

Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti. Nota a Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica c. Airgest* •

di **Marta Moretti** – Dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea, Università di Roma "La Sapienza"

ABSTRACT: The European Court of Justice's judgment in *Puligienica* is expected to significantly affect the Italian judicial system in matters regarding the public administration. In this case the Court has clarified the meaning and the scope of the principle it had established in *Fastweb* (under which if – in the same judicial proceeding – each party challenges the admission of the other party to the tender by alleging an infringement of the public procurement rules, the court must decide the merits of both the claim and the counterclaim). As per *Puligienica* judgment, such principle shall apply regardless of the number of tenderers who have started judicial proceedings and of the differing legal grounds relied on by them. Moreover, the Court has examined the relationship between European Union law and the Italian procedural rule under which a chamber of the administrative supreme court must defer to the plenary session of the same court any question involving the latter's previous jurisprudence. According to the referring Court, this internal rule might clash with the duty of the national courts of last resort to make a preliminary reference on the interpretation of Union's law and also to give full effect to the ECJ's preliminary ruling. This paper aims at underlining the main changes triggered by the *Puligienica* judgment in Italy's judicial system for administrative disputes. In addition, it explores the relationship between this judgment and the previous European case law concerning the national procedural rules providing for a mandatory referral to the Constitutional Court of questions regarding the compatibility of national law with Union's law.

SOMMARIO: 1. La dialettica tra giurisprudenza europea e giurisprudenza amministrativa. – 2. Il caso *Puligienica*. – 3. La prima questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana: la portata della sentenza *Fastweb* – 4. La seconda questione pregiudiziale: l'obbligo di deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. – 5. (Segue) La seconda questione pregiudiziale: gli effetti della sentenza pregiudiziale nel giudizio *a quo*. – 6. La 'via' dell'interpretazione conforme. – 7. Obbligo di rinvio pregiudiziale vs obbligo di deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. – 8. La sentenza *Puligienica* a confronto con le sentenze *Melki e Abdeli, A. contro B.* e *Kernkraftwerke Lippe-Ems*.

* Lavoro sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

1. *La dialettica tra giurisprudenza europea e giurisprudenza amministrativa*

La sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, nella causa *Puligienica c. Airgest*¹, ha ad oggetto due questioni giuridiche di indubbia rilevanza, che riguardano sia il settore degli appalti pubblici (strettamente collegato al mercato interno e alla tutela della concorrenza) sia l'impatto sui sistemi processuali nazionali di alcuni principi fondanti del diritto dell'Unione europea (di seguito, UE): primato sul diritto interno, efficacia diretta ed effetto utile delle norme UE, leale cooperazione tra UE e Stati membri, tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto UE, effettività del diritto UE negli ordinamenti nazionali.

La sentenza si inserisce in un dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo italiano sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale "escludente" nel contenzioso appalti, un tema processuale che presenta importanti risvolti sul piano sostanziale². Nella causa *Fastweb c. ASL Alessandria e Telecom Italia*³, la Corte di giustizia dell'Unione europea si era pronunciata su un orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato (cristallizzato nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 7 aprile 2011⁴). Alla sentenza *Fastweb* della Corte aveva fatto seguito un'altra pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (la sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014). Dopodiché è sopraggiunta la sentenza *Puligienica*, a seguito della quale vari Tribunali Amministrativi Regionali si sono allineati con le statuizioni ivi contenute⁵. Da ultimo, il Consiglio

¹ Corte di giustizia, causa C-689/13, *Puligienica c. Airgest*, sentenza del 5 aprile 2016. Si vedano D. ANDRACCHIO, *La nuova fisionomia "euro-unitaria" dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale "escludente" in materia di appalti pubblici e della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria*, in www.federalismi.it, agosto 2016.; C. GUARDAMAGNA, *Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente nel contenzioso degli appalti pubblici secondo la Corte di Giustizia. Processo, tutela sostanziale e nomofilachia*, in www.federalismi.it, agosto 2016; D. ROMEI, *La Corte di giustizia UE "boccia" il Consiglio di Stato sull'ordine di esame dei ricorsi*, in *Rass. Avv. St.*, 2016, 27 ss.

² Come si vedrà meglio nel prosieguo di questa nota, con il ricorso incidentale escludente si deduce la carenza di legittimazione del ricorrente principale. Tale ricorso, se esaminato prioritariamente e ritenuto fondato, determina l'improcedibilità del ricorso principale.

³ Corte di giustizia, *Fastweb c. ASL Alessandria e Telecom Italia*, causa C-100/12, sentenza del 4 luglio 2013. Su questa pronuncia si vedano *inter alios* M. MEISTER, *Directive recours. La jurisprudence italienne permettant à l'adjudicataire de faire échec au recours de son concurrent n'est pas conforme à la directive recours*, in *Europe*, 2013, 33 ss; F. ROMANI, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'effetto paralizzante del ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di appalti pubblici dichiarandolo non compatibile con il diritto dell'Unione*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, 1585 ss.; S. SMITH, *Standing (Locus Standi) to Bring an Action for Review of Public Procurement Decisions: Fastweb SpA v Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, *PPLR*, 2013, 161 ss.; S. VARONE, *Corte di giustizia UE 4 luglio 2013 causa C-100/2012: note minime sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale "escludente"*, *Rass. Avv. St.*, 2013, 37 ss.

⁴ Per un *excursus* della giurisprudenza amministrativa sul rapporto tra ricorso principale e incidentale escludente si veda per tutti M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 501 ss.

