

Ancora sul tema dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente dopo Corte di Giustizia 5 aprile 2016, causa C-689/13: il nodo dell'intensità dell'interesse ad agire.

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 5-10-2016

1. Quando la sentenza impugnata si fonda su una pluralità di motivi, ciascuno dei quali singolarmente idoneo a sostenerla, è sufficiente, ai fini del rigetto dell'appello, che uno soltanto di essi risulti esente dai vizi dedotti.

2. Il concorrente escluso da una gara preordinata all'affidamento di un contratto pubblico, con provvedimento divenuto inoppugnabile, non ha titolo per ottenere il ristoro dei pregiudizi derivanti dalla mancata aggiudicazione o dalla perdita di "chance", non sussistendo gli estremi del danno "iniuria datum".

3. I principi espressi dalla recente giurisprudenza europea e nazionale sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente non sono applicabili nell'ipotesi in cui risulti dagli atti di causa che il ricorrente principale abbia espressamente rinunciato all'azione impugnatoria - unico strumento in grado di garantire il soddisfacimento dell'interesse alla riedizione della gara - invocando la sola tutela risarcitoria. Deve, infatti, rammentarsi che i recenti arresti giurisprudenziali, nel ritenere esaminabili nel merito tanto il ricorso principale quanto quello incidentale escludente, mirano a garantire proprio l'interesse strumentale al rifacimento della gara. Neppure è possibile affermare che il ricorso principale possa essere esaminato ai soli fini risarcitori.

(2). Conformi: Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2016, n. 2723; Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2016 n. 1650; Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2015 n. 4588.

(3). Conformi (in parte): T.A.R. Veneto, Sez. I, 24 agosto 2016, n. 977; Cons. Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1662 del 2016, proposto da:

Consorzio Stabile S.I.S. s. c. p. a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, C.F. _____, Giuseppe Rusconi, C.F. _____ e Francesco Vagnucci C.F. _____, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

contro

A.N.A.S. s.p.a. e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, rappresentati e difesi, per legge, dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, sono legalmente domiciliati;

nei confronti di

Autostrada del Brennero s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti, C.F. VNTSFN60T27G273Y e Gianluigi Pellegrino C.F. PLLGLG67T12H501S, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

Coopsette Società Cooperativa, Consorzio Stabile Coseam Italia s.p.a., Oberosler Cav. Pietro s.p.a., Edilizia Wipptal s.p.a., Cordioli e C. s.p.a., Astaldi s.p.a., Salini Impregilo s.p.a., Grandi Lavori Fincosit sp.a. e Impresa Pizzarotti e C. s.p.a. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sezione II, n. 01008/2015, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di progettazione, realizzazione e gestione collegamento autostradale Campogalliano - Sassuolo.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a., di Ministero delle Infrastrutture e dei

Trasporti e di Autostrada del Brennero s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci, Barbieri, in dichiarata sostituzione di Vinti, e Pellegrino, nonché l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara, pubblicato sulla G.U.R.I. n. 140, V Serie speciale, del 3/12/2010, l'A.N.A.S. s.p.a., ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento in concessione delle attività di progettazione, realizzazione e gestione del collegamento autostradale Campogalliano — Sassuolo, tra la A22 e la S.S. 467, "Pedemontana", di importo complessivo di € 881.266.928,50 per la concessione e di € 506.001.557,72 per l'investimento, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ultimata la fase di prequalifica, sono stati invitati alla selezione svariati operatori economici tra cui, per quanto qui rileva, il **Consorzio Stabile S.I.S.** s.c.p.a. e l'RTI tra la Autostrada del Brennero s.p.a. (caporuppo), la Pizzarotti e C. s.p.a., la Coopsette soc. coop. il Consorzio Stabile Coseam Italia s.p.a., la Oberosler Cav. Pietro s.p.a., la Edilizia Wipptal s.p.a., la Cordioli e C. s.p.a. e la Società di Progetto Autostrada Campogalliano Sassuolo s.p.a..

