

La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato Rassegna ragionata - Primo semestre 2018

di Laura Lamberti*

31 dicembre 2019

Sommario: 1. L'esclusione della cumulabilità del risarcimento del danno e degli emolumenti di carattere indennitario erogati da enti pubblici, nel caso di malattia dipendente da causa di servizio. - 2. Il rapporto tra funzione nomofilattica e valenza decisoria delle pronunce dell'Adunanza Plenaria. - 3. L'interdittiva antimafia quale fonte di una parziale e temporanea incapacità ex lege, che esclude la possibilità di un risarcimento del danno, anche se riconosciuto da giudicato. - 4. L'onere di immediata impugnazione del bando di gara e la legittimazione all'impugnazione da parte dell'operatore economico. - 5. I presupposti ed i limiti della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in tutte le fasi di gara. - 6. La remissione alla CGUE della questione pregiudiziale in relazione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale "escludente", nell'ipotesi di più concorrenti alla gara non evocati in giudizio o le cui offerte non risultino censurate. - 7. La portata dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, d.lg. 2 luglio 2010, n. 104, con riguardo alla preclusione dell'esame di una questione che potrebbe interferire con aspetti pregiudicanti della fattispecie già esaminati dalla sezione con sentenza non definitiva. - 8. La sufficienza della notifica del ricorso di primo grado nei soli confronti dell'ente che ha emanato l'atto impugnato nella gara d'appalto svolta in forma aggregata. - 9. La disapplicazione del divieto di conferimento degli incarichi dirigenziali nelle amministrazioni dello Stato ai cittadini di altri stati membri della UE.

1. L'esclusione della cumulabilità del risarcimento del danno e degli emolumenti di carattere indennitario erogati da enti pubblici, nel caso di malattia dipendente da causa di servizio

Nella decisione n.1 del 23 febbraio 2018¹ l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affronta il tema della valenza del principio della cd. *compensatio lucri cum damno* nella fase di determinazione del danno cagionato dal datore di lavoro pubblico ad un proprio dipendente.

In particolare, è stata rimessa al giudizio dell'Adunanza Plenaria la valutazione della possibilità che l'importo dovuto quale risarcimento per la violazione del diritto alla salute derivante dalle esalazioni dell'amianto nei luoghi di lavoro sia cumulabile

*Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

¹ Cons. St., A.P., sentenza 23 febbraio 2018, n. 1 in *Foro it.*, 4, III, 2018 (con nota di R. PARDOLESI).

con l'indennizzo ricevuto in ragione della riconduzione dell'infermità a causa di servizio ovvero se esso debba essere decurtato dal risarcimento.

Il Supremo Consesso, nell'approcciare al tema, rileva la necessità di affrontare preliminarmente la qualificazione della natura e dei titoli delle obbligazioni di cui si tratta oltre ai profili relativi ai soggetti del rapporto obbligatorio con specifica attenzione alle fattispecie concrete. Con particolare riguardo alla struttura degli illeciti, l'Adunanza giunge a ritenere che *la presenza di una condotta unica responsabile che faccia sorgere due obbligazioni da atto illecito, aventi entrambe finalità compensativa del medesimo bene giuridico, in capo allo stesso soggetto determini la nascita di rapporti obbligatori sostanzialmente unitari cosa che giustifica l'attribuzione di una, altrettanto unitaria, prestazione patrimoniale finalizzata a reintegrare la sfera personale della parte lesa.*

In tali circostanze, quindi, l'applicazione delle regole della causalità giuridica impone di compensare e liquidare solamente il danno effettivamente subito dal danneggiato, escludendo la possibilità di cumulo.

L'Adunanza ritiene che in tale situazione la regola della *compensatio* non troverebbe la sua "tradizionale" applicazione per la quale è necessario che una condotta comporti, allo stesso tempo, un "danno" e un "vantaggio". Assumendo che la regola della *compensatio* sia priva di una specifica autonomia, essendo piuttosto generalmente riconducibile alle tecniche di determinazione del danno, ritiene che essa, nel caso di specie, troverebbe, un'applicazione ancora più "lineare e diretta". Nella circostanza oggetto d'esame, infatti, gli effetti della medesima condotta sono qualificabili esclusivamente come "danni" con la conseguenza che occorre evitare il "cumulo di voci risarcitorie" e non "il cumulo di danno e di lucro". Ad opinione del Supremo Consesso, nel caso in cui si riconoscesse il cumulo tra indennizzo e risarcimento ciò comporterebbe, con riferimento alla funzione degli illeciti, l'attribuzione alla responsabilità contrattuale di una funzione punitiva. L'esistenza, infatti, di un solo soggetto responsabile e obbligato comporterebbe, per esso, l'obbligo di corrispondere una somma superiore a quella necessaria per reintegrare la sfera del danneggiato con ingiustificata locupletazione da parte di quest'ultimo. Conclusione che non può essere condivisa difettando una espressa previsione legislativa che contempli un illecito punitivo e dunque che autorizzi un rimedio sovracompensativo, non essendo nemmeno configurabile una duplice causa dell'attribuzione patrimoniale.

Il Collegio conclude quindi ritenendo che *nella fattispecie in esame l'accertata finalità compensativa di entrambi i titoli delle obbligazioni concorrenti e del conseguente meccanismo risarcitorio, nonché la semplicità del rapporto che evita le possibili complicazioni ricostruttive connesse al funzionamento della surrogazione, impedisce che possa operare il cumulo tra danno e indennità.*

Di seguito il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria:

La presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario.

2. Il rapporto tra funzione nomofilattica e valenza decisoria delle pronunce dell'Adunanza Plenaria

Nella sentenza del 23 febbraio 2018 n. 2² l'Adunanza Plenaria, esprimendosi sulla portata applicativa dell'art. 99 co. 4 c.p.a., chiarisce e puntualizza i rapporti tra funzione nomofilattica e valenza decisoria delle proprie pronunce. La decisione risponde ai quesiti posti dalla Sezione remittente: da un lato *se, ed in quale misura, ai principi enunciati dall'Adunanza Plenaria possa applicarsi l'"autorità di cosa giudicata", e se l'interpretazione del principio di diritto da essa enunciato, ove ne sia in discussione la stessa portata, competa alla medesima Adunanza Plenaria ovvero se tale interpretazione possa essere svolta dalla stessa Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dall'obbligo di cui all'art. 99, co. 3, c.p.a;* dall'altro se l'Adunanza Plenaria, *nell'enunciare il secondo principio di diritto di cui alla sentenza n. 9 del 2015, (relativo all'ammissibilità del soccorso istruttorio per mancata indicazione degli oneri per la sicurezza laddove la presentazione delle offerte in gara sia avvenuta prima della pubblicazione della sentenza n. 3 del 2015) abbia inteso definire con valenza di giudicato il relativo motivo proposto ovvero se abbia inteso enunciare un 'principio di diritto', ai sensi dell'art. 99, co. 4, c.p.a.*