⁵ Si vedano, ad esempio: TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, sez. I, sentenze n. 156/2016 e n. 176/2016; TAR Marche, Ancona, sez. I, sentenze n. 291/2016, n. 307/2016 e n. 319/2016; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, sentenza n. 315/2016; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza n. 511/2016; TAR Puglia, Bari, sez. I, sentenza n. 711/2016; TAR

di Stato ha nuovamente preso posizione sulla *vexata quaestio* dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale "escludente", ricalibrando il principio affermato dalla Corte di giustizia in funzione dei principi cardine della giustizia amministrativa⁶.

Questa nota muove dall'esame delle statuizioni formulate dalla Corte di giustizia, per poi confrontarle con quelle del Consiglio di Stato, al fine di valutare in che misura il processo amministrativo stia subendo delle modifiche per garantire il rispetto di alcuni principi generali di diritto europeo, particolarmente rilevanti in tema di contratti pubblici. Al di là delle specifiche tematiche oggetto della giurisprudenza europea e amministrativa qui analizzata, è interessante raffrontare l'atteggiamento del Corte di giustizia (quale supremo interprete del diritto europeo) e quello del Consiglio di Stato (organo di vertice della giustizia amministrativa italiana) di fronte all'emergere di profili di incompatibilità tra principi fondamentali dei loro rispettivi sistemi giuridici di riferimento.

2. *Il caso Puligienica*

Prima di analizzare la sentenza *Puligienica*, è opportuno ripercorrere sinteticamente la vicenda processuale che l'ha originata.

Puligienica Facility Esco S.p.A. (di seguito *Puligienica*) e l'associazione temporale di imprese (ATI) formata dalle imprese *G.S.A. S.r.l.* (di seguito *GSA*) e *Zenith Service Group S.r.l.* (di seguito l'ATI) avevano partecipato alla procedura aperta indetta da *Airgest S.p.a.* (di seguito *Airgest*) per l'affidamento del servizio di pulizia e manutenzione delle aree verdi presso l'aeroporto civile di Trapani. All'esito della procedura, l'appalto era stato aggiudicato all'ATI. *Puligienica* aveva quindi impugnato dinanzi al TAR Palermo il provvedimento di aggiudicazione, sostenendo che l'ammissione dell'ATI alla gara fosse illegittima, in quanto le dichiarazioni di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 ("vecchio" codice appalti⁷) da essa presentate erano affette da vizi. Con un ricorso incidentale, *GSA* (quale mandataria dell'ATI) aveva, a sua volta, contestato l'ammissione alla gara della ricorrente principale *Puligienica*, asserendo che l'offerta formulata da quest'ultima fosse indeterminata e quindi inammissibile. Il TAR aveva accolto sia il ricorso principale sia quello incidentale, annullando l'aggiudicazione e gli atti di gara⁸.

Lombardia, Milano, sez. I, sentenze n. 1134/2016 e n. 1140/2016 e sez. IV, sentenza n. 1171/2016; TAR Campania, Salerno, sez. I, sentenza n. 1159/2016; TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza n. 2335/2016 e sez. VII, sentenza n. 1819/2016; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sentenza n. 1169/2016. TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza n. 4725/2016. Il Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 20 aprile 2016, n. 1560, ha menzionato la sentenza *Puligienica*, ma ha ritenuto che riguardasse una fattispecie del tutto diversa da quella su cui doveva pronunciarsi.

⁶ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 3708/2016.

⁷ Com'è noto, il 19 aprile 2016 è entrato in vigore il nuovo codice appalti (d.lgs. n. 50/2016), che dà attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

⁸ TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sentenza del 14 febbraio 2013, n. 351.

A seguito della sentenza del TAR, Airgest aveva dapprima escluso dalla procedura sia Puligienica che l'ATI, nonché, dopo aver fatto scorrere la graduatoria, tutte le altre imprese inizialmente ammesse alla gara per inidoneità delle rispettive offerte. Airgest aveva dunque avviato una nuova procedura ad evidenza pubblica.

Nel frattempo, contro la sentenza del TAR era stato interposto appello da Puligienica, nonché, in via incidentale, da GSA (mandataria dell'ATI).

Secondo l'appellante incidentale, il TAR aveva indebitamente disatteso il principio affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4/2011, in base al quale "il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura"⁹. Se il TAR si fosse attenuto a questo principio, una volta accolto il ricorso incidentale di GSA, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile quello proposto in via principale da Puligienica, preservando, così, l'efficacia dell'aggiudicazione a favore dell'ATI.

Dinanzi a questa doglianza, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana (di seguito CGA) si è interrogato innanzitutto sull'applicabilità al caso sottoposto al suo esame del principio di diritto enucleato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fastweb* (*supra* citata), in base al quale "il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito dello stesso procedimento e per motivi identici"¹⁰. Questo principio era stato ricavato dall'art. 1, paragrafo 3 della direttiva 89/665/CEE, relativa alle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici (di seguito, Direttiva ricorsi). Tale disposizione impone agli Stati membri di garantire "che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità [che spetta ad essi determinare], a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un

⁹ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza del 7 aprile 2011, n. 4, punto 54. L'adunanza plenaria ha altresì precisato che "[d]etta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente"; tuttavia "[l]'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità". La dottrina che ha commentato questa sentenza è copiosissima. Si vedano, *inter alios*, F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1151 ss.; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1119 ss.; M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale "escludente" e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell'Adunanza Plenaria)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1174 ss.; A. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1063 ss.