A conclusione delle operazioni di gara, la concessione è stata aggiudicata al RTI capeggiato da Autostrada del Brennero s.p.a., mentre il Consorzio Stabile SIS s.c.p.a. si è classificato al secondo posto.

Ritenendo l'aggiudicazione illegittima, quest'ultimo l'ha impugnata davanti al TAR Emilia Romagna – Bologna, con ricorso, seguito da tre distinti atti contenenti motivi aggiunti (con l'ultimo dei quali ha, pure, contestato la mancata esclusione dalla procedura del RTI capeggiato dall'Astaldi s.p.a., terzo classificato).

Nel giudizio si è costituita la Autostrada del Brennero s.p.a., la quale ha, anche, proposto ricorso incidentale diretto a contestare l'ammissione alla gara del Consorzio Stabile ricorrente.

Con sentenza 17/11/2015 n. 1008 l'adito TAR, esaminato prioritariamente il controricorso, lo ha accolto, rilevando che il Consorzio Stabile SIS s.c.p.a. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara:

a) per l'inadeguatezza di alcune delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del D. Lgs. 12/4/2006 n.

163, sul possesso dei requisiti di ordine generale;

b) perché privo, sin dalla fase di prequalifica, della categoria OS11 e di sufficienti iscrizioni nelle categorie OS9 e OS12.

L'impugnazione principale, all'esito di quella incidentale è stata dichiarata inammissibile.

Avverso la sentenza il Consorzio Stabile SIS s.c.p.a., propone appello col quale - criticata l'impugnata pronuncia sia per non aver esaminato anche il ricorso principale, sia per aver accolto il ricorso incidentale – ripropone le doglianze prospettate in primo grado e non esaminate dal TAR.

Per resistere al gravame si sono costituiti in giudizio l'A.N.A.S. s.p.a., il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la Autostrada del Brennero s.p.a. .

Tanto l'appellante quanto l'appellata Autostrada del Brennero s.p.a. hanno, poi, meglio argomentato le rispettive tesi con memorie difensive e di replica.

Alla pubblica udienza del 7/6/2016, la causa è passata in decisione.

Ritiene il Collegio di dover partire dalla trattazione delle censure con cui l'appellante contesta l'accoglimento del ricorso incidentale.

Fra queste ha carattere assorbente l'esame di quella con la quale l'appellante deduce che il giudice di prime cure avrebbe errato nell'accogliere il motivo del ricorso incidentale, con cui era stato dedotto che la stazione appaltante, una volta accertato, in sede di prequalifica, che il Consorzio Stabile SIS s.c.p.a. era carente della categoria OS11 e non aveva sufficienti iscrizioni nelle categorie OS9 e OS12, non avrebbe dovuto invitarlo, mediante soccorso istruttorio, a integrare il requisito mancante nella successiva fase di presentazione dell'offerta, ma avrebbe dovuto immediatamente escluderlo dal partecipare alla successiva fase di gara.

Sostiene, infatti, l'appellante di aver fatto presente, sin dall'origine, di volere subappaltare a terzi i lavori inerenti a categorie e classifiche non possedute.

Pertanto:

a) non vi sarebbe stata alcuna violazione delle regole che disciplinano il soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica;

b) l'attestazione prodotta unitamente all'offerta, avrebbe dovuto ritenersi meramente ripetitiva di quanto già in precedenza dichiarato.

La doglianza non merita accoglimento.

Il bando con cui è stata avviata la procedura ristretta per cui è causa, richiedeva (pag. 7 e 8) che i soggetti intenzionati a realizzare in tutto o in parte i lavori oggetto di affidamento con la

propria organizzazione d'impresa, dovessero produrre, a pena di esclusione, copia delle attestazioni di qualificazione da cui si evincesse il possesso delle prescritte categorie e classifiche (tra le quali, per quanto qui rileva, OS11, classifica V; OS9, classifica VI e OS12, classifica VII).