I giudici della Plenaria, invertendo l'ordine dei quesiti, chiariscono, in via preliminare, *come la statuizione resa con la sentenza Adunanza Plenaria n. 9 del 2015 rappresenti soltanto l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.*

Tale disposizione codicistica, infatti, consente all'Adunanza Plenaria di decidere l'intera controversia ovvero enunciare il principio di diritto e rinviare per il resto il giudizio alla Sezione remittente, la quale dovrà calarlo nel contesto della vicenda sulla quale è chiamato a pronunciarsi dandovi applicazione. Inoltre, diversamente dalla tesi prospettata dalla Sezione remittente, la Plenaria ritiene che la disposizione normativa non sembri consentire *di articolare ulteriormente lo strumento dell'espressione del principio di diritto ammettendo una sorta di graduazione applicativa.*

In sostanza, qualora l'Adunanza Plenaria intenda definire la regola per il caso concreto, avrà quale unico strumento, l'integrale definizione della controversia. Al contrario, ammettendo un diverso grado di astrattezza rispetto al caso concreto, *la rimessione nomofilattica di cui all'articolo 99, cit. rischierebbe di perdere i caratteri propri di uno strumento volto ad una sostanziale reductio ad unitatem e di divenire essa stessa potenziale fonte di interpretazioni variegata e divergenti, con evidente nocimento di quello stesso canone di certezza giuridica cui l'istituto, al contrario, mira.* Precisati i limiti della propria funzione nomofilattica, l'Adunanza Plenaria si sofferma sulla questione - più generale - della possibilità di riconoscere l'autorità di cosa giudicata *in senso endoprocedurale, all'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.* Sul tema, il Supremo Consesso, attraverso un esame delle norme disciplinanti le ipotesi di rimessione all'Adunanza

² Cons. St., A.P., sentenza 23 febbraio 2018, n. 2, in *Foro amm.* (II), 2018, 2, 170.

Plenaria che si sono susseguite nel tempo, chiarisce come la funzione nomofilattica-dapprima inscindibilmente connessa alla funzione decisoria – con l'entrata in vigore del c.p.a. sia divenuta simile, sotto diversi profili, a quella svolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ai sensi dell'articolo 374 c.p.c., svincolata *dalla coesenziale funzione decisoria della controversia devoluta*, potendo, quindi, solo enunciare il principio di diritto e restituire per il resto il giudizio alla Sezione remittente ovvero enunciare il principio di diritto nel solo interesse della legge anche laddove l'Adunanza Plenaria dichiara il ricorso inammissibile o improcedibile ovvero dichiara l'estinzione del giudizio. Conseguentemente, il Supremo Consesso, afferma che *l'enunciazione da parte dell'Adunanza Plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della regula iuris enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'articolo 2909 cod. civ. e di cui all'articolo 395, n. 5 c.p.c.* Solo in relazione ai capi delle sentenze dell'Adunanza Plenaria che definiscono (anche solo parzialmente) la controversia può riconoscersi l'autorità di cosa giudicata che non potrà, al contrario, essere riconosciuta in ordine alla sola affermazione di principi di diritto. Per essi, infatti, è indispensabile un'ulteriore attività di contestualizzazione da demandarsi, necessariamente, alla Sezione remittente che la opererà con attenzione precipua alle specificità della vicenda oggetto di causa. In tali circostanze il giudice remittente potrà esercitare con la massima latitudine i suoi poteri di decisione in ordine a quei capi della questione che sono rimessi al suo giudizio *restando tuttavia astretto al vincolo del giudicato formatosi sui capi definiti dall'Adunanza Plenaria.* Da ultimo il Supremo Consesso, con riferimento all'individuazione dell'organo cui compete la funzione interpretativa di un principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria, sottolinea che l'operazione di riconduzione di una regola iuris al caso concreto necessita di una contestualizzazione indissolubilmente connessa a qualunque attività decisionale, attività che non può che essere svolta dal Giudice del rinvio.

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

L'enunciazione di cui al punto 5.b) della parte in diritto della sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 9 del 2015 non presenta carattere decisivo ma rappresenta l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm..

L'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto.

Ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata.

L'attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. in relazione alle peculiarità del caso concreto spetta alla Sezione cui è rimessa la decisione del ricorso

3. L'interdittiva antimafia quale fonte di una parziale e temporanea incapacità ex lege, che esclude la possibilità di un risarcimento del danno, anche se riconosciuto da giudicato

Con la sentenza n. 3 del 6 aprile 2018 n. 3³, l'Adunanza Plenaria risolve alcune questioni inerenti agli effetti sostanziali dell'interdittiva antimafia. Nel caso di specie, a seguito di una sentenza con cui veniva riconosciuto alla società ricorrente il diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione di un appalto, la PA apprendeva che - precedentemente al giudizio - la società era stata destinataria di una interdittiva antimafia ex artt. 84, comma 3, e 91, comma 6, d.lgs. 159/2011. Emerso tale elemento la stazione appaltante proponeva ricorso per revocazione non accolto, tuttavia, dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, V, 16 marzo 2016 n. 1078) il quale rilevava la necessità di considerare intangibile il giudicato anche in relazione ad un provvedimento di particolare gravità, e nonostante la conferma della sua legittimità da parte del giudice amministrativo nei due gradi di giudizio, poiché comunque intervenuto successivamente "a ciò che in uno Stato di diritto non può essere più messo in discussione". La V Sezione tuttavia, adita in sede di ottemperanza per l'esecuzione della sentenza di condanna al risarcimento del danno, rimetteva la questione all'Adunanza Plenaria con riferimento al problema dell'effettiva eseguibilità di tale sentenza di condanna - essendo emersa a carico dell'impresa vittoriosa in giudizio una informativa interdittiva sfavorevole - stante la preclusione di cui all'art. 67, comma 1, lett. g), d.lgs. 159/2011. La Sezione remittente, esclusa rilevanza preclusiva alla pronuncia di rigetto del ricorso per revocazione, la cui valenza è da considerarsi limitata all'insussistenza del dedotto vizio revocatorio, chiedeva al Supremo Consesso, (i) *se la previsione di cui al comma 1, lettera g), dell'articolo 67 del 'Codice delle leggi antimafia' possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell'impresa di somme dovute a titolo risarcitorio in relazione a una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto nonostante la formazione di un giudicato favorevole, ovvero (ii) se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata*