¹⁰ Sentenza *Fastweb*, cit., punto 33. Come rilevato dallo Stato italiano intervenuto nella causa pregiudiziale qui in esame, il principio affermato dalla Corte di giustizia sottende la considerazione che, per effetto dell'applicazione del principio della priorità del ricorso incidentale escludente, "la perfetta identità sotto il profilo sostanziale tra le due posizioni del ricorrente principale e dell'aggiudicatario ricorrente incidentale viene 'alterata' in sede processuale, attribuendo preferenza alla posizione di quest'ultimo, il quale, anche se beneficiario dello stesso errore compiuto dall'amministrazione in sede di ammissione del ricorrente principale, riuscirebbe a conservare l'aggiudicazione a discapito dell'interesse, aventi pari dignità sotto il profilo sostanziale, del ricorrente principale ad ottenere la rinnovazione della gara" (Osservazioni depositate il 7 marzo 2013, punto 4).

determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata”¹¹.

Ciononostante – come rilevato dal CGA – il principio enunciato nella sentenza *Fastweb* sembrava riferirsi ad un caso particolare: il caso in cui solo due imprese partecipassero alla procedura di affidamento di un appalto pubblico e, successivamente, nell’ambito dello stesso giudizio, ciascuna di esse facesse valere il difetto di legittimazione a ricorrere dell’altra, contestando ciò che ne rappresentava il presupposto, *i.e.* la legittima ammissione alla gara¹². Era pertanto dubbio se tale principio potesse essere applicato a casi analoghi o, addirittura, in via generale.

In effetti, il caso *Fastweb* presentava la peculiarità che ricorrente principale e ricorrente incidentale erano gli unici due concorrenti ammessi in gara e ognuno mirava ad ottenere, in via giurisdizionale, l’esclusione dell’altro dalla gara per lo stesso motivo, ossia per aver presentato un’offerta non conforme alla disciplina di gara¹³. In una situazione del genere, come evidenziato dalla Corte di giustizia, “ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta” dell’altro¹⁴ e, ove siano accolti entrambi i ricorsi (reciprocamente escludenti), la gara viene azzerata, non essendo possibile per l’amministrazione selezionare un altro operatore scorrendo la graduatoria. Pertanto – come ha puntualizzato il CGA –, l’accoglimento del ricorso principale oltre che di quello incidentale fa sì che entrambe le parti, al pari di ogni altro operatore economico, abbiano la “chance di poter ripresentare domanda per la partecipazione alla nuova gara”, che sia eventualmente indetta dall’amministrazione¹⁵.

Dopo aver messo in luce le peculiarità del caso *Fastweb*, il CGA ha confrontato con quest’ultimo il caso sottoposto al suo esame. Esso ha rilevato che, sebbene Puligienica e l’ATI non fossero le uniche imprese ammesse alla gara, soltanto esse avevano esperito i ricorsi (reciprocamente) escludenti¹⁶. Pertanto, a suo avviso, unicamente le ricorrenti vantavano “un interesse, processualmente tutelabile, alla decisione in ordine alla legittimità della gara”¹⁷. Secondo il CGA, tenuto conto di tale circostanza, il caso *a quo* era assimilabile a quello oggetto della sentenza

¹¹ Sulla Direttiva ricorsi (come modificata dalla direttiva 2007/66/CE) si veda per tutti N. BEL, C. SJÖDIN, *La nouvelle directive “Recours” 2007/66/CE en matière de marchés publics*, in *Rev. Dr.Un. eur.*, 2009, 643 ss.

¹² CGA, ordinanza del 17 ottobre 2013, n. 848, punto C3 (di seguito, ordinanza di rinvio).

¹³ Sentenza *Fastweb*, cit., punto 12 e dispositivo. Su questa ordinanza si veda per tutti A. CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell’Adunanza plenaria del Consiglio di stato al vaglio della Corte di giustizia dell’Unione Europea*, in www.judicium.it.

¹⁴ Sentenza *Fastweb*, cit., punto 33. Nel passo motivazionale richiamato (come si sottolineerà *infra*), la Corte di giustizia parla in realtà di “esclusione dell’offerta degli altri”, non “dell’altro”, il che potrebbe indurre a ritenere che il principio da essa affermato valga non solo nel caso in cui vi siano solo due concorrenti, ciascuno dei quali miri ad ottenere in via giurisdizionale l’esclusione dell’altro dalla gara, ma anche quando abbiano concorso più di due imprese.

¹⁵ CGA, ordinanza di rinvio cit., punto C3.

¹⁶ Le altre imprese, pur essendo state inizialmente ammesse alla gara, ma poi escluse, non avevano contestato gli atti di gara, né in sede amministrativa né giurisdizionale (CGA, ordinanza di rinvio, punto C4).

¹⁷ CGA, ordinanza di rinvio, punti C4 e C5.

Fastweb ed era dunque soggetto al principio di diritto ivi affermato¹⁸. Il CGA ha (debitamente) rivolto questa domanda alla Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale.

Poiché l'eventuale applicazione al caso *a quo* del principio di cui alla sentenza *Fastweb* avrebbe necessariamente reso inapplicabile il principio della priorità dell'esame del ricorso incidentale escludente, il CGA ha rilevato un potenziale contrasto tra l'obbligo (*ex art. 267, comma 3 TFUE*) di rinviare alla Corte di giustizia la questione relativa all'interpretazione del diritto UE¹⁹ e quello, impostogli dall'art. 99, comma 3 del D.Lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo, di seguito c.p.a.), di rimettere all'Adunanza plenaria la decisione sul ricorso in caso di mancata applicazione di un principio elaborato da quest'ultima²⁰. Il CGA ha formulato un quesito pregiudiziale anche su questa possibile incompatibilità tra la norma processuale interna e il diritto UE.