Come emerge dal verbale di prequalifica, relativo alla seduta del 10/3/2011 la Commissione esaminatrice ha rilevato *“che, dalla visura dell'attestazione di qualificazione all'esecuzione dei Lavori Pubblici (SOA), non è presente la ctg. OS11 prevista nel bando di gara tra le categorie ed opere oggetto della concessione. Inoltre, si evince che, il concorrente, non dispone della classifica VII nella ctg. OS12, rispetto a quanto previsto nel bando di gara tra le categorie ed opere oggetto della concessione ed analogamente si riscontra una insufficiente iscrizione nella ctg. OS9 per la quale è richiesta la classifica VI. Pertanto il concorrente, in sede di presentazione dell'offerta a pena di esclusione, nell'ambito della dichiarazione relativa all'entità dei lavori che intende appaltare a terzi, dovrà assumere lo specifico impegno ad affidare a terzi, operatori economici opportunamente qualificati, le intere lavorazioni rientranti nella ctg. OS11 classifica V ed interamente o parte delle lavorazioni rientranti nelle categorie OS12 classifica VII e OS9 classifica VI per le quali si è evidenziata una insufficiente qualificazione tecnica per l'assunzione delle opere da eseguire in proprio. La suddetta documentazione dovrà essere prodotta unitamente alla documentazione amministrativa, in sede di presentazione dell'offerta, a pena di esclusione del concorrente”*.

Il Consorzio appellante sostiene che la richiesta formulata dalla stazione appaltante non avrebbe travalicato i limiti a cui il soccorso istruttorio è soggetto nei procedimenti ad evidenza pubblica, avendo già dichiarato ai fini della prequalifica, di voler subappaltare a terzi tutte le opere rientranti nelle categorie OS11, OS9 e OS12.

Tuttavia tale affermazione non risulta comprovata.

Fra i numerosi atti depositati in giudizio, non si rinviene un documento idoneo a dimostrare che il Consorzio appellante, abbia dichiarato di voler affidare a terzi le lavorazioni appartenenti alle categorie per le quali è privo di sufficiente qualificazione, né il medesimo Consorzio indica quale esso sia.

Nemmeno la dichiarazione in data 21/5/2012, resa, peraltro, solo in sede di gara (documento n. 110 prodotto dallo stesso Consorzio in primo grado), è idonea a integrare il requisito di capacità tecnica richiesto dalla *lex specialis*.

Con esso il concorrente dichiara:

“- di impegnarsi ad affidare a terzi, operatori economici opportunamente qualificati, le intere lavorazioni rientranti nella categoria OS11, classifica V, e le intere lavorazioni rientranti nella categoria OS12 classifica VII;

- di impegnarsi inoltre ad affidare a terzi, operatori economici opportunamente qualificati, parte delle lavorazioni rientranti nella categoria OS9 classifica VI”.

Con riguardo alla “categoria OS9 classifica VI”, l’appellante si è limitato a dichiarare di voler subappaltare a terzi “*parte delle lavorazioni*” in essa comprese, senza specificarne l’entità.

Manca, quindi, un preciso impegno del Consorzio a subappaltare a terzi tutte le lavorazioni della detta categoria per cui non è qualificato.

La reiezione della censura esaminata, rende superflua la trattazione dei rimanenti motivi d’appello, rivolti contro i restanti capi di sentenza con cui l’adito TAR ha accolto il ricorso incidentale per ulteriori ragioni.

Ed invero, quando, come nella fattispecie, la sentenza gravata si fonda su una pluralità di motivi ciascuno dei quali sia da solo in grado di sostenerla, perché fondato su specifici presupposti logico-giuridici, è sufficiente, ai fini del rigetto dell’appello, che uno soltanto di essi risulti esente dai vizi dedotti.

Occorre a questo punto esaminare la doglianza con cui l’impugnata sentenza è censurata per aver dichiarato il ricorso principale inammissibile in conseguenza dell’accoglimento di quello incidentale.

Deduce l’appellante che trattandosi di ricorsi entrambi “escludenti” avrebbero dovuto essere ambedue esaminati nel merito.

