie con gli orientamenti della Cassazione: rinvio, per tale ultimo aspetto, al Capitolo Quinto, § 6 140
11. Le ragioni delle continue “oscillazioni” della giurisprudenza interna: la concezione oggettiva del giudizio amministrativo; il difficile inquadramento del ricorso incidentale tra gli strumenti di difesa e, in particolare, l’impossibilità di ricondurlo integralmente alla figura dell’eccezione. La dipendenza della questione dell’ordine di trattazione del ricorso principale e del ricorso incidentale dal tipo di strumento difensivo (eccezione o riconvenzione) che si introduce tramite il ricorso incidentale: la necessaria priorità logica del

- “ricorso incidentale – eccezione” e la posizione accessoria del “ricorso incidentale – riconvenzione” 146
12. Limitata applicabilità della soluzione proposta nel paragrafo precedente all’ipotesi in cui il ricorrente principale o il ricorrente incidentale deducano vizi relativi a fasi diverse del procedimento di gara. Necessità di estendere la ricerca ad alcune questioni più generali quali: il rapporto tra legittimazione ed interesse a ricorrere e le reciproche interferenze; la difficile qualificazione dell’interesse strumentale e la sua dubbia collocazione all’interno del nostro sistema di giustizia amministrativa (a seconda di vari e non sempre univoci parametri: discrezionalità dell’Amministrazione, tipologia di vizio, obbligo dell’Amministrazione di rieffettuare la gara, numero delle imprese partecipanti); il tema “capitale” dei rapporti tra giudizio “soggettivo” e di parti e giudizio “oggettivo” 151
13. La qualità di ricorrente come risultato della “combinazione” tra legittimazione ad agire ed interesse al ricorso. Le incertezze dottrinali in merito all’autonoma rilevanza della legittimazione rispetto all’interesse al ricorso e gli incerti confini tra questo e l’interesse legittimo. Adesione alla tesi che distingue tra titolarità della situazione giuridica soggettiva in capo al ricorrente e accertamento della fondatezza del ricorso. La forte caratterizzazione in senso soggettivo del processo amministrativo che, sul piano processuale, comporta una netta distinzione tra la fase (logicamente anteriore) del giudizio, intesa ad accertare la sussistenza in capo al ricorrente delle condizioni dell’azione, legittimazione ed interesse a ricorrere, e la fase intesa ad accertare la fondatezza, nel merito, del ricorso, a fronte delle difese delle altre parti 156
14. La presenza, nel nostro ordinamento positivo, di casi di legittimazione “oggettiva” (legislativamente previsti ovvero ammessi nell’esperienza giurisprudenziale). L’art. 21-*bis*, l. n. 287/1990 che attribuisce all’A.G.C.M. la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti emessi in violazione delle norme che tutelano la concorrenza e il mercato; la *class action* amministrativa, *ex art.* 1, d.lgs. n. 198/2009; le analoghe previsioni in tema di regolazione dei trasporti, di cui all’art. 36, comma 2, l. n. 27/2012; la legittimazione *ex art.* 6, l. n. 168/1989 del Ministro dell’Università e della Ricerca scientifica ad impugnare gli statuti e i regolamenti universitari e del Ministro delle Finanze ad impugnare i regolamenti comunali e provinciali in materia finanziaria 161
15. (Segue) L’attribuzione della legittimazione ad agire davanti al giudice amministrativo ad associazioni (a carattere privato) costituite per la tutela di determinati utenti pubblici: l’art. 18, l. n. 349/1986, sul riconoscimento formale da parte del Governo delle associazioni di protezione ambientale; gli artt. 309, 310, d.lgs. n. 152/2006, che legittimano le predette associazioni a presentare denunce e osservazioni concernenti ipotesi di danno ambientale nonché ad agire per l’annullamento di atti adottati in violazione delle disposizioni in materia ambientale 167
16. La tendenza attuale della giurisprudenza ad ampliare oltremodo la legittimazione a ricorrere di enti collettivi o associativi 168