Il CGA ha rilevato altresì che l'art. 99, comma 3 c.p.a. sembrava ostacolare non solo l'adempimento del suo dovere di operare un rinvio alla Corte di giustizia, ma anche di quello di assicurare l'immediato dispiegarsi degli effetti della sentenza pregiudiziale nel giudizio *a quo*. In effetti, se la Corte avesse dichiarato operante nel caso *a quo* il principio di cui alla sentenza *Fastweb*, il CGA, in base alla norma processuale interna, non avrebbe potuto applicare direttamente questo principio, dovendo deferire la controversia all'Adunanza plenaria. Il CGA ha, dunque, richiamato l'attenzione della Corte di giustizia anche su questo ulteriore profilo di incompatibilità dell'art. 99, comma 3 c.p.a. con l'art. 267 TFUE e i principi del primato e dell'effetto utile del diritto UE.

3. La prima questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana: la portata della sentenza *Fastweb*

La Corte di giustizia ha sintetizzato la prima questione pregiudiziale nei seguenti termini: “se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665, debba essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a 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 recepiscono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente”²¹.

¹⁸ Ivi, punto D1.

¹⁹ Il CGA ha ritenuto di essere soggetto all'obbligo di rinvio pregiudiziale in quanto esso è una sezione del Consiglio di Stato, organo di ultima istanza della giustizia amministrativa.

²⁰ Ordinanza di rinvio, punti C9-C11. Ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., “se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”.

²¹ Sentenza *Puligienica*, cit. punto 21.

Le disposizioni della Direttiva ricorsi oggetto della prima questione pregiudiziale sono le stesse che venivano in rilievo nella causa *Fastweb*, ovvero l'art. 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3. L'art. 1, paragrafo 1, terzo comma, impone agli Stati membri di fare in modo che “le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici [in violazione delle norme europee sugli appalti pubblici] possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile [...]”. Il successivo paragrafo 3 (già richiamato *supra*) precisa che tali ricorsi devono essere “accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione”.

La Corte ha affermato che l'interpretazione data a queste disposizioni nella causa *Fastweb* era applicabile nel caso *a quo* per due ordini di ragioni²². In primo luogo, “ciascuna delle parti della controversia [aveva] un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti”²³. In secondo luogo, (come evidenziato dall'Avvocato generale Wathelet nelle sue Conclusioni²⁴) non poteva escludersi che le irregolarità che giustificavano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che aveva impugnato l'aggiudicazione viziassero anche le offerte presentate dagli altri partecipanti alla gara, così da indurre l'amministrazione a bandirne una nuova²⁵. Secondo la Corte, “[i]l numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione [...], così come il numero di partecipanti che [avevano] presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, [erano] privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale [di cui alla] sentenza *Fastweb*”²⁶.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha risolto la prima questione pregiudiziale nel senso che le citate norme della Direttiva ricorsi ostassero “a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale [aveva] interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che [rischiasse] di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici [...] e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, [fosse] dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che [prevedevano] l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente”²⁷.

La Corte di giustizia ha ritenuto che le differenze tra i casi *Fastweb* e *Puligienica* non fossero tali da rendere inapplicabile al secondo il principio di diritto enunciato con riferimento al primo.

La prima differenza – come si è visto – era data dal numero dei concorrenti ammessi alla gara. Al riguardo, la Corte ha chiarito che ciò che conta ai fini dell'applicazione della giurisprudenza *Fastweb* è che i concorrenti abbiano un “analogo interesse legittimo” ad “escludersi” giudizialmente dalla gara, in vista della possibile riedizione di quest'ultima²⁸.

²² Ivi, punto 28.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Sentenza *Puligienica*, cit., Conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet presentate il 23 aprile 2015, punto 37.

²⁵ Sentenza *Puligienica*, cit., punto 28.

²⁶ Ivi, punto 29.

²⁷ Ivi, punto 30.

²⁸ L'Avvocato generale Wathelet ha sottolineato che nella sentenza *Fastweb* vi era un appiglio testuale per sostenere che la Corte di giustizia non intendesse limitare la sua statuizione all'ipotesi di una gara d'appalto in cui fossero state presentate soltanto due offerte: la Corte ha, infatti, considerato l'interesse legittimo di “ciascuno dei

Secondo la Corte, la presenza di tale interesse – facilmente riscontrabile nel caso in cui i ricorrenti siano gli unici “offerenti” ammessi alla gara – non può essere *a priori* esclusa per il solo fatto che vi siano altri “offerenti” ammessi alla gara. Anche in tal caso l’amministrazione dovrebbe bandire una nuova gara, qualora (ad esempio) gli “offerenti”, che non sono parti del giudizio, abbiano presentato delle offerte irregolari²⁹. In tale ipotesi, infatti, l’amministrazione (a seguito dell’accoglimento dei ricorsi reciprocamente escludenti) non potrebbe aggiudicare l’appalto scorrendo la graduatoria degli “offerenti ammessi”.

Il caso *a quo* era emblematico a questo riguardo. Difatti – come si è visto – Airgest, a seguito della sentenza del TAR, aveva escluso tutti i partecipanti alla gara per via dell’inidoneità delle rispettive offerte (“tutte carenti del requisito rappresentato dalla specifica indicazione dei costi per la sicurezza”³⁰) e i provvedimenti di esclusione erano divenuti definitivi³¹.

Il caso *Puligienica* presentava una seconda differenza rispetto al caso *Fastweb*: i motivi dedotti a sostegno dei ricorsi reciprocamente escludenti erano diversi. La Corte di giustizia si è limitata ad affermare che la divergenza dei motivi era priva di rilevanza ai fini dell’applicazione del principio di cui alla sentenza *Fastweb*, senza argomentare specificamente sul punto.

Come aveva illustrato il CGA, il ricorrente incidentale faceva valere la violazione da parte del ricorrente principale degli obblighi di dichiarazione del possesso di taluni requisiti necessari per partecipare alla gara, mentre il ricorrente principale contestava la conformità dell’offerta presentata dal ricorrente incidentale alle specifiche tecniche³². Invece, nella causa *Fastweb*, ciascun ricorrente aveva dedotto la difformità dell’offerta presentata dall’altro alle specifiche tecniche dell’appalto³³.