Al fine di dare risposta ai riportati quesiti, l'Adunanza Plenaria muove dalla ricostruzione della natura e della *ratio* dell'istituto dell'interdittiva antimafia. Il Supremo Consesso, infatti, chiarisce che l'interdittiva antimafia è un *provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.* Essa costituisce uno strumento diretto alla tutela dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. e volto ad evitare rischi di infiltrazioni mafiose nelle imprese che possano condizionare l'agire dell'amministrazione. L'interdittiva antimafia, dunque, è tesa a negare l'affidabilità di un imprenditore, persona fisica o giuridica, evitando che gli possa essere accordata fiducia da parte delle istituzioni ed escludendo che esso, pur dotato di mezzi ed organizzazione adeguati, possa essere *titolare di*

³ Cons. St., A.P., sentenza 6 aprile 2018, n. 3, in *Foro amm.* (II), 2018, 3, 429.

rapporti contrattuali con le predette amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati, come individuati dalla legge, ovvero ancora (come ricorre nel caso di specie) essere destinatario di "contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate".

L'Adunanza Plenaria propende quindi per una ricostruzione dell'interdittiva quale provvedimento che determina una forma di incapacità giuridica prevista dalla legge a tutela di valori costituzionalmente garantiti, che consegue ad un procedimento corredato dalle fondamentali garanzie giurisdizionali. Un' incapacità giuridica parziale, perché inerente i rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione, contrattuali o intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque nelle espresse ipotesi di cui all'art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011, e tendenzialmente temporanea, perché eliminabile a seguito di un successivo provvedimento prefettizio.

Chiarita la *ratio* dell'interdittiva antimafia, il Supremo Consesso si sofferma sul primo quesito posto dalla Sezione remittente. Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, la quale richiama una propria precedente decisione (n. 9 del 2012 attinente ad erogazioni di matrice indennitaria e non risarcitoria) l'art. 67 d.lgs. 159/2011 concernente il divieto di ottenere da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia "*contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali*" deve essere inteso nel senso che esso ricomprenda anche eventuali importi percepiti in ragione di diritti risarcitori riconosciuti in relazione all'esercizio di attività di impresa. L'Adunanza Plenaria, in continuità con quanto deciso nella sentenza n. 9 del 2012, propende per un'interpretazione logico-sistematica e non letterale dell'art. 67, comma 1, lett. g) del Codice delle leggi antimafia come riferentesi a qualsiasi somma proveniente dall'amministrazione, escludendo che possano considerarsi non comprese somme dovute a titolo risarcitorio, in ragione del presupposto che la finalità del legislatore è quella di evitare ogni esborso di matrice pubblicistica in favore di imprese interdette.

Per quanto concerne il secondo quesito, il Supremo Consesso precisa che in questo caso non si realizza una sterilizzazione degli effetti del giudicato poiché la mancata corresponsione del risarcimento discende dalla suddetta incapacità a percepirlo da parte del soggetto astrattamente titolare del diritto e non da una incisione del giudicato.

La controversia ha offerto alla Plenaria la possibilità di precisare che l'interdittiva antimafia assume rilievo non con riguardo all'obbligazione (risarcitoria) che, come accertato definitivamente in giudizio, è dovuta dall'amministrazione, ma in relazione alla "*idoneità*" dell'imprenditore ad essere titolare (ovvero a persistere nella titolarità) del diritto di credito. Chiarito infatti che l'essere destinatario di un provvedimento di interdittiva antimafia determina una forma di incapacità *ex lege*, se ne deduce che ciò non rileva in ordine al rispetto della cosa giudicata, poiché l'amministrazione non smette di essere debitrice della somma al cui pagamento è stata giudizialmente condannata, ma tale somma non può essere erogata in ragione dell'*incapacità del soggetto (che astrattamente sarebbe) titolare del diritto da esso nascente a percepire quanto spettantegli*. La Plenaria rileva infine che nel momento in cui la suddetta incapacità discendente dall'interdittiva venga meno *quel diritto di credito, riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato, "rientra" pienamente nel patrimonio giuridico del*

soggetto, con tutte le facoltà ed i poteri allo stesso connessi, ivi compresa l'actio iudicati dal quale era temporaneamente uscito, e ciò non in quanto una "causa esterna" (il provvedimento di interdittiva antimafia) ha inciso sul giudicato, ma in quanto il soggetto che è stato da questo identificato come il titolare dei diritti ivi accertati torna ad essere idoneo alla titolarità dei medesimi.

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

Il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità ex lege, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto - persona fisica o giuridica - è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159.

L'art. 67, co. 1, lett. g) del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, nella parte in cui prevede il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, "contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali", ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa.

4. L'onere di immediata impugnazione del bando di gara e la legittimazione all'impugnazione da parte dell'operatore economico

Con la sentenza 26 aprile 2018 n.4⁴ l'Adunanza Plenaria torna a pronunciarsi sul tema dell'immediata impugnabilità del bando di gara sollecitata a precisare, alla luce del mutato quadro ordinamentale, i principi espressi nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1/2003. La Terza Sezione, nel rimettere la questione, ha in particolare chiesto, al Supremo Consesso, di specificare la sussistenza dell'onere di immediata impugnazione del bando nel caso di illegittima preferenza per il criterio del prezzo più basso rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, più in generale, se tale onere possa considerarsi predicabile per tutte le clausole che attengano a regole, formali e sostanziali, concernenti l'attuazione della procedura di gara e gli altri atti della procedura che precedano l'aggiudicazione, eccettuati i casi di prescrizioni indefinite e vaghe la cui lesività sarebbe rilevabile solo in connessione con i provvedimenti che ne costituiscono attuazione. Nell'ordinanza di rimessione si chiedeva inoltre, nel caso in cui tale possibilità venisse riconosciuta, di precisare l'ambito di applicazione della nuova regola interpretativa accolta.

L'Adunanza Plenaria, prima di affrontare i quesiti concernenti la materia degli appalti, si sofferma su un'importante questione processuale che, tuttavia, non assume immediato rilievo per la controversia e, sulla quale, non era stato formulato uno specifico quesito. Il tema concerne il potere del giudice di rilevare d'ufficio *la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado in carenza di pronuncia del giudice di primo grado su tali profili.*

⁴ Cons. St., A.P., sentenza 26 aprile 2018, n. 4, in *Foro amm.* (II), 2018, 4, 586.