17. Adesione all'opinione dottrinale secondo cui i penetranti poteri discrezionali del giudice amministrativo nel contenzioso sui contratti pubblici (artt. 121-124 c.p.a.) sarebbero espressione di un modello processuale differenziato, rivolto direttamente alla tutela di un interesse pubblico sensibile (concorrenza) ritenuto meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento 171
18. I caratteri comuni alle diverse fattispecie descritte: 1) l'esigenza di tutela di un interesse pubblico sensibile (concorrenza, ambiente, beni culturali); 2) la presenza, in capo al giudice amministrativo, di poteri diversi ed ulteriori rispetto a quelli ordinari (sotto il profilo cognitorio e decisorio); 3) le peculiari ipotesi di legittimazione *ex lege*. L'elemento comune rappresentato dal fatto che l'azione non è promossa a tutela di interessi soggettivi (di singoli soggetti o di categorie di soggetti) ma di interessi generali (pubblici in senso proprio perché pertinenti a tutta la collettività e come tali riconosciuti dall'ordinamento). Aperture alla giurisdizione di tipo oggettivo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 4 e n. 5 del 2015 nonostante la tendenza di parte della giurisprudenza e della dottrina a ricondurre molti degli aspetti considerati nei moduli ordinari di esercizio della giurisdizione amministrativa 176
19. Il tema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale come esempio paradigmatico della recente evoluzione del processo amministrativo da strumento di tutela di interessi soggettivi a strumento di cura di interessi generali. Il punto focale della questione: la persistenza o meno della legittimazione del ricorrente principale, titolare di un interesse strumentale, a seguito dell'accoglimento di un ricorso incidentale "escludente". Il contrasto dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria con il principio di effettività, oggi sancito in ambito sovranazionale. La conseguente necessità di una diversa lettura della questione, più compatibile con la disciplina e gli orientamenti emersi in ambito europeo 181

Capitolo Quarto

La legittimazione al ricorso tra "vincoli" U.E. ed autonomia processuale nazionale: alcune esperienze europee

1. L'esigenza di un'indagine comparata. Definizione dei distinti ambiti d'indagine: *a)* la necessaria verifica in ordine alla compatibilità dell'orientamento del Consiglio di Stato, che afferma il prioritario esame del ricorso incidentale "paralizzante", con l'ordinamento dell'U.E.; *b)* la ricerca di una norma europea o di un diffuso principio normativo in grado di contaminare, dall'alto, l'autonomia procedurale degli Stati membri. Coerenza di tale impostazione con l'art. 6 TUE che sancisce l'apertura degli ordinamenti nazionali alla "contaminazione" dei principi generali del diritto europeo: statuizione che trova piena corrispondenza, in rapporto al diritto amministrativo interno, nell'art. 1 c.p.a. La rilevanza della c.d. "comparazione orizzontale" al fine di individuare un principio normativo condiviso a livello europeo, capace