All’uopo invoca le recenti pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e della Corte di Cassazione, intervenute sul tema dei complessi rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (cfr. Corte Giust. 4/7/2013, causa C-100/12; Cass. Civ. SS.UU. 6/2/2015 n. 2242 e da ultimo Corte Giust. 5/4/2016, causa C-689/13).

Il motivo non può trovare accoglimento.

Nell’atto d’appello, la parte appellante ha esplicitamente dichiarato quanto segue: “*risulta allo stato degli atti che la stazione appaltante abbia stipulato il contratto con il RTI Autobrennero, il quale ormai già da tempo sta eseguendo le opere oggetto dell’affidamento controverso.*”

Di talché la dedotta illegittimità degli atti di gara ha comportato la definitiva compromissione della possibilità, per il Consorzio appellante, di ottenere la tutela in forma specifica (l’aggiudicazione della gara) invocata nel giudizio di primo grado.

Per tale ragione si chiede la condanna degli Enti resistenti a risarcire per equivalente monetario il danno cagionato al Consorzio SIS s.c.p.a. ... a causa della mancata aggiudicazione ...”.

La stessa affermazione è stata, poi, ribadita nella successiva memoria difensiva depositata in data 20/5/2016.

Dalle dichiarazioni dell’appellante emerge incontrovertibilmente come ormai il suo interesse si appunti integralmente sulla tutela risarcitoria, ritenendo non più utile, ai propri fini, quella

impugnatoria.

In tale prospettiva, però, il riferimento ai principi affermati dalle menzionate pronunce della Corte di Giustizia e della Cassazione, non può giovare all'appellante, atteso che le stesse mirano a salvaguardare l'interesse strumentale al rifacimento della gara.

Interesse che, però, può essere soddisfatto solo attraverso il favorevole esperimento dell'azione impugnatoria, cui nella specie l'appellante ha sostanzialmente dichiarato di voler rinunciare.

Né, peraltro, il ricorso principale potrebbe essere favorevolmente esaminato ai soli fini risarcitori.

Infatti, il concorrente escluso da una gara preordinata all'affidamento di un contratto pubblico, con provvedimento divenuto inoppugnabile, non ha titolo per ottenere il ristoro dei pregiudizi derivanti dalla mancata aggiudicazione o dalla perdita di "chance", non sussistendo gli estremi del danno "iniuria datum", (cfr. fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 21/6/2016, n. 2723; 29/4/2016 n. 1650; 1/10/2015 n. 4588; Sez. VI, 2/3/2011 n. 1288).

L'appello va, in definitiva, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante a rifondere alle parti appellate le spese processuali liquidandole come segue:

- a) € 10.000/00 (diecimila), oltre accessori di legge, a favore della Autostrade del Brennero s.p.a.;
- b) € 10.000/00 (diecimila), oltre accessori di legge, a favore di A.N.A.S. s.p.a. e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nella misura della metà per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la pronuncia che si segnala, il Consiglio di Stato effettua alcune considerazioni in ordine ai **rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente**, anche alla luce delle **recenti pronunce della giurisprudenza, europea e nazionale, in materia (Cfr. Corte Giust., 4 luglio 2013, causa C-100/12; Cass. Civ. SS.UU., 6 febbraio 2015, n. 2242; Corte Giust., 5 aprile 2016, causa C-689/13)**. Tuttavia, occorre da subito precisare che **il Consesso non reputa invocabili, nell'ipotesi di specie, i principi espressi nelle citate sentenze e, in proposito, si sofferma sull'interesse che deve sostenere il ricorso principale; interesse strumentale alla riedizione della gara e non, invece, interesse a ottenere un risarcimento**.

Tanto premesso, al fine di meglio comprendere l'iter logico giuridico sotteso alla decisione in commento, appare opportuno dare brevemente conto della vicenda di fatto.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato è chiamato a pronunciarsi sull'appello proposto dal ricorrente principale in primo grado, il quale contesta, in particolare, l'accoglimento del ricorso incidentale e, di conseguenza, il mancato esame del ricorso principale. Occorre precisare che il ricorrente principale in primo grado, odierno appellante, si era classificato secondo nella procedura per l'affidamento in concessione dell'attività di progettazione, realizzazione e gestione del collegamento autostradale Campogalliano — Sassuolo, tra la A22 e la S.S. 467, "Pedemontana" e aveva impugnato l'aggiudicazione a favore del RTI capeggiato da Autostrade del Brennero, ritenendola illegittima. L'aggiudicataria Autostrada del Brennero, costituendosi in giudizio, spiegava ricorso incidentale volto a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale. Il giudice di prime cure accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava inammissibile quello principale.