Partendo dal rilievo del costante riconoscimento, nella vigenza del precedente quadro normativo, di tale possibilità (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2555 VI Sez. n. 4326 del 10 settembre 2008), si evidenzia come, la giurisprudenza fornisca alla questione risposta positiva anche alla luce del Codice del processo amministrativo (Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303 Consiglio di Stato, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4157). Ciò in base a quanto disposto dagli artt. 35 e 9 cpa, il primo che prevede la possibilità, per il giudice, di rilevare d'ufficio i presupposti processuali e le condizioni dell'azione e che, in ragione della sua collocazione nel libro primo, è sicuramente riferibile anche al giudizio d'appello, ed il secondo che limita l'ipotesi di formazione di giudicato implicito, che preclude la rilevabilità d'ufficio per il giudice d'appello, alle sole questioni attinenti alla giurisdizione. Ciononostante su tale interpretazione sono sorti dubbi in dottrina che muovono dalla "*consistenza*" della problematica inerente alla giurisdizione e che portano a rilevare la complessiva contraddittorietà di una interpretazione del sistema processuale che, per un verso, riduce la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione in secondo grado, pur rappresentando la giurisdizione il presupposto fondamentale perché il giudice possa pronunciarsi sulla controversia, e per l'altro, preserva la possibilità di rilevare *ex officio* il difetto di presupposti processuali di rilievo minore. Secondo tale tesi sarebbe preferibile ritenere che, qualora in primo grado si sia giunti ad una decisione di merito, non sia più possibile rilevare d'ufficio questioni concernenti altri presupposti processuali e condizioni di azione sulle quali si dovrebbe considerare formato un giudicato implicito.

L'Adunanza Plenaria, nel negare condivisione a tale pur coerente ricostruzione, ripercorre le ragioni che hanno condotto all'attuale assetto normativo ricordando come, alla fine del secolo scorso, il legislatore ordinario, per scongiurare le sempre più frequenti perplessità sulla corretta identificazione del giudice dotato di giurisdizione, specie in relazione alle controversie in cui era particolarmente complesso identificare la natura delle posizioni giuridiche coinvolte, avesse optato per un criterio di riparto basato sull'attribuzione della giurisdizione per "blocchi di materie". Tale approccio, come noto, venne successivamente ridimensionato dall'intervento della Corte costituzionale con la sentenza 204/2004, cosa che comportò il riemergere dei problemi connessi alle frequenti declinatorie di giurisdizione che, intervenendo nei gradi di giudizio successivi al primo, comportavano un evidente dispendio di attività giurisdizionale con conseguente violazione del principio di ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 Cost. Queste le motivazioni che hanno condotto all'introduzione, nell'ambito del Codice del processo amministrativo, dell'art. 9 che, codificando un approccio già assunto dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (sentenza 9 ottobre 2008, n.24883) condiviso dal Consiglio di Stato (Cons. Stato Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769), esclude la possibilità, per il giudice d'appello, di rilevare d'ufficio, senza che sia stato formulato uno specifico motivo di impugnazione, il difetto di giurisdizione non sollevato in primo grado. La necessità di una lettura sistematica di tale disposizione, rispetto al disposto dell'art. 35, ad avviso dell'Adunanza Plenaria non può tuttavia comportare la perdita, per il giudice amministrativo, del potere di rilevare d'ufficio le condizioni dell'azione ed i presupposti processuali diversi dalla giurisdizione, cosa che

provocherebbe conseguenze sicuramente in contrasto con il diritto sostanziale. Alla luce di tali considerazioni si afferma quindi il principio per cui *sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare ex officio la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione.*

Il Supremo Consesso muove, quindi, ad esaminare la questione di merito concernente la *necessaria partecipazione alla gara quale condizione legittimante l'impugnazione della lex specialis, ovvero dell'esito della stessa, delle eccezioni a tale precetto, e la connessa aspirazione all'enucleazione dei casi in cui sarebbe ammissibile – rectius: doverosa- l'immediata impugnazione del bando (eventualmente anche in carenza della previa presentazione di una domanda partecipativa).* Si tratta di tema ripetutamente affrontato dalla giurisprudenza amministrativa e sul quale si è raggiunta concordia di opinioni anche grazie ai principi espressi in precedenti pronunce dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, AP., 29 gennaio 2003 n. 1; Cons. Stato, AP., 7 aprile 2011, n. 4) nelle quali si è specificamente chiarito, in via generale, che la legittimazione ad impugnare i risultati della gara è riconosciuta esclusivamente ai soggetti che, avendo ad essa partecipato, risultino titolari di una *posizione differenziata* dal che consegue la necessità di impugnare, di norma, i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito insieme agli atti che ne costituiscano attuazione, poiché è con tali atti che si può individuare il soggetto leso dal provvedimento e riconoscere attualità e concretezza alla lesione stessa. Si è inoltre riconosciuta la possibilità di individuare, in via di eccezione, alcune ipotesi in cui il bando possa (e debba) costituire oggetto di impugnazione immediata oltre a circostanze in cui tale possibilità di immediata impugnazione debba essere accordata anche a soggetti che non abbiano partecipato alla procedura. Con la sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014, a tali principi si è aggiunta l'ulteriore specificazione dell'ammissibilità di deroghe, al fine di ampliare la tutela della concorrenza, solo ove ricorrano tre tassative circostanze consistenti (i) nella contestazione in radice dell'indizione della gara; (ii) nella contestazione dell'assenza di una gara che sarebbe dovuta essere realizzata essendo stato invece l'appalto affidato in via diretta; (iii) nella specifica impugnazione di clausole del bando formulate in modo da risultare immediatamente escludenti. È tale ultima ipotesi, statisticamente più frequente anche perché di più difficile interpretazione, che ha impegnato la giurisprudenza in uno sforzo di chiarificazione delle situazioni che integrino clausole immediatamente escludenti in relazione alle quali, facendo leva sulla clausola di apertura enucleata nella sentenza dell'Adunanza Plenaria 1/2003, è stata fornita dalla giurisprudenza prevalente *una risposta "ampliativa"* della quale la Plenaria fornisce un decalogo.

Il Supremo Consesso quindi sintetizza l'attuale assetto raggiunto dalla giurisprudenza e condiviso dalla dottrina nel senso che *il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del*

mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo. La revisione di tale impostazione è stata sollecitata da alcune ordinanze di rimessione della Sesta Sezione (n. 351/2011, n. 2633/2012, n. 634/2013) ma sulle quali, le relative pronunce dell'Adunanza Plenaria, non hanno ritenuto di convenire valutando l'impostazione che discende dalla Plenaria 1/2003 coerente con i principi generali in materia di condizioni dell'azione, di cui agli artt. 24, co. 1°, Cost., 100 c.p.c., 39, comma 1, c.p.a.