L’Avvocato generale si era soffermato su questo punto. A suo parere, l’espressione “motivi identici” contenuta nella sentenza *Fastweb* doveva essere letta alla luce della precisazione secondo cui “ciascuno dei concorrenti [poteva] far valere un analogo interesse legittimo all’esclusione

concorrenti” all’esclusione dell’offerta non dell’altro bensì “degli altri” (Conclusioni, cit., punto 39). La Commissione europea, al pari dell’Avvocato generale, ha sostenuto che il principio affermato nella sentenza *Fastweb* non fosse applicabile solo al caso in cui i partecipanti alla gara fossero più di due. In particolare, secondo la Commissione, “è determinante [...] il fatto che i ricorsi siano speculari e introdotti nell’ambito dello stesso procedimento, dando così luogo all’interesse alla ripetizione della gara” (Osservazioni del 10 aprile 2014, presentate nella causa *Puligienica ex art. 23*, comma 2, dello Statuto della Corte di giustizia dell’UE, punti 22 e 23).

²⁹ Si tratta, come si è detto, dell’esempio tratto dalle Conclusioni, cit., (punto 37), ripreso dalla Corte.

³⁰ Ordinanza di rinvio, cit., punto A7.

³¹ Nelle Osservazioni depositate il 7 marzo 2013 dallo Stato italiano (intervenuto nel procedimento pregiudiziale in esame) si evidenzia che l’“identità della situazione fattuale” oggetto della causa *a quo* con quella *Fastweb* è data dalla presenza di sole due imprese in virtù dell’esclusione di tutte le altre partecipanti alla gara, con provvedimenti rimasti inoppugnati e definitivamente inoppugnabili” (punto 5), cosicché “la controversia di merito risulta circoscritta soltanto a due concorrenti” (punto 5.1). Conseguentemente, “l’interesse processuale delle due parti ricorrente e resistente è equiparabile a quello delle uniche due aziende ammesse alla gara del caso deciso dalla [...] sentenza [Fastweb]: per tale motivo entrambe le parti hanno interesse all’accoglimento (e, prima ancora, all’esame) delle proprie doglianze, anche in caso di accoglimento di quelle della controparte, quantomeno per realizzare il proprio interesse al rinnovo della gara”. Sulla base di questo ragionamento lo Stato italiano ha sostenuto che il principio affermato nella sentenza *Fastweb* fosse applicabile nel caso *a quo*.

³² L’Avvocato generale ha rilevato che *Puligienica* ha dedotto un motivo concernente un’irregolarità formale, mentre GSA ha fatto valere un’irregolarità attinente al merito della controversia (Conclusioni, cit., punto 44).

³³ Tuttavia, secondo il CGA, la differenza dei motivi escludenti non rilevava (Ordinanza di rinvio, cit., punto C5).

dell’offerta degli altri”³⁴. Da ciò si poteva desumere che i motivi dovessero avere la stessa natura “escludente”, cosicché “ciascuno degli operatori presenti dinanzi al giudice del rinvio [vantava] un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta dell’altro”³⁵.

Inoltre, l’Avvocato generale – riprendendo un’argomentazione svolta dalla Commissione in udienza – aveva sottolineato che il principio stabilito nella causa *Fastweb* tutelasse l’interesse dell’amministrazione a “scegliere l’offerta regolare migliore”³⁶. Questo interesse sarebbe stato pregiudicato se, nel caso *a quo*, si fosse interpretata restrittivamente l’espressione “motivi identici”, posto che l’appalto sarebbe rimasto ad un’impresa che aveva presentato un’offerta irregolare.

4. La seconda questione pregiudiziale: l’obbligo di deferimento all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

La seconda questione pregiudiziale è stata suddivisa dalla Corte di giustizia in due sotto-quesiti, a cui sono state date due risposte distinte.

Il primo sotto-quesito è: “se l’articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest’ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull’interpretazione o della validità del 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, è tenuta a rinviare la questione all’Adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale”³⁷.

Il giudice *a quo* aveva ravvisato in questa norma processuale interna tre distinti profili di incompatibilità con il diritto UE³⁸. In primo luogo, l’obbligatoria intermediazione dell’Adunanza plenaria nel rapporto tra le singole sezioni e la Corte di giustizia avrebbe ostacolato lo svolgimento da parte della Corte di giustizia del suo ruolo di supremo interprete del diritto UE, in quanto il “filtro” sui rinvii pregiudiziali” esercitato dall’Adunanza plenaria avrebbe disincentivato le singole sezioni dal prospettare questioni pregiudiziali di diritto UE e, inoltre, avrebbe precluso il rinvio ogniqualvolta l’Adunanza plenaria, “nell’esercizio della sua autonoma discrezionalità giurisdizionale, [avesse ritenuto] che talune questioni non [meritassero] un vaglio incidentale della

³⁴ Conclusioni cit., punto 47.

³⁵ Ivi, punto 50. Analogamente, la Commissione – nelle Osservazioni presentate nella causa *Puligienica* – ha rilevato che “i motivi dedotti dalle parti [erano] speculari, come nella causa *Fastweb*, volti cioè all’esclusione dell’altro operatore”, cosicché ciascun ricorrente vantava “un interesse alla ripetizione della procedura” (punti 24 e 25).

³⁶ Conclusioni, cit., punto 51.

³⁷ Sentenza *Puligienica*, cit., punto 31. La Corte non si è dilungata sulla questione se il CGA potesse essere considerato o meno un giudice nazionale di ultima istanza (questione che era stata oggetto di discussione nella fase orale del procedimento pregiudiziale). Si vedano le Conclusioni complementari dell’Avvocato generale Melchior Wathelet presentate il 15 ottobre 2015.