Ricostruito in breve l'iter della vicenda, è possibile soffermarsi sui temi affrontati dal Consesso e, in particolare, sul **problema dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente**.

Il Collegio, in primo luogo, ritiene infondata la censura con cui l'appellante contesta l'accoglimento del ricorso incidentale, lamentando che, erroneamente, il giudice di prime cure avrebbe aderito alla prospettazione del ricorrente incidentale, in virtù della quale la stazione appaltante, stante la carenza di alcuni requisiti in capo al ricorrente principale, non avrebbe dovuto invitarlo al soccorso istruttorio, ma avrebbe dovuto escluderlo dalla partecipazione alla fase successiva della gara. Al riguardo, si osserva, infatti, che dai documenti depositati non emerge un preciso impegno dell'appellante a subappaltare a terzi tutte le lavorazioni della detta categoria per cui non era qualificato, e, per di più, si precisa come il bando di gara richiedesse agli intenzionati a realizzare in tutto o in parte i lavori oggetto di appalto, di produrre, a pena di esclusione, copia delle attestazioni di qualificazione da cui si evincesse il possesso delle prescritte categorie e classifiche. Tanto chiarito, la Sezione reputa assorbente l'esame della suddetta censura, in quanto il suo rigetto rende superflua la trattazione degli altri motivi dell'appello. Si rileva, infatti, che ove la sentenza impugnata si fondi su una pluralità di motivi ciascuno dei quali sia da solo in grado di sostenerla, perché fondato su specifici presupposti logico-giuridici, è sufficiente, ai fini del rigetto dell'appello, che uno soltanto di essi risulti esente dai vizi dedotti.

Tanto chiarito con riguardo alla richiamata censura, il Collegio si sofferma sui **rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente**, partendo dalle considerazioni effettuate dall'appellante. Quest'ultimo, infatti, sostiene che, trattandosi di **ricorsi entrambi "escludenti"**, gli stessi avrebbero dovuti essere esaminati parimenti nel merito. Nell'ipotesi considerata, invece, i giudici di primo grado, esaminato il ricorso incidentale, hanno dichiarato inammissibile quello principale.

Con riferimento alla tematica dei rapporti tra ricorso principale e incidentale escludente e, più in particolare, avuto riguardo all'ipotesi di ricorsi entrambi "escludenti", le considerazioni effettuate dall'appellante, il quale richiama anche le **recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte di Cassazione, intervenute sul tema (cfr. Corte Giust., 4 luglio 2013, causa C-100/12; Cass. Civ., SS.UU., 6 febbraio 2015, n. 2242; Corte Giust., 5 aprile 2016, causa C-689/13)**, offrono lo spunto per delineare, in breve, lo stato dell'arte. Ciò, anche allo scopo di meglio inquadrare le conclusioni a cui giunge il Consesso nella decisione annotata.

Il **punto di arrivo in materia**, attualmente, è rappresentato dalla **sentenza della Corte di giustizia, 5 aprile 2016, causa C-689/13**.

In particolare, **i giudici europei, pur facendo applicazione dei principi espressi nella progressiva pronuncia "Fastweb" (Corte Giust., 4 luglio 2013, causa C-100/12), allargano**

l'ambito applicativo degli stessi.

Al fine di comprendere la portata innovativa della citata pronuncia del 2016, occorre, tuttavia, richiamare anche quanto sancito nella **stessa sentenza Fastweb**. Con tale decisione, infatti, la Corte europea, ribaltando le conclusioni a cui era giunta l'Adunanza Plenaria (Cfr. Cons. St., Ad. Plen., n. 4/2011, per la quale il ricorso incidentale escludente doveva sempre avere la priorità nell'ordine di esame), ha stabilito che, in presenza di **gara a due**, ***“il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare”***. Ciò in quanto, ove entrambi i ricorsi dovessero essere accolti, dovrebbe essere indetta una nuova gara.