Chiarito il contesto teorico e normativo in cui si inquadrano i quesiti sottoposti al suo giudizio, l'Adunanza Plenaria rileva che, in relazione alla vicenda che origina la rimessione, non ci si trovi innanzi a clausole immediatamente escludenti, neanche nell'accezione ampliata acquisita dalla giurisprudenza, considerato che, come rilevato anche dalla Sezione remittente, la scelta del criterio di aggiudicazione esula dal novero di quelle escludenti. La Sezione rimettente, tuttavia, sollecita proprio un ripensamento di questo approccio chiedendo *se non si debba affermare il principio per cui non soltanto le "clausole del bando immediatamente escludenti" ma anche tutte le prescrizioni generali del bando debbano essere immediatamente impugnate, e quindi (con più stretta aderenza alla fattispecie di causa) "quella relativa all'adozione del criterio del prezzo più basso, in luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo" e più in generale "tutte le clausole attinenti alle regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione"* specificando anche *se sia – o meno – condizione di ammissibilità del ricorso l'avvenuta presentazione da parte del soggetto ricorrente della domanda di partecipazione alla gara.*

Il Supremo Collegio approccia al tema muovendo da tale ultimo profilo e ciò non perché sia rilevante per i fatti di causa (rispetto ai quali tale partecipazione c'è stata) ma per ragioni di priorità logica in quanto ove si ammettesse tale *anticipazione della soglia di tutelabilità dell'interesse sarebbe incomprensibile la regola opposta che, invece, imponesse al soggetto partecipante alla gara di attendere l'esito infausto della selezione per potere proporre la medesima impugnazione.* Tuttavia, l'Adunanza Plenaria richiama sul punto la consolidata giurisprudenza, avallata anche dalla Corte costituzionale (Corte cost. 22 novembre 2016 n. 245) e, riconoscendo all'operatore che non ha partecipato alla gara esclusivamente un interesse di mero fatto e dalla consistenza ipotetica alla caducazione dell'intera procedura, conferma il principio per il quale *l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione: e ciò, sia con riferimento alla previgente legislazione nazionale in materia di contratti pubblici, che nell'attuale quadro normativo.* Assunto confortato dal mancato riscontro, sul piano del diritto europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, di argomenti che debbano indurre a modificare tale consolidato convincimento.

Infine l'Adunanza si occupa del termine entro il quale impugnare le previsioni del bando che non rientrino nel novero delle clausole escludenti e ritiene di dover condurre la verifica, trattandosi di questione di massima importanza, sia in relazione alle prescrizioni di cui al d.lgs. 163/2006 (che governano *ratione temporis* la gara oggetto di

causa) sia riguardo alle disposizioni del d.lgs. 50/2016 in particolare con riferimento all'art. 211, comma 1 bis relativo alla legittimazione processuale dell'ANAC, e all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, relativi al rito cd. super accelerato. In entrambi i casi, per motivi teorici generali ma anche per necessità pratiche, l'Adunanza Plenaria non ritiene che tali previsioni assumano rilievo in ordine alla necessità di rivedere il tradizionale e consolidato orientamento secondo il quale *le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente debbano essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo*, che merita di essere confermato.

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

Sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare ex officio la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione

Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura

5. I presupposti ed i limiti della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in tutte le fasi di gara

Con la decisione del 4 maggio 2018, n.5⁵ l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affronta il tema della configurabilità della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ritenendo che essa possa sussistere non solo dopo ma anche prima dell'aggiudicazione ed in relazione a qualsiasi comportamento che risulti contrario ai doveri di correttezza e buona fede anche successivo al bando di gara e non solo in ordine a quelli ad esso precedenti. La questione, rimessa dalla III sezione del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, n. 515), fa riferimento ad un contrasto esistente nell'interpretazione giurisprudenziale per la cui soluzione viene richiesto l'intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria. In particolare, la sezione remittente pone i seguenti quesiti: "1. *Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;* 2. *Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di*

⁵ Cons. St., A.P., sentenza 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro amm.* (II), 2018, 5, 766.

evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione"

Il supremo Consesso non condivide la premessa concettuale, cui aderisce la sezione remittente, che considera la "trattativa" quale presupposto per la nascita del dovere di correttezza e di buona fede al quale corrisponde, nel partecipante alla gara, il ragionevole affidamento alla conclusione del contratto. In base a tale tesi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sarebbe l'aggiudicazione (definitiva) il momento da cui poter configurare tale ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto e la conseguente possibilità, per il partecipante alla gara, di lamentare un ingiustificato "recesso" dalle trattative nel caso in cui l'amministrazione eserciti poteri di autotutela sugli atti di gara. L'Adunanza ritiene, invece, che *il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ed inoltre che tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara*

La Plenaria giunge a queste conclusioni perché ritiene necessario fare riferimento alla portata attualmente assunta dal dovere di buona fede e correttezza che si deve ritenere prescinda dalla sussistenza di una trattativa avanzata per la configurabilità di un ragionevole affidamento alla conclusione del contratto. Ciò in quanto, ad avviso del Supremo Consesso, i principi in parola non mirano esclusivamente a tale tutela ma, più ampiamente, a quella della libertà di autodeterminazione negoziale. Rilievo confermato dalla consolidata giurisprudenza che, in ipotesi di responsabilità precontrattuale, commisura il danno risarcibile non alle utilità che si sarebbero potute trarre dalla conclusione del contratto ma all'interesse al non subire interferenze in ordine all'esercizio della propria autonomia negoziale (interesse negativo) ovvero, in particolari circostanze, alla differenza tra il vantaggio economico tratto dal contratto concluso ed il differente e migliore vantaggio che sarebbe derivato dal diverso contratto che si sarebbe potuto concludere in mancanza delle suddette indebite ingerenze (interesse positivo).