	<i>pag.</i>
di conformare, quantomeno a livello interpretativo, la norma processuale di diritto interno	190
2. Il problema della legittimazione al ricorso negli altri ordinamenti europei. L'impostazione "liberale" delle condizioni dell'azione nell'ordinamento inglese. L'interpretazione estensiva delle norme sul <i>judicial review</i> , che – sulla base dei principi di contabilità pubblica – giunge a riconoscere la legittimazione ad agire al <i>quisque de populo</i> . L'eccezione rappresentata dai « <i>busybodies</i> »	197
3. La definizione dei criteri di legittimazione nel sistema spagnolo. L'impostazione "neutra" del legislatore che sembra rievocare la nozione "nostrana" di interesse al ricorso (art. 19 della <i>Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa</i> e art. 319 della <i>Ley de Contratos del Sector Público</i>). La nozione "aperta" di legittimazione nelle pronunce del <i>Tribunal Supremo</i> , che la ammette anche per la tutela dell'interesse strumentale, nonostante la mancata partecipazione alla gara da parte del ricorrente	203
4. Il sistema francese: il superamento del <i>caractère subsidiaire</i> del <i>recours pour excès de pouvoir</i> e la configurazione "soggettiva" del <i>référé contractuel</i> come strumento di rivendicazione di un concreto interesse personale del ricorrente. La tradizionale e restrittiva interpretazione delle norme sulla legittimazione ad agire (L. 551-10 del <i>Code de justice administrative</i>)	208
5. (Segue) Le recenti aperture del <i>Conseil d'État</i> intese a compensare le restrizioni imposte dall' <i>arrêt Smirgeomes</i> , in tema di condizioni dell'azione, attraverso una estensione della legittimazione a contestare la validità del contratto, anche a chi ha presentato un'offerta irregolare o inaccettabile, secondo i principi affermati nell' <i>arrêt Tropic</i>	212
6. Le maggiori analogie del sistema tedesco con l'elaborazione normativa e giurisprudenziale italiana: la distinzione, quanto al sistema di tutela, tra gli appalti di rilevanza comunitaria e gli appalti sotto-soglia. La necessaria compresenza, ai fini della ammissibilità del ricorso, di entrambe le condizioni dell'azione: 1) l'interesse alla conclusione del contratto (« <i>Interesse am Auftrag</i> »); 2) la legittimazione intesa quale astratta titolarità della situazione giuridica lesa (« <i>Verletzung in seinen Rechten</i> »)	214
7. Qualche considerazione di sintesi sulle esperienze europee esaminate. Il tratto comune rappresentato dall'interesse obiettivo alla salvaguardia della legalità dell'azione dei pubblici poteri oltreché di tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati. L'esempio paradigmatico della Gran Bretagna, ove le norme in tema di legittimazione sono volte principalmente alla protezione degli interessi dell'intera collettività. La tendenza ad un ampliamento della legittimazione ad agire dei cittadini – contribuenti anche in quei Paesi (come Francia e Germania), che presentano le maggiori analogie con il sistema italiano. I principi di effettività (art. 19 TFUE) ed equivalenza (art. 18 TFUE): parametro di legittimità dell'azione amministrativa o limite all'autonomia processuale degli Stati membri? Necessità di analizzare la disciplina del ricorso in annullamento avverso atti comunitari e, in particolare, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, con riguardo al tema specifico delle condizioni dell'azione	218

Capitolo Quinto

Principio di effettività e ordine di esame delle questioni

Parte Prima: Il principio di effettività nel diritto U.E. tra legittimazione processuale e rinvio pregiudiziale alla Corte U.E.

1. I soggetti legittimati ad impugnare gli atti dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 263 TFUE (ex art. 230 CE). Le persone fisiche o giuridiche avverso: *a) «decisioni di cui siano destinatari»; ovvero b) atti aventi portata generale (regolamenti, direttive) o decisioni rivolte ad altre persone che le riguardino «individualmente e direttamente».* La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul significato di tale ultima locuzione: l'idoneità dell'atto adottato dalle istituzioni ad incidere direttamente sulla situazione giuridica del ricorrente, laddove questo non lasci alcun margine di apprezzamento allo Stato membro per la sua attuazione 227
2. L'ampiezza della legittimazione processuale riconosciuta dalla sentenza *Gend en Loos*; e il successivo "ridimensionamento" di tale canone ermeneutico, nella sentenza *Plaumann*: la rilevanza ai fini della controversa nozione di «interesse individuale» delle qualità personali o di particolari circostanze di fatto, atte ad identificare i soggetti diversi dai destinatari dell'atto alla stregua di veri e propri destinatari di esso. Le perplessità della dottrina nei confronti della sentenza *Plaumann* e i tentativi della giurisprudenza successiva di giungere ad un'interpretazione dell'art. 263 TFUE maggiormente in linea con il principio di effettività: i casi *Jégo Quéré* e *Fost Plus* 230
3. La sentenza *Union de Pequeños Agricultores*: la riaffermazione del principio di effettività e il recupero del *vulnus* di tutela giudiziale a livello comunitario, in sede periferica, attraverso un rafforzamento del ruolo del giudice nazionale come giudice decentrato del diritto dell'Unione. La maggiore attenzione alla tutela dei singoli nelle previsioni del Trattato di Lisbona: la distinzione tra atti legislativi e atti regolamentari e la limitazione della giurisprudenza *Plaumann* al caso di mancata impugnazione di atti di natura regolamentare 236
4. La latitudine dell'autonomia degli Stati membri in ordine alla qualificazione della legittimazione processuale come parametro "dinamico" rapportabile al grado di effettività: l'obbligo del giudice nazionale di assicurare rimedi effettivi che consentano ai privati di censurare atti comunitari ogni qual volta costoro difettino di legittimazione per impugnare gli stessi davanti al giudice dell'U.E. (i casi *American Tobacco* e *Air France*) 241
5. La rilevanza del principio di equivalenza come divieto di discriminazione tra controversie assoggettate a differenti discipline processuali, all'interno del medesimo ordinamento giuridico nazionale: la "funzionalizzazione" del principio di autonomia processuale all'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee: la lettura, in chiave comunitaria, del processo amministrativo, come essenzialmente rivolto alla tutela del soggetto concretamente leso: la rilevanza, in tal senso, delle pronunce della Corte di Giustizia sull'applicazione dell'art. 1, comma 3, della direttiva ricorsi, le quali impongono che non

