

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La Corte di Giustizia torna ad esaminare profili problematici in tema di ricorso incidentale: la sentenza della Grande Sezione del 5 aprile 2016 nella causa C-689/13

Di Valeria Tevere*

Abstract

L'articolo analizza la questione in tema di ricorso incidentale, in quanto aspetto nevralgico della tutela. In particolare viene preso in esame il ricorso incidentale escludente, che mira a paralizzare il ricorso principale facendo venire meno le condizioni dell'azione del ricorrente principale.
Infine viene esaminata la recente sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia del 5 aprile 2016 nella causa C-689/13.

Il tema del ricorso incidentale è un tema molto sensibile del diritto processuale amministrativo. L'argomento rappresenta uno degli aspetti nevralgici della tutela.
Il codice del processo amministrativo dedica al ricorso incidentale una norma generica. L'art. 46 c.p.a., infatti, recita: "*le parti resistenti ed i contro interessati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale*".
Dalla norma in esame quindi emerge la natura accessoria e strumentale del ricorso incidentale in quanto la lesione potenziale dell'interesse del controinteressato e della parte resistente dipende dall'esito del ricorso principale. In sostanza il ricorso incidentale presenta la stessa funzione ma non la stessa struttura - essendo un'impugnazione autonoma - di un'eccezione del processo civile.
La casistica applicativa sul ricorso incidentale si riscontra soprattutto in tema di appalti. In particolare, sul ricorso incidentale escludente che è una *species* di ricorso incidentale che mira a paralizzare il ricorso principale facendo venire meno le condizioni dell'azione del ricorrente principale, è emerso un dibattito giurisprudenziale che resta ancora oggi aperto, come attesta la recente sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia del 5 aprile 2016 nella causa C-689/13 (*PFE* SpA contro *Airgest SpA* e nei confronti di *GSA* Srl e *ZS* Srl).
In tema di procedure ad evidenza pubblica, il tema de ricorso incidentale è particolarmente sensibile perché incide sulla materia della concorrenza . La sentenza della Grande Sezione in esame è particolarmente interessante sul punto ed offre anche spunti generali sul principio del *primautè* del diritto dell'UE e dell'effetto utile delle norme europee, sul principio di effettività della tutela giurisdizionale e sulla funzione dello strumento di tutela indiretta del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE)
Con questo *decisum*, inoltre, la Grande Sezione si pone in continuità con l'orientamento della sentenza *Fastweb* della stessa Corte di Giustizia del 4 luglio 2013 (C-100/12)[1] e ricorda al giudice nazionale che è il primo giudice europeo a dover applicare il diritto dell'UE di guisa che egli dovrà fare di tutto per renderlo effettivo anche disattendendo, laddove sia necessario, gli orientamenti dei supremi organi di giustizia amministrativa che siano in contrasto con il diritto dell'UE.
A tal riguardo, sotto la lente di ingrandimento della Grande Sezione è la regola giurisprudenziale elaborata dall'Adunanza plenaria del Supremo Consesso n. 11/2008, poi confermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011 di esaminare preliminarmente il ricorso incidentale[2] ed in caso di sua fondatezza, di dichiarare il ricorso principale irricevibile, senza il suo esame nel merito, non rilevando l'interesse strumentale dei ricorrenti alla rinno-

---

* Aavvocato e dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche – indirizzo internazionalistico, europeo e comparato

[1] La fattispecie alla base della sentenza Fastweb era la seguente. La società Fastweb aveva impugnato l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto la fornitura di linee dati/fonia adottata dalla ASL di Alessandria a favore della società Telecom Italia. Quest'ultima interpose ricorso incidentale . Successivamente all'instaurazione del giudizio, il giudice constatava che nessuna delle due offerte, né di Fastweb né di Telecom Italia era conforme alle specifiche tecniche imposte dal bando e pertanto entrambe le società dovevano essere escluse. Il Tar Piemonte, pertanto, nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia osservava che la predetta prospettazione implicante l'accoglimento di entrambi i ricorsi, sia principale che incidentale, avrebbe comportato un esito non conforme ai principi dell'Adunanza plenaria n. 4/2011 che contrastavano con l'art. 1, par. 3 della direttiva ricorsi. La Corte di Giustizia ammette l'esame congiunto dei ricorsi.

