

Il principio di diritto, già affermato dalla Corte di Giustizia UE, non può essere utilmente esaminato anche dall'Adunanza Plenaria

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 9-1-2020

La questione deferita dalla Sezione non può più essere utilmente esaminata dall'Adunanza Plenaria nel momento in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea, rispondendo al quesito interpretativo posto a sua volta da quest'ultima in sede di rinvio pregiudiziale, ha parimenti soddisfatto l'esigenza di pronuncia del principio di diritto formulata nella originaria ordinanza di rimessione

Nell'ambito di una controversia relativa ad una procedura di gara con più concorrenti si è posta la questione pregiudiziale circa l'obbligo dell'esame del ricorso principale e del ricorso incidentale escludente.

In particolare, all'Adunanza Plenaria era stato chiesto di pronunciarsi sul seguente quesito: "se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate"[\[1\]](#).

A sua volta, l'Adunanza Plenaria aveva chiesto pregiudizialmente alla Corte di Giustizia UE "se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 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, 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.)"[\[2\]](#).

Sulla questione la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che "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"[\[3\]](#).

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha risposto al quesito interpretativo posto in via pregiudiziale e, secondo l'Adunanza Plenaria, ha parimenti soddisfatto l'esigenza di pronuncia del principio di diritto formulata nella ordinanza di rimessione della Sezione.

Conseguentemente, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di non potere più utilmente esaminare la questione, restituendo gli atti alla Sezione di provenienza.

E' la seconda volta, dopo pochi mesi, che l'Adunanza Plenaria si occupa di questioni già oggetto di pronuncia da parte della Corte di Giustizia UE.

Infatti, ad ottobre 2019, l'Adunanza aveva dichiarato non più rilevante un rinvio pregiudiziale alla CGUE essendo successivamente intervenuta una interpretazione da parte della stessa Corte su questione pienamente sovrapponibile a quella rimessa da altro giudice, nello specifico il Tar Lazio[\[4\]](#).

La circostanza suggerisce una riflessione a proposito dell'intensificarsi del coinvolgimento del giudice eurounitario nell'amministrazione della giustizia nazionale.

Ciò stante, risulta particolarmente arduo il compito che il legislatore ha affidato all'Adunanza Plenaria di risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero di dirimere contrasti giurisprudenziali[\[5\]](#).

[\[1\]](#) La questione era stata rimessa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 6 novembre 2017, n. 5103.

[\[2\]](#) Adunanza plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6.

[3] CGUE, Sez. X, 5 settembre 2019, causa C-333/18.

[4] Adunanza plen., 28 ottobre 2019, n. 11-13 (ordinanze).

[5] Articolo 99 d.lgs. n. 104 del 2010.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 17/12/2019

N. 00014/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00014/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 14 di A.P. del 2017, proposto da

Lombardi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto n. 18;

contro

Delta Lavori s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli e Gianni Marco Di Paolo, con domicilio eletto presso lo studio Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercuri n. 13;

MSM Ingegneria s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Martini, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Martini in Roma, corso Trieste 109;

Comune di Auletta, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti

Robertazzi Costruzioni s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con Giglio Costruzioni s.r.l. non costituita in giudizio;

per la riforma

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, 16 marzo 2017 n. 458, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Delta Lavori s.p.a. e MSM Ingegneria s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2019 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria e Pierluigi Piselli;

Considerato che con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania – sezione staccata di Salerno, la Lombardi s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento dell'appalto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori di "risanamento idrogeologico del Centro storico del Comune di Auletta (Sa)", indetta dal Comune campano con bando di gara prot. n. 2601 del 29.06.2015 e conclusa con l'aggiudicazione a favore della società Delta Lavori s.p.a., la quale aveva indicato come progettista dei lavori la società MSM Ingegneria s.r.l..

Considerato che la Lombardi s.r.l., classificata al terzo posto della graduatoria finale, contestava l'ammissione alla procedura di gara tanto dell'aggiudicataria quanto della seconda classifica, l'A.T.I. Robertazzi costruzioni s.r.l. – Giglio costruzioni s.r.l..