Ad avvalorare questa ricostruzione vi è anche la constatazione che il rispetto del dovere di correttezza trova riscontro anche con riferimento all'attività autoritativa della pubblica amministrazione, potendo essere invocato dal privato che partecipa al procedimento amministrativo. La necessità che la pubblica amministrazione, nell'esercizio della sua potestà autoritativa nel contesto della dinamica procedimentale, rispetti non solo le regole pubblicistiche ma anche le i principi e le norme generali dell'ordinamento civile è ormai generalmente affermato dalla giurisprudenza come dalla dottrina. In svariate circostanze, infatti, è stato riconosciuto che atti della pubblica amministrazione, pur legittimi in quanto adottati nel rispetto delle norme pubblicistiche, fondassero una responsabilità da comportamento scorretto perché posti in violazione dei suddetti principi di correttezza incidendo non sull'interesse legittimo ma *sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza* (Cons. St., sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; id., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; id., A.P., 5 settembre 2005, n. 6)

In questo senso viene richiamata la recente sentenza della sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, che fa riferimento ad un modello di amministrazione pubblica costantemente ispirato ai principi di correttezza e buona amministrazione, direttamente desunti dall'art. 97 Cost. Da tali considerazioni è possibile dedurre l'ampiezza del contesto applicativo dei doveri di buona fede, lealtà e correttezza che operano anche in ordine all'attività procedimentalizzata della pa e non solo con riferimento all'attività diretta alla stipulazione di contratti. Tali doveri devono essere, quindi, rispettati anche nell'ipotesi in cui manchi tecnicamente una trattativa ma sussista *una situazione 'relazionale' qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative*. Per questo motivo apparirebbe incongruente una ricostruzione che, in relazione alle procedure di evidenza pubblica, configuri il sorgere della responsabilità precontrattuale, connessa alla violazione dei doveri di correttezza, solo a seguito dell'aggiudicazione. In questo modo si delineerebbe un regime *speciale e privilegiato* di responsabilità per le amministrazioni pubbliche *che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell'ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo di cui si è dato atto*. Si nega, inoltre, condivisibilità anche alla possibilità di limitare la suddetta responsabilità ai soli comportamenti precedenti al bando perché ciò si porrebbe in contrasto con il carattere atipico delle condotte che possono portare alla configurazione dell'illecito civile. Esso, infatti, che si fonda sulla lesione ingiustificata della posizione soggettiva a prescindere dalle modalità con le quali ciò accada. La Plenaria riconosce, quindi, configurabile la responsabilità precontrattuale della PA non solo dopo ma anche prima dell'aggiudicazione del contratto e non solo con riguardo a comportamenti precedenti al bando ma anche ad esso successivi tutte le volte in cui l'amministrazione tenga un comportamento che risulti in contrasto con i principi correttezza e buona fede. Naturalmente l'Adunanza Plenaria conclude sottolineando come la verifica circa la sussistenza dei presupposti della responsabilità in parola, nel caso concreto, si caratterizzi per la sua complessità essendo tali presupposti poliedrici e non astrattamente predeterminabili ma legati alle numerose variabili connesse al caso concreto. Tuttavia, a mero scopo esemplificativo, La Plenaria conclude dettando un decalogo di alcuni profili che devono essere attentamente valutati quali significativi sintomi per la configurabilità dei suddetti presupposti. Essi sono: a) *il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando); b) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara; c) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo); d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata); e) la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio,*

non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ragione, l'esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto).

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.

Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

6. La remissione alla CGUE della questione pregiudiziale in relazione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale "escludente", nell'ipotesi di più concorrenti alla gara non evocati in giudizio o le cui offerte non risultino censurate

Con l'ordinanza 11 maggio 2018, n.6⁶ l'Adunanza Plenaria rimette alla Corte di Giustizia la discussa questione del rapporto tra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di appalti. Come noto con la sentenza della Corte di Giustizia

⁶ Cons. St., A.P., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6, in *Foro amm.* (II), 2018, 5, 778.

dell'Unione europea C-689/13 del 5.4.2016 (c.d. sentenza Puligienica) la Corte ha ritenuto applicabili i principi enunciati nella sentenza Fastweb (in base ai quali nell'ipotesi in cui nel ricorso incidentale ed in quello principale si lamenti reciprocamente la partecipazione dell'altro concorrente, per i medesimi motivi, è necessario che il giudice esamini entrambi i ricorsi non potendo limitarsi a vagliare esclusivamente quello incidentale) anche nell'ipotesi in cui si tratti di una gara con più di due concorrenti collegando l'interesse del ricorrente principale, nei cui confronti viene presentato il ricorso incidentale escludente, non all'iniziativa giurisdizionale ma al comportamento dell'amministrazione appaltante che, con un'azione in sede di autotutela, potrebbe annullare l'intera procedura. L'attuazione della sentenza in parola non ha tuttavia ricevuto una lettura concorde da parte dei giudici del Consiglio di Stato ed essendosi verificato un contrasto giurisprudenziale la V Sezione ha rimesso alla Plenaria il 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 ”.*

Nell'ordinanza l'Adunanza Plenaria provvede in primo luogo ad identificare i punti fermi che discendono dall'importanza attribuita, dalla Corte di Giustizia, al concetto di *“interesse strumentale alla ripetizione della procedura”*, consistenti nella certezza che: *a) nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi propongano ricorsi reciprocamente escludenti, si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione dai medesimi proposti, quali che siano i motivi di censura ivi contenuti; b) ad analoghe conclusioni deve pervenirsi (anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara), ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura.* La Plenaria rileva invece l'esistenza di un contrasto interpretativo qualora permangano in gara più concorrenti all'aggiudicazione ed in particolare nella duplice ipotesi che: *a) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara di guisa che, anche laddove entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero tuttavia alcune offerte non “attinte” dai vizi riscontrati; b) al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la lex specialis tese ad invalidare l'intera gara e determinanti – ove accolte – la certa ripetizione della procedura.*

In particolare la seconda situazione è quella verificatasi nel caso posto al vaglio della Sezione remittente e conseguentemente della Plenaria la quale, in aderenza a quanto rilevato dalla V Sezione, individua due possibili interpretazioni che, pur prendendo le mosse da una condivisa premessa concettuale (l'insussistenza dell'interesse diretto e immediato del ricorrente principale all'aggiudicazione derivante dall'accoglimento del ricorso incidentale “escludente”) giungono a differenti conclusioni.

La Plenaria rileva che sulla base di un primo filone interpretativo (Cons. Stato, V, 20 luglio 2017, n. 3593) dalla sentenza Puligienica deriva la necessità, anche in tali circostanze, di esaminare il ricorso principale, pur dopo l'accoglimento di quello incidentale escludente, a prescindere dal numero dei soggetti partecipanti (e della loro

eventuale estraneità al giudizio) e dai vizi prospettati come motivi di ricorso principale, *poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale e incidentale: nella descritta situazione non costituirebbe evenienza necessaria l'aggiudicazione del contratto all'impresa successivamente classificata, perché la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non vi resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare e si addivenga alla ripetizione della procedura;*

Secondo una diversa ricostruzione (Consiglio di Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708), invece, nella suddetta situazione il ricorso principale andrebbe doverosamente esaminato solo nell'ipotesi in cui il suo accoglimento producesse per effetto conformativo *un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento: ma, nel caso di più di due imprese partecipanti alla gara delle quali solo due siano in giudizio, ciò potrebbe avvenire soltanto se fosse rimasto accertato che anche le offerte delle restanti imprese risultino affette dal medesimo vizio che aveva giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente parte della controversia.*

In ragione delle diverse ricostruzioni prospettate, entrambe per altro passibili di rilievi critici, la Plenaria rimette la questione alla Corte di Giustizia formulando come segue la propria posizione: *a) sarebbe maggiormente armonico 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), che venisse precisato 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"), dovrebbe essere valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adito; b) in quest'ottica, sarebbe opportuno che venisse rimesso 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.*

Di seguito il quesito interpretativo rimesso alla Corte di Giustizia:

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.).