Tanto rilevato in ordine alle conclusioni raggiunte dal Consesso europeo con la sentenza Fastweb, occorre, altresì, mettere in evidenza che **l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 9 del 2014, ha ridimensionato i principi Fastweb, limitando la portata applicativa dei medesimi ai soli casi in cui sussista identità del vizio escludente e, in particolare, quando la causa di esclusione sia uguale per i due ricorrenti, principale e incidentale, afferendo la medesima alla stessa fase del procedimento volto alla valutazione del titolo di ammissione alla gara.**

Ricostruiti in breve i passaggi fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, è utile, a questo punto, soffermarsi su quanto sancito nella **recente sentenza della Corte di Giustizia**.

Il Collegio europeo, in sostanza, fa applicazione dei medesimi principi di cui alla sentenza Fastweb, precisando, tuttavia, con una sorta di interpretazione chiarificatrice, che tali principi sono invocabili a prescindere dal numero dei partecipanti alla gara, dal numero di quelli che abbiano presentato ricorsi, nonché dalla divergenza dei motivi. Tale conclusione è stata raggiunta in virtù del fatto che limitare l'applicazione dei principi Fastweb ai casi di gara a due, rendendo la stessa sentenza Fastweb modello universale di ratio decidendi per molteplici casi tra loro differenti, suscitava perplessità dal punto di vista del principio di parità delle parti nel processo.

Messe in rilievo le nuove conclusioni dell'organo di giustizia europeo e prima di esaminare gli

sviluppi giurisprudenziali successivi alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016, occorre chiedersi se, in base alle considerazioni nella stessa contenute, è possibile affermare che il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente debbano essere sempre necessariamente esaminati entrambi. Al riguardo, due eccezioni potrebbero essere individuate: la prima, relativa all'ipotesi in cui il ricorso principale è infondato, e la seconda concernente i casi in cui sia il ricorso incidentale ad essere infondato.

Tanto considerato, occorre osservare che, a seguito della decisione della **Corte di giustizia del 5 aprile 2016**, la **giurisprudenza amministrativa nazionale è intervenuta al fine di interpretare e applicare la suddetta pronuncia**. In particolare, in aggiunta alla pronuncia annotata, si segnalano **T.A.R. Veneto, Sez. I, 24 agosto 2016, n. 977** (in questa Rivista, con nota di N. Creuso, "Il rapporto tra ricorso principale e incidentale: diverse 'letture nazionali' dei principi comunitari (come da ultimo precisati dalla Corte di giustizia con decisione 5 aprile 2016, n. C-689/13) e **Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708**.

Nello specifico, la pronuncia del **Tar Veneto** si occupa di una **ipotesi** problematica, vale a dire **"quella nella quale dall'accoglimento incrociato dei due ricorsi escludenti non deriva necessariamente il travolgimento dell'intera gara, residuando in gara almeno un altro concorrente, al quale il contratto può dunque essere aggiudicato mediante lo scorrimento della graduatoria"** (Cfr. N. Creuso, Il rapporto tra ricorso principale e incidentale (...), cit.). In relazione a tale ipotesi, i giudici amministrativi di primo grado forniscono una lettura testuale della sentenza, **"secondo la quale, a ben vedere, la regola del necessario esame di entrambi i ricorsi escludenti non subisce e non necessita di alcuna eccezione; nemmeno (qui il punto di particolare interesse) nel caso in cui, per effetto dell'accoglimento di entrambi i ricorsi incrociati, i ricorrenti finiscano per non ottenere alcuna di quelle che, secondo l'impostazione finora seguita, erano considerate utilità sufficientemente consistenti per concretare l'interesse ad agire, ed in particolare nemmeno quella relativa certezza (o elevata probabilità) di ottenere almeno l'utilità c.d. strumentale del rifacimento della gara, conseguente ad una gara risultata deserta"**. A sostegno di tale conclusione, la Sezione considera che, pur potendo l'accoglimento di entrambi i ricorsi portare vantaggio al soggetto terzo classificato che non è parte del processo, in ogni caso, lo scorrimento della graduatoria costituisce una delle possibili decisioni per la stazione appaltante, la quale potrebbe anche indire nuovamente la gara. In tal senso, dunque, i giudici di prime cure interpretano la pronuncia del Collegio europeo nel senso di ritenere sufficiente per l'esame di entrambi i ricorsi, principale e incidentale escludente, la sussistenza di un interesse ad agire, **"consistente nella possibilità, pur labile, della riedizione della gara"** (Cfr. N. Creuso, ibidem).