	<i>pag.</i>
<p>sia, <i>ex se</i>, preclusa la tutela giurisdizionale ai soggetti legittimamente esclusi o illegittimamente ammessi, che aspirano alla rinnovazione della gara, svoltasi in violazione delle norme e dei principi del diritto U.E.</p>	244
<p>6. Omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia U.E.: le conclusioni della sentenza <i>Puligienica</i> e gli orientamenti emersi in ambito europeo sulla inerenza della questione alla giurisdizione; l'impugnabilità in Cassazione <i>ex art.</i> 111, ultimo comma, Cost. e le incertezze della dottrina</p>	251
<p>7. (Segue) La difficile conciliazione degli orientamenti della Corte di Giustizia con la tesi "sostanzialistica" della legittimazione a ricorrere sostenuta dal Consiglio di Stato. Il difetto di contraddittorio pieno e in condizioni di uguaglianza che caratterizza il processo amministrativo, principalmente basato sugli atti della parte resistente</p>	257

Parte Seconda: una proposta ricostruttiva alla luce del principio di effettività.

<p>8. Il nodo centrale della questione: la non corretta applicazione del principio sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che attribuisce priorità logica alle censure di rito rispetto a quelle di merito. Esame della tesi dottrinale e dell'orientamento giurisprudenziale nazionale, che – conformemente ai principi affermati in ambito europeo – afferma la necessità di un accertamento in ordine alla legittimazione ad agire anche del ricorrente incidentale</p>	260
<p>9. (Segue) <i>L'iter</i> argomentativo in tal senso seguito dall'ordinanza Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681 e dalla sentenza Cass. Civ., Sez. Un., n. 10294/2012. Adesione alla tesi dottrinale secondo cui la posizione soggettiva sostanziale legittimante l'esperimento del ricorso consisterebbe nelle pretese partecipative alla procedura di gara, da rinvenirsi nella semplice presentazione della domanda di partecipazione o nell'intenzione di presentarla, se impedita da regole stabilite da un bando tempestivamente impugnato</p>	266
<p>10. L'orientamento dottrinale che ritiene applicabile alla fattispecie il principio – fatto proprio dalla giurisprudenza più recente in base ai principi ricavabili dal Codice del processo amministrativo ed ai canoni di derivazione europea – di non retroattività dell'annullamento in sede giurisdizionale ogniqualvolta la sua applicazione possa risultare incongrua e manifestamente ingiusta ovvero in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Le incertezze sollevate da tale opzione interpretativa e la preferibilità di una soluzione che prospetti una lettura "evolutiva" del concetto di legittimazione, che giunga a riconoscere un interesse giuridicamente rilevante in capo ad un'impresa che, pur avendo partecipato illegittimamente alla procedura ad evidenza pubblica, risulti nondimeno interessata al rispetto della concorrenza</p>	272
<p>11. La parziale risoluzione del problema dell'ordine di esame delle questioni, attraverso un'interpretazione che privilegi le censure "escludenti" rispetto a quelle relative all'attribuzione dei punteggi. Ulteriore selezione all'interno delle censure "escludenti": individuazione di un nucleo di norme la cui vio-</p>	

pag.