7. La portata dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, d.lg. 2 luglio 2010, n. 104, con riguardo alla preclusione dell'esame di una questione che potrebbe interferire con aspetti pregiudicanti della fattispecie già esaminati dalla sezione con sentenza non definitiva.

Con ordinanza n. 7 dell'11 maggio 2018⁷, l'Adunanza Plenaria rinvia gli atti alla Sezione remittente, fornendo alcuni chiarimenti sulla portata dell'art. 99 co. 1 ult. periodo D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Prima di concludere per la restituzione degli atti, i giudici si soffermano comunque sulla questione giuridica sottoposta con l'ordinanza di rimessione e sulla possibilità di esprimere il richiesto principio di diritto. La vicenda all'esame della Plenaria concerne l'annosa questione circa la spettanza, nell'ipotesi di un affidamento diretto di un appalto per il quale non sia stata espletata la gara, del risarcimento del danno per equivalente in ordine alla perdita di chance a favore di un'impresa concorrente che, quale operatore del settore economico, avrebbe potuto partecipare. Sul punto la Sezione remittente riportava le due diverse interpretazioni contrapposte. Da una parte (tesi ontologica) la perdita di chance ricondotta nell'alveo del danno emergente e quindi, qualificata come perdita della realizzazione di un risultato; dall'altro (tesi eziologica) ricondotta al lucro cessante, il cui mancato guadagno si sostanzia nella mancata realizzazione del risultato favorevole che si sarebbe certamente raggiunto. La questione rimessa all'Adunanza plenaria si incentra, quindi, nell'opzione tra la tesi eziologica e quella ontologica, la cui scelta comporta ricadute significative in relazione *alla qualificazione della natura giuridica della figura, all'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, all'accertamento dell'ingiustizia del danno e del nesso di causalità, all'accertamento probatorio ed al grado di certezza con esso richiesto, alla determinazione della consistenza della situazione soggettiva vantata nei confronti del debitore, agli eventuali criteri di liquidazione del danno.* È proprio su questo punto che l'esame della Plenaria si interrompe, rimettendo gli atti alla Sezione. Infatti, a parere dell'Adunanza Plenaria, i giudici remittenti, si erano già pronunciati sul nesso di causalità tra il comportamento dell'Amministrazione e la perdita di *chance*, sulla esistenza e consistenza della *chance* di aggiudicazione e sulle connesse valutazioni sul profilo probatorio. Ed ancora, con la sentenza non definitiva la Sezione remittente aveva già fissato in misura del 20% la consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara del ricorrente. L'Adunanza plenaria, trovandosi di fronte ad un quadro così confuso ed incerto, muove alcune considerazioni sulla portata dell'art. 99 co. 1 ult. periodo. In primo luogo, una propria pronuncia potrebbe interferire con i profili già esaminati dai giudici remittenti con la

⁷ Cons. St., A.P., ordinanza 11 maggio 2018, n 7, in *Foro it.* 2018, 12, III, 638.

sentenza non definitiva e ciò non sarebbe ammissibile. In secondo luogo, la pronuncia potrebbe essere condizionata dalla ricostruzione effettuata dalla Sezione e dalle scelte già indicate in sentenza, così da non consentire un esame approfondito svincolato da preconcetti. In questo modo verrebbe negato un esame pieno della fattispecie, tale da consentire l'affermazione di un principio di diritto. A seguito di tali considerazioni l'Adunanza plenaria ha ravvisato i presupposti per restituire gli atti alla Sezione remittente per la prosecuzione del giudizio.

8. La sufficienza della notifica del ricorso di primo grado nei soli confronti dell'ente che ha emanato l'atto impugnato nella gara d'appalto svolta in forma aggregata

Con sentenza non definitiva n. 8 del 18 maggio 2018⁸ e ordinanza di restituzione alla Sezione remittente, l'Adunanza Plenaria affronta il discusso tema della necessità, o meno, nell'ipotesi di procedura di aggiudicazione in forma aggregata, di realizzare la notifica del ricorso introduttivo a tutti i soggetti che aderiscono in forma aggregata alla procedura di aggiudicazione e non solo al soggetto capofila che si è occupato della procedura ed ha emanato il provvedimento (o i provvedimenti) oggetto di impugnazione.

Prima di soffermarsi sui principi espressi dall'Adunanza Plenaria, è opportuno rilevare alcune peculiarità della vicenda. Infatti, la Sezione pur rimettendo la suddetta questione dinanzi al Supremo Consesso, ha provveduto ad esaminare alcuni motivi di carattere escludente del ricorso incidentale in via preliminare rispetto all'esame del ricorso principale.

L'Adunanza Plenaria, quindi, invertendo l'ordine delle questioni giuridiche sottoposte, chiarisce che la regola del prioritario esame del ricorso incidentale escludente, rispetto a quello principale, non può trovare applicazione qualora si faccia questione della corretta notificazione del ricorso principale. Dalla decisione sulla notificazione, infatti, discende la regolare costituzione del rapporto giuridico processuale, in assenza della quale non sarebbe possibile approcciare all'esame del ricorso incidentale che presuppone che il giudizio sia stato regolarmente instaurato.

Fatta questa precisazione, l'Adunanza Plenaria affronta il primo quesito prospettato *concernente la necessità, o meno, in caso di procedura di aggiudicazione in forma aggregata, di provvedere alla notificazione del ricorso introduttivo del giudizio non solo al soggetto capofila che ha curato la procedura e che ha adottato il provvedimento (o i provvedimenti) impugnati ma anche a tutti i soggetti che aderiscono alla procedura di aggiudicazione in forma aggregata.*

L'Adunanza Plenaria conferma, sul punto, l'interpretazione della giurisprudenza che considera la notifica realizzata alla sola amministrazione capofila che ha gestito la gara in tutte le sue fasi, dall'emanazione del bando a quella del provvedimento di aggiudicazione, come sufficiente.

⁸ Cons. St., A.P., sentenza non definitiva 18 maggio 2018, n. 8, in *Foro amm.* (II), 2018, 5, 788.