³⁸ Ordinanza di rimessione, cit., punto C13.

[Corte europea]³⁹. Inoltre, ad avviso del CGA, l'obbligo di rimessione all'Adunanza plenaria avrebbe pregiudicato il primato del diritto UE (laddove l'Adunanza plenaria non avesse ritenuto necessario mutare indirizzo). Infine, l'*iter* procedurale prefigurato dall'art. 99, terzo comma c.p.a. avrebbe inciso negativamente sulla durata ragionevole del processo (in violazione degli articoli 6 TUE e 47 CDFUE, nonché dell'art. 1, paragrafo 1, comma 3, della Direttiva ricorsi), sommando ai tempi necessari per espletare il procedimento pregiudiziale quelli dovuti al vaglio preliminare dell'Adunanza plenaria.

La Corte di giustizia ha richiamato il proprio consolidato orientamento secondo cui “[u]na norma di diritto nazionale [di natura legislativa o giurisprudenziale] non può impedire ad un organo giurisdizionale nazionale, a seconda del caso, di avvalersi della facoltà [...] o di conformarsi [all’]obbligo” direttamente derivanti, rispettivamente, dai commi 2 e 3 dell’art. 267 TFUE. Ciò si collega al fatto che “[t]anto detta facoltà quanto detto obbligo sono [...] inerenti al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall’articolo 267 TFUE, e alle funzioni di giudice incaricato dell’applicazione del diritto dell’Unione affidate dalla citata disposizione agli organi giurisdizionali nazionali”⁴⁰.

Sulla base di queste premesse, la Corte ha risposto al primo sotto-quesito come segue: “l’articolo 267 TFUE [...] osta ad una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest’ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del 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”⁴¹.

A questa stessa conclusione era giunto l’Avvocato generale, all’esito di un’articolata analisi della giurisprudenza della Corte⁴².

Innanzitutto, egli aveva evidenziato che il principio elaborato dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato era stato *medio tempore* modificato dall’Adunanza stessa con la (già citata) sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014⁴³. In effetti, come era stato rappresentato dallo Stato italiano, intervenuto nel procedimento pregiudiziale⁴⁴, la Plenaria aveva statuito che, nel caso in cui le offerte di entrambi i ricorrenti fossero inficiate dallo stesso vizio, sarebbe stato “contrario all’uguaglianza concorrenziale escludere solo l’offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l’offerta dell’aggiudicatario ricorrente incidentale”; di conseguenza “entrambi i ricorsi devono essere accolti”⁴⁵.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sentenza *Puligienica*, cit., punto 33.

⁴¹ *Ivi*, punto 36.

⁴² *Ivi*, punto 91.

⁴³ *Ivi*, punto 58.

⁴⁴ Osservazioni dello Stato italiano, cit., punto 6.1.

⁴⁵ Consiglio di Stato, sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9, punto 8.3.5. Si veda *infra*, paragrafo 6. Tra i numerosi commenti di questa pronuncia, si vedano C. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di*

L'Avvocato generale aveva "esortato" il giudice *a quo* a verificare se l'orientamento dell'Adunanza plenaria, come recentemente modificato, potesse essere interpretato in modo conforme alla lettura data dalla Corte di giustizia all'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva ricorsi nel caso *Fastweb*⁴⁶. Se ciò non fosse stato possibile, il CGA avrebbe dovuto disattendere tale orientamento (ancorché elaborato da un organo con funzione nomofilattica del diritto amministrativo nazionale), in virtù del primato del diritto UE⁴⁷.

Successivamente, l'Avvocato Generale era passato ad esaminare l'incidenza dell'art. 267 TFUE sul meccanismo di rinvio obbligatorio all'Adunanza plenaria previsto dall'art. 99, terzo comma, c.p.a. Egli aveva ricordato che la Corte di giustizia, "nelle controversie in cui le disposizioni di diritto nazionale limitavano la possibilità per un giudice nazionale di presentare una questione pregiudiziale in applicazione dell'articolo 267 TFUE, si [era] sistematicamente pronunciata a favore della più ampia facoltà per i giudici nazionali di sottoporre questioni alla Corte sulla validità e sull'interpretazione del diritto dell'Unione"⁴⁸. Dunque, anche il CGA godeva di questa ampia facoltà di rinvio alla Corte di giustizia⁴⁹.

Inoltre, sempre secondo l'Avvocato generale, alla luce del caso *Parfums Christian Dior* (in cui la Corte di giustizia aveva ammesso che due Corti, competenti a pronunciarsi nell'ambito della stessa

esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari, in *Dir.proc. amm.*, 2014, 107 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea (nota a Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9; Cons. St., ad. plen., 30 gennaio 2014 n. 7)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 563 ss.; G. SIGISMONDI, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia (nota a Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9; Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014 n. 7)*, in *Foro it.*, 2014, 472 ss.; R. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 826 ss.

⁴⁶ In dottrina è stato evidenziato che "[l]'obbligo di ricorrere alla interpretazione adeguatrice potrebbe tuttavia essere spiegato anche come cronologicamente anteriore alla teoria dell'effetto diretto", posto che esso consente di evitare "l'effetto traumatico di imporre al giudice nazionale di disapplicare il diritto interno, conseguenza inevitabile allorché sussista un contrasto irrisolvibile in via interpretativa" (R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, 28 ss.).

⁴⁷ Sentenza *Puligienica*, Conclusioni, cit., punto 60.