[2] Nella prima sentenza dell'Adunanza plenaria, il principio era stato elaborato con riferimento al caso di due sole imprese in gara che reciprocamente contestavano la mancata esclusione dell'altra; il suddetto principio è stato poi esteso, nella Adunanza plenaria del 2011, anche all'ipotesi di più partecipanti alla gara.

vazione della gara. Il predetto interesse, infatti, non rappresenterebbe un interesse legittimo qualificato e differenziato bensì una mera aspettativa. Orbene, questo orientamento del Supremo Consesso risponde al principio di economicità processuale ma certamente non al principio di effettività della tutela perché si negherebbe al ricorrente principale l'esame delle sue doglianze nel merito con un *vulnus* del principio di parità delle armi nel processo nonché del principio comunitario della concorrenza.

Per contro la Corte di Giustizia, prima nella sentenza *Fastweb* del 2013 ed ora con la pronuncia della Grande Sezione in esame, recupera una dimensione più sostanzialista della tutela. In ragione dell'effettività della tutela e al fine di preservare il valore della concorrenza, si ammette la possibilità di un esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, riconoscendo meritevole di tutela anche l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Orbene, più nel dettaglio, la pronuncia della Grande Sezione trae origine da un'ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia la cui domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'art. 1, par. 3, della direttiva ricorsi 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, così come interpretato dalla stessa Corte nella sentenza *Fastweb* del 2013. La sezione del CGA, nel giudizio di appello, riscontrò un contrasto dei principi dell'Adunanza plenaria n.4/2011 sull'ordine prioritario di esame dei motivi del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale con l'art. 1, par. 3 della direttiva 89/665[3] nell'interpretazione della sentenza *Fastweb*. A tal riguardo, il giudice del rinvio si è interrogato se fosse tenuto, in questo caso, a rimettere prima all'Adunanza plenaria del Supremo Consesso la questione di incompatibilità con il diritto UE del principio enunciato nella stessa plenaria oppure se egli dovesse, quale giudice di ultima istanza, sollevare autonomamente una questione pregiudiziale per la corretta interpretazione del diritto dell'UE.

Orbene la Corte di Lussemburgo ha asserito che *"l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione del diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità de diritto dell'Unione una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale"* (p. 36 della motivazione).

La Corte quindi ha valorizza il principio di leale cooperazione tra gli Stati membri ed UE (*sub species* di cooperazione tra organi giurisdizionali nazionali e Corte UE di cui è espressione proprio lo strumento del rinvio pregiudiziale) di guisa che il giudice nazionale, nel caso sia di ultima istanza, *"è vincolato ai fini della soluzione della controversia principale dall'interpretazione delle disposizioni fornita dalla stessa Corte e deve eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione"* (p. 38 della motivazione).

Ma vi è di più. Sarebbe anche attenuato lo stesso principio dell'effetto utile dell'art. 267 TFUE, qualora al giudice nazionale fosse impedito di applicare immediatamente il diritto dell'Unione

[3] Recita la disposizione che *"gli stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione"*.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

in modo non conforme ad una pronuncia della Corte. (cfr.p. 39 della motivazione)
Il giudice nazionale, per il *primautè* del diritto UE *"ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza di propria iniziativa qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale anche posteriore "* (p. 40 della motivazione).
Sul rinvio pregiudiziale la Corte, quindi, ha concluso che *"l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottopostale o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione"* (p. 42 della motivazione).
In conclusione, dalla sentenza in esame, al di là della specifica *quaestio* in tema di ricorso incidentale, emerge da parte della Corte di Giustizia un chiaro invito, rivolto ai giudici nazionali, alla cooperazione giudiziaria. In uno Spazio Europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia, i giudici nazionali sono i primi giudici europei a dover applicare il diritto dell'UE e sono tenuti ad interpretare le norme interne in modo conforme al diritto unionistico. I giudici nazionali devono avvalersi dell'interpretazione uniforme fornita dalla Corte di Giustizia, anche attraverso il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale e devono disattendere, nel caso siano in contrasto con il diritto dell'UE, anche gli orientamenti consolidati giurisprudenziali dei Supremi organi nazionali giurisdizionali. La fattispecie esaminata ne costituisce un esempio palese. I giudici nazionali, infatti, sono stati invitati a non seguire più i principi delle Adunanze Plenaria nn. 11/2008 e 4/2011 perché *ictu oculi* in contrasto con il diritto dell'Unione ed a seguire l'interpretazione già data *in subiecta materia* dalla stessa Corte.