La posizione del **Consiglio di Stato, nella sentenza 26 agosto 2016, n. 3708, si discosta, in parte, da quella del Tar Veneto**. Il Consesso pone, infatti, l'attenzione sulla **sussistenza di**

un effettivo interesse ad agire, consistente nella concreta possibilità di riedizione della gara conseguente alla verifica di motivi di esclusione in capo a tutti i concorrenti; verifica che deve essere effettuata ad opera della Stazione appaltante in un momento successivo al giudicato che abbia accertato l'esistenza di motivi di esclusione in capo ai ricorrenti. Ne consegue, quindi, che si ritiene necessaria almeno la sussistenza dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (per ulteriori considerazioni, si rinvia al già citato commento di N. Creuso).

Dato atto di tali conclusioni, occorre inserire nel citato quadro giurisprudenziale la **pronuncia del Consiglio di Stato annotata**. In particolare, è necessario rammentare che l'appellante, nel giudizio de quo, sostiene che, essendo i ricorsi proposti in primo grado entrambi escludenti, il giudice di prime cure avrebbe dovuto esaminarli entrambi nel merito. A fondamento di tale censura, l'istante richiama proprio la pronuncia della Corte di giustizia del 2016.

Richiamate le considerazioni dell'appellante, il Consiglio di Stato rileva, invero, come le stesse non possano trovare accoglimento, dal momento che, come emerge dagli atti e documenti di causa, **in capo all'appellante medesimo non residua un interesse strumentale alla riedizione della gara, sussistendo, al contrario, un mero interesse alla tutela risarcitoria, non essendo ritenuta più utile quella impugnatoria**. In tal senso – avverte il Collegio - il riferimento ai principi contenute nelle menzionate pronunce della Corte di Giustizia e della Cassazione, non appare pertinente e, di conseguenza, utile all'appellante. Il **Consiglio di Stato**, infatti, **interpreta le pronunce in questione come tese alla salvaguardia del solo interesse strumentale al rifacimento della gara**, che potrebbe essere soddisfatto soltanto attraverso il favorevole esperimento dell'azione impugnatoria, cui nella specie l'appellante ha sostanzialmente dichiarato di voler rinunciare.

In aggiunta a tanto, il Consesso chiarisce anche che il ricorso principale non può essere favorevolmente esaminato ai soli fini risarcitori. Ciò in quanto il concorrente escluso da una gara preordinata all'affidamento di un contratto pubblico, con provvedimento divenuto inoppugnabile, non ha titolo per ottenere il ristoro dei pregiudizi derivanti dalla mancata aggiudicazione o dalla perdita di "*chance*", non sussistendo gli estremi del danno "*iniuria datum*".

Con la pronuncia in commento, dunque, **il Consiglio di Stato ribadisce la necessaria sussistenza dell'interesse ad agire strumentale alla riedizione della gara, quale condizione per l'esame nel merito di entrambi i ricorsi, principale e incidentale escludente**. La Sezione chiarisce, altresì, che un **indice sintomatico della sussistenza di tale interesse è rappresentato dall'esperimento dell'azione impugnatoria, non essendo,**

di contro, quella risarcitoria utile a sostenere il ricorso principale con cui si contesta la legittimità dell'aggiudicazione.