⁴⁸ Ivi, punto 63. L'Avvocato generale Wathelet ha richiamato un passaggio della Presa di posizione dell'Avvocato generale Ján Mazák presentata il 7 giugno 2010 nelle cause riunite *Aziz Melki e Sélim Abdeli* (punto 62). Egli ha così ricordato che l'ampia facoltà di rinvio pregiudiziale riconosciuta ai giudici nazionali si articola in tre principi: 1) "una norma di diritto interno che vincola i tribunali non di ultimo grado al rispetto di valutazioni giuridiche emananti da un giudice di grado superiore, non può privare detti giudici della facoltà di chiedere alla Corte di giustizia l'interpretazione pregiudiziale delle norme di diritto [UE] sulle quali vertono le [predette] valutazioni giuridiche" (sentenza del 16 gennaio 1974, causa 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, punto 4); 2) i giudici nazionali di ultima istanza sono tenuti a sollevare dinanzi alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali di diritto UE al fine di "evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme [dell'Unione]" (sentenza del 4 giugno 2002, causa C-99/00, *Lyckeskog*, punto 14); 3) "un giudice nazionale, adito in una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale consideri che una norma nazionale non solo è contraria al diritto dell'Unione, ma è anche inficiata da vizi di incostituzionalità, non è privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all'art. 267 TFUE, di sottoporre alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale sia soggetta a ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale" (sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, punto 45).

⁴⁹ Sentenza *Puligienica*, Conclusioni, cit., punto 84.

causa, fossero entrambe qualificabili come giurisdizioni di ultima istanza⁵⁰), si poteva ritenere che sia il CGA sia l'Adunanza plenaria fossero giudici di ultima istanza *ex art. 267, terzo comma, TFUE*⁵¹.

Sulla base di queste considerazioni, l'Avvocato generale era giunto alla conclusione che il CGA era soggetto all'obbligo di rinvio pregiudiziale e che questo obbligo "ostava" ad una norma processuale nazionale – quale l'art. 99, comma 3, c.p.a. – tale da imporre al CGA (e alle altre sezioni del Consiglio di Stato), in caso di dubbi sulla compatibilità con il diritto UE di un principio di diritto affermato dall'Adunanza plenaria, di rinviare a quest'ultima la decisione oggetto del ricorso, senza avere la possibilità di rimettere preliminarmente alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto UE⁵². Di conseguenza, ove l'art. 99, comma 3 c.p.a. non potesse essere interpretato in modo conforme all'art. 267, terzo comma TFUE, avrebbe dovuto essere disapplicato, in ragione del primato del diritto UE⁵³.

5. (Segue) La seconda questione pregiudiziale: gli effetti della sentenza pregiudiziale nel giudizio a quo

Il secondo sotto-quesito in cui è stata scomposta la seconda questione pregiudiziale nella causa *Puligienica* è: "se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione di interpretazione del diritto dell'Unione dal medesimo sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, detto giudice del rinvio debba esso stesso fare tutto il necessario affinché sia applicata

⁵⁰ Corte di giustizia, causa C-337/95, *Parfums Christian Dior*, sentenza del 4 novembre 1997. La Corte di giustizia aveva precisato che "se un organo giurisdizionale come lo Hoge Raad, prima di adire la Corte del Benelux, si avvale della sua facoltà di deferire la questione sollevata alla Corte di giustizia, l'autorità dell'interpretazione data da quest'ultima può liberare una giurisdizione come la Corte del Benelux dall'obbligo di sottoporre una questione materialmente identica prima di emettere la sua sentenza. Per converso, in assenza di una previa adizione della Corte di giustizia da parte di un organo giurisdizionale come lo Hoge Raad, un organo giurisdizionale come la Corte del Benelux è tenuto a sottoporre la questione sollevata alla Corte, la cui decisione esonera a quel punto lo Hoge Raad dall'obbligo di deferire una questione materialmente identica prima di emettere la sua sentenza" (punto 30). Si vedano per tutti P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law*, Sixth Edition, Oxford, 2015, 449, 450.

⁵¹ Sentenza *Puligienica*, Conclusioni, cit., punto 88. Tuttavia, Wathelet aveva precisato che l'eventuale rinvio, da parte del CGA, di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia faceva venir meno l'obbligo dell'Adunanza plenaria di sollevare, a sua volta, una questione materialmente identica dinanzi alla Corte, data l'autorità dell'interpretazione resa dalla Corte. La Commissione aveva, invece, sostenuto che "la natura di giudice di ultima istanza sia relativa al Consiglio di Stato, inteso come giurisdizione, indipendentemente dalla ripartizione delle cause nelle singole sezioni, che rileva esclusivamente nel diritto nazionale. Pertanto, il giudice a quo dispone della facoltà, ma non dell'obbligo, di effettuare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE; l'obbligo incomberà invece all'Adunanza plenaria" (punto 40).

⁵² Ivi, punto 91.

⁵³ Ivi, punto 92. A ben vedere, sia in caso di interpretazione conforme sia in caso di disapplicazione, il CGA aveva il potere (oltre che il dovere) di effettuare il rinvio pregiudiziale. Ciò era stato sottolineato dalla Commissione, al punto 44 delle sue Osservazioni, anche se essa era dell'avviso che il giudice *a quo* avesse una facoltà e non l'obbligo di effettuare un rinvio.

tale interpretazione del diritto dell'Unione". La risposta della Corte di giustizia – quasi scontata alla luce della sua consolidata giurisprudenza in tema di effetti delle sentenze pregiudiziali – è stata affermativa⁵⁴.