Considerato che il giudizio si concludeva con la sentenza del Tribunale amministrativo 16 marzo 2017 n. 458 dove quel giudice esaminava prioritariamente il ricorso incidentale escludente, accogliendone il primo motivo, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità della procedura nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione della Lombardi s.r.l., dichiarando improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale e condannava il Comune di Auletta e la società ricorrente al pagamento delle spese legali a favore della Delta Lavori s.r.l., compensando ogni altra spesa.

Considerato che per la riforma della detta sentenza proponeva appello, iscritto al nrg. 2555 del 2017, l'originaria ricorrente Lombardi s.r.l.. contestando la sentenza, tra l'altro, per aver disatteso i principi di cui alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 aprile 2016, C-689/13 in materia di esame del ricorso principale e incidentale proposti all'interno del medesimo giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di affidamento di appalto pubblico.

Considerato che con ordinanza 6 novembre 2017 n. 5103, la Sezione Quinta, ravvisando l'esistenza sul punto di diritto sottoposto al suo esame di contrasti giurisprudenziali, rimetteva gli atti all'Adunanza plenaria, a norma dell'art. 99 cod. pro. amm., affinché si pronunciasse sulla seguente questione: "se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate".

Considerato che con ordinanza 11 maggio 2018 n. 6, data nel giudizio iscritto al nrg. 14 del 2017, questa Adunanza Plenaria ha ritenuto che le incertezze interpretative derivanti dall'ordinanza di remissione fossero elemento necessario e sufficiente per disporre, in qualità di giudice di ultima istanza, il rinvio della questione alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale, sussistendovi, da un lato, "un chiaro obbligo (art. 267, comma 3, TFUE) discendente non solo dalla posizione formalmente di vertice che tale organo occupa nell'ordinamento giudiziario, ma anche dall'impossibilità che avverso le proprie sentenze sia possibile proporre un mezzo ordinario di impugnazione, e tenuto conto che non si rientra in alcuna delle ipotesi di esclusione dell'obbligo di rinvio (cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 1982, Cilfit, C-283/81; 15 settembre 2005, Intermodal Transports, C-495/03); e dall'altro, stante la rilevanza della questione interpretativa pregiudiziale, in quanto la medesima "risulta dirimente ai fini della decisione del ricorso".

Considerato che l'Adunanza plenaria formulava il seguente quesito interpretativo da sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea: "se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 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, 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 cc), 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 cc).”

Considerato che con la stessa ordinanza veniva altresì richiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi tramite il procedimento accelerato ai sensi dell'art. 105, paragrafo 1, del Regolamento di procedura, “tenuto conto che la questione sottoposta al giudizio della Corte ha natura di questione di principio, e trattasi di problematiche di corrente applicazione”.

Considerato che la questione sottoposta veniva vagliata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea dapprima con ordinanza del Presidente della Corte del 25 luglio 2018, di rigetto dell'istanza di provvedere con procedimento accelerato, e poi, dopo la rimessione alla Decima Sezione, con sentenza del 5 settembre 2019, causa C-333/18.

Considerato che in tale pronuncia, decidendo la questione pregiudiziale sottoposta, la Corte dichiarava: “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.”

Considerato che con istanza del 9 ottobre 2019, l'appellante Lombardi s.r.l. chiedeva di fissare una nuova udienza di discussione del ricorso, essendo venuta meno la causa di sospensione del processo e che, conseguentemente, il Presidente del Consiglio di Stato fissava per la trattazione alla data del giorno 11 dicembre 2019 dove la questione veniva discussa in udienza pubblica.

Considerato che la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea - Decima Sezione, 5 settembre 2019, causa C-333/18, rispondendo al quesito interpretativo posto da questa Adunanza plenaria ha parimenti soddisfatto l'esigenza di pronuncia del principio di diritto formulata nella ordinanza di rimessione della Sezione Quinta, 6 novembre 2017 n. 5103.

Considerato che, stante la detta sentenza, la questione deferita dalla Sezione non possa più essere utilmente esaminata, ravvisandosi dunque l'opportunità di restituire gli atti alla Sezione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, cod. proc. amm., come aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera o), d.lgs. n. 160 del 2012.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) rimette gli atti alla Sezione per la prosecuzione del giudizio.

Ordina alla Segreteria di provvedere alla comunicazione della presente ordinanza alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