- lazione, da parte di un'impresa concorrente, possa determinare il venir meno dell'interesse "strumentale" 277
12. (Segue) Gli spunti in tal senso offerti dall'Adunanza Plenaria n. 5/2015 nonostante alcuni punti critici emersi in rapporto alla struttura del processo amministrativo: il problema dell'ordine di esame delle questioni nel caso di mancata graduazione dei motivi di ricorso e le analogie di tale fattispecie con l'ipotesi di contestuale proposizione di due ricorsi reciprocamente escludenti. La innovativa lettura del principio dispositivo in vista di una effettiva tutela delle posizioni coinvolte. L'obbligo del giudice di pronunciarsi su tutte le domande e, in relazione ad ognuna di esse, su tutti i singoli motivi, seguendo un ordine di trattazione stabilito in ragione della rispettiva consistenza oggettiva delle questioni proposte 281
13. (Segue) Rilevanza in tal senso delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, relative a soggetti socialmente pericolosi o ad ipotesi di responsabilità penale. Necessità di un prioritario esame dei motivi la cui fondatezza determinerebbe l'inammissibilità del ricorso della controparte per carenza dell'interesse strumentale 293
14. Il rito «*superspeciale*» sulle ammissioni ed esclusioni *ex art.* 120, comma 2-*bis*, c.p.a. e i rapporti della nuova disciplina con il ricorso incidentale: la "vanificazione" dell'auspicato effetto deflattivo del contenzioso e gli elementi di ulteriore complicazione; la difficile – o quantomeno dubbia – compatibilità con il sistema europeo di riferimento; il rafforzamento del ricorso incidentale come strumento processuale fondamentale per l'instaurazione del contraddittorio e il limitato ambito di applicazione della nuova disciplina processuale 302
15. Considerazioni conclusive: una proposta ricostruttiva alla luce del principio di effettività: *a*) la necessità di esaminare entrambi i ricorsi, quando entrambe le parti abbiano proposto motivi idonei a far venire meno l'interesse strumentale della controparte; *b*) il prioritario esame del ricorso (principale o incidentale) con il quale solo una delle parti abbia proposto motivi idonei a far venire meno il suddetto interesse strumentale della controparte. L'evoluzione di tale ricostruzione rispetto alle conclusioni prospettate dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014, ravvisabile nel fatto che, tra i motivi con cui le parti contestano reciprocamente l'ammissione alla gara, si opera una distinzione tra i vizi realmente "escludenti", che hanno priorità logica rispetto a tutti gli altri e che, in caso di "simmetria escludente", consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi principale ed incidentale (come i vizi relativi ai requisiti di ordine generale di cui al precedente § 13), da quelli che tali non sono e che, dunque, vanno presi in considerazione, dopo i primi, in quanto impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale (ad es.: vizi formali attinenti alla presentazione dell'offerta o ai requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria) 310
16. (Segue) I limiti della soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Puligienica* con riguardo all'ipotesi di gara cui abbiano partecipato più di due concorrenti e la necessità di individuare una soluzione maggiormente compatibile con il nostro sistema di giustizia amministrativa, in grado

di conciliare il giudizio sulla c.d. “spettanza” con il giudizio “soggettivo” e di parti: il ruolo a questo scopo fondamentale del ricorso incidentale come mezzo di «*introduzione in giudizio di ogni tipo di domanda difensiva*», secondo la nota concezione di A. ROMANO TASSONE; la sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3708/2016, che, declinando la stessa regola *iuris* di cui alla sentenza *Puligienica* in funzione del principio di effettività, ha esteso la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l’accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura

317

Bibliografia

329