Il Supremo Consesso, infatti, ritiene risolutivo in proposito la considerazione che ex art. 41 c.p.a., affinché possa considerarsi correttamente instaurato il contraddittorio, è necessaria la notifica del ricorso introduttivo alla sola amministrazione che ha provveduto ad emanare l'atto oggetto di impugnazione. Poiché l'art. 41 c.p.a., esclude la necessità che il ricorso sia notificato anche ad amministrazioni od enti che sono state coinvolte nel procedimento ma che non abbiano emanato il provvedimento finale, ciò consente di ritenere il principio valevole anche nella fattispecie in parola essendo richiesta la notificazione a tutte le amministrazioni coinvolte solo nell'ipotesi in cui l'atto finale sia ascrivibile a più amministrazioni, come avviene con riferimento ai concerti o con gli accordi di programma, in relazione ai quali la legittimazione passiva è riconoscibile in capo a tutte le amministrazioni interessate.

Nelle circostanze sopradescritte, del tutto differenti da quelle in cui l'atto sia emesso da amministrazioni diverse, vi è una sola amministrazione (capofila) che ha la gestione e la responsabilità della procedura, risultando l'unica cui gli atti della procedura stessa sono imputabili ed alla quale deve essere notificato il ricorso per la loro contestazione. Diversamente opinando, a favore di una estensione della legittimazione processuale a soggetti diversi dall'amministrazione che ha emanato l'atto, si perverrebbe ad una violazione delle prescrizioni che fondano la corretta instaurazione del rapporto giuridico processuale. Per quanto concerne le ulteriori questioni prospettate dalla Sezione rimettente, l'Adunanza Plenaria decide di restituire, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., comma 1 ultimo periodo, gli atti alla Sezione.

Infatti, il Supremo Consesso ritiene inammissibile rimettere allo stesso una questione di diritto se il motivo di ricorso che ha originato il quesito in esame è stato già deciso in sede di rimessione. Con l'occasione l'Adunanza Plenaria chiarisce anche che ogni quesito va formulato in modo puntuale tenendo conto della censura nella sua interezza dedotta in giudizio.

Di seguito il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria:

Ai sensi dell'art. 41 comma 2, c.p.a., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente " ... alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato ... ".

9. La disapplicazione del divieto di conferimento degli incarichi dirigenziali nelle amministrazioni dello Stato ai cittadini di altri stati membri della UE.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 9 del 25 giugno 2018⁹, si pronuncia in ordine ai quesiti formulati dalla VI Sezione del Consiglio di Stato concernenti la possibilità di applicare le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 1, del Dpcm n. 174 del 1994 ed all'articolo 2, comma 1, del Dpr n. 487 del 1994, che riservano ai cittadini italiani l'assunzione dei posti di livello dirigenziale. Nello specifico la questione riguarda i direttori stranieri dei musei, e precisamente il direttore di Palazzo Ducale a Mantova, che è stato nominato dal MIBACT pur essendo di nazionalità austriaca. Il

⁹ Cons. St., A.P., sentenza 25 giugno 2018, n. 9, in *Foro amm.* (II), 2018, 6, 949.

Supremo Consesso, non condividendo l'approccio prospettato dalla Sezione remittente, si è pronunciato per la disapplicazione delle norme in parola in quanto contrastanti con il diritto eurounitario ed a favore dell'applicazione dell'art. 45 TFUE che sancisce il principio di libera circolazione dei lavoratori.

Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, l'applicazione dell'art.1, comma 1, del Dpcm n. 174 del 1994 e dell'articolo 2, comma 1, del Dpr n. 487 del 1994 non può essere sostenuta richiamando l'operatività della 'riserva di nazionalità' di cui al paragrafo 4 dell'articolo 45 del TFUE. Come più volte chiarito dalla Corte di Giustizia il concetto di pubblica amministrazione di cui al paragrafo 4, in base al quale gli Stati possono invocare la riserva di nazionalità, deve essere inteso in maniera particolarmente restrittiva e rigorosa rappresentando un'eccezione rispetto ad una libertà fondamentale e riguardando, quindi, solo quegli impieghi nell'amministrazione pubblica *"che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato"*. Viene in particolare richiamata sul punto la pronuncia della Corte di Giustizia (CGUE, sent. 10 settembre 2014 in causa C-270/13 – *Iraklis Haralambidis*) che, in relazione alla nomina a Presidente di un'Autorità portuale italiana, ha puntualmente definito ambiti e limiti per l'operatività dell'eccezione di cui al paragrafo 4. Con riguardo alla fattispecie oggetto d'esame la Plenaria ha negato, quindi, condivisibilità alla tesi della Sezione remittente circa l'apicalità, implicante esercizio di poteri autoritativi, della posizione di direttore del Palazzo Ducale di Mantova nel contesto dell'amministrazione dello Stato. Al contrario ad avviso della AP se è vero che il d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 ('Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell'art. 16, comma 4, d.l. 24 aprile 2014, n. 66'), riconosce all'art. 30, l'autonomia speciale di tale istituzione, non si può da ciò desumere che essa abbia funzioni ed attribuzioni con tali peculiarità da *giustificarne il riconoscimento quale "organo amministrativo di vertice del Ministero, con il quale si attua l'indirizzo politico del Governo"*. Proseguendo nell'elaborazione della corretta interpretazione delle norme scrutinate la Plenaria giunge, d'altronde, a rilevare l'impossibilità di riconoscere in maniera indistinta, carattere di apicalità, a tutte le posizioni dirigenziali dell'amministrazione statale poiché, si rileva, *una tale qualificazione sembra fondarsi sull'indimostrato riconoscimento del carattere di apicalità a tutti i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, a prescindere dall'esame dei compiti e delle funzioni in concreto esercitati*. È invece tale ultimo profilo a rappresentare l'elemento fondamentale perché si possa ritenere legittimamente operante la riserva di nazionalità di cui al paragrafo 4 dell'articolo 45 del TFUE e cioè nelle limitate ipotesi in cui si tratti di *attività specifiche della pubblica amministrazione, vale a dire quando questa sia investita dell'esercizio dell'autorità pubblica e della responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato*.

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

Il Giudice amministrativo provvede in ogni caso a non dare applicazione a un atto normativo nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione europea

L'articolo 1, comma 1 del d.P.C.M. 174 del 1994 e l'articolo 2, comma 1 del d.P.R. 487 del 1994, laddove impediscono in assoluto ai cittadini di altri Stati membri

dell'UE di assumere i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato e laddove non consentono una verifica in concreto circa la sussistenza o meno del prevalente esercizio di funzioni autoritative in relazione alla singola posizione dirigenziale, risultano in contrasto con il paragrafo 2 dell'articolo 45 del TFUE e non possono trovare conseguentemente applicazione.