La Corte ha sottolineato che l'interpretazione del diritto dell'Unione da essa resa in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale che abbia assolto, quale giudice di ultima istanza, il suo obbligo di rinvio⁵⁵. Pertanto, costui deve applicare immediatamente il diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte, discostandosi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione. Il giudice nazionale, infatti, è tenuto ad assicurare, nell'ambito della propria competenza, l'effetto utile dell'art. 267 TFUE e, più in generale, la piena efficacia del diritto dell'Unione⁵⁶. Qualsiasi norma o prassi nazionale che negasse al giudice nazionale il potere di disapplicare le norme nazionali che ostacolano la piena efficacia del diritto dell'Unione sarebbe incompatibile con gli obblighi che discendono dalla natura stessa di questo diritto⁵⁷.

Analogamente, l'Avvocato generale aveva rilevato che “[p]oiché il giudice del rinvio [aveva] deciso di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale in applicazione dell'articolo 267 TFUE, [tale giudice era] vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte in risposta alla prima questione sollevata”. Conseguentemente, “il giudice del rinvio [avrebbe dovuto] discostarsi dal principio di diritto sancito nella sentenza n. 4/2001”, se avesse ritenuto che tale principio, in considerazione dell'interpretazione fornita dalla Corte, non fosse conforme al diritto dell'Unione⁵⁸.

6. La ‘via’ dell'interpretazione conforme

La sentenza *Puligienica* è interessante sotto vari profili sia di diritto interno che di diritto europeo. Questa nota si incentra su due temi che hanno risvolti pratici significativi. Il primo è se il principio giurisprudenziale enunciato nella sentenza n. 4/2011, come rielaborato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 9/2014, e l'art. 99, comma 3, c.p.a. si prestino ad essere interpretati in modo conforme al diritto UE (ossia, rispettivamente, all'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva ricorsi, come interpretato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Fastweb* e *Puligienica*, e all'art. 267, comma 3, TFUE, nonché ai principi del primato e dell'effettività del diritto UE). Il secondo tema è se questa pronuncia si ponga in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte sul rapporto tra

⁵⁴ Sentenza *Puligienica*, cit., punto 42.

⁵⁵ Ivi, punto 38.

⁵⁶ Ivi, punti 39 e 40.

⁵⁷ Ivi, punto 41. Il risultato pratico della risposta data dalla Corte ai sotto-quesiti della seconda questione pregiudiziale è che il CGA deve applicare immediatamente nel giudizio *a quo* il principio di diritto risultante dalla sentenza *Fastweb* (ancorché sia in contrasto con un principio affermato dall'Adunanza plenaria, cui è affidata la funzione nomofilattica nell'ambito della giustizia amministrativa), disapplicando l'art. 99, terzo comma, c.p.a. che gli imporrebbe di rimettere all'Adunanza plenaria la decisione sul ricorso.

⁵⁸ Sentenza *Puligienica*, Conclusioni, cit., punto 57.

l'art. 267 TFUE e le norme o prassi processuali nazionali che obbligano i giudici comuni a rimettere alle Corti supreme nazionali questioni relative alla compatibilità di norme interne con il diritto UE.

Per affrontare il primo tema, occorre, innanzitutto, richiamare le argomentazioni svolte dall'Adunanza plenaria sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente nelle sentenze del 2011 e del 2014.

Con la sentenza del 2011, il supremo consesso del Consiglio di Stato ha superato il suo precedente orientamento, risultante dalla sentenza n. 11/2008. Quest'ultima pronuncia stabiliva che, nel caso di gara con due sole imprese ammesse, ciascuna delle quali avesse impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice doveva pronunciarsi su entrambi i ricorsi, al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara⁵⁹.

Nel 2011, invece, l'Adunanza plenaria ha affermato la priorità dell'esame del ricorso incidentale escludente. Essa ha evidenziato che un ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, deducendo l'illegittimità della sua ammissione alla gara, introduce nel giudizio una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito delle domande proposte con il ricorso principale, la quale dev'essere esaminata per prima. Inoltre, se tale questione risulta fondata (essendo accertato il difetto di legittimazione del ricorrente principale), al giudice è precluso l'esame nel merito del ricorso principale. L'eventuale "interesse pratico" del ricorrente principale alla caducazione e rinnovazione della gara (a seguito dell'accertamento dell'illegittima ammissione dell'aggiudicatario-ricorrente incidentale) non vale a conferirgli la legittimazione al ricorso. Quest'ultima presuppone la titolarità di un interesse legittimo al conseguimento dell'appalto, il quale si può riconoscere solo a chi abbia partecipato legittimamente alla gara. Per contro, "l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva"⁶⁰.

Nel 2014 l'Adunanza plenaria ha confermato il principio formulato nel 2011⁶¹, spiegando che quest'ultimo era in armonia con "i principi di carattere processuale elaborati dalla Corte di giustizia

⁵⁹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 11 del 10 novembre 2008. Nella sentenza del 2011 l'Adunanza plenaria ha chiarito che "i principi espressi dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 siano astrattamente riferibili non solo al caso di due sole imprese in gara, ciascuna delle quali miri ad impugnare l'atto di ammissione dell'altra (rispettivamente, con il ricorso principale e con il ricorso incidentale), ma anche alle ipotesi in cui vi siano più di due imprese in gara e le impugnazioni, principali e incidentali, mirino a contestare la partecipazione di tutte le concorrenti" (sentenza del 7 aprile 2011, n. 4, punto 18). Sulla sentenza n. 11/2008 si vedano *ex pluribus* A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 151 ss.; G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 200 ss.

⁶⁰ Sentenza n. 4/2011, cit., punto 41.

⁶¹ L'Adunanza plenaria ha ribadito che: "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione" (sentenza n. 9/2014, cit., punto 8.4). Peraltro, "l'esame prioritario del ricorso

nella materia delle controversie sulle gare di appalto” e per nulla in contraddizione con la sentenza *Fastweb*. A tal fine, l’Adunanza plenaria ha ricostruito in via interpretativa il principio derivante da tale sentenza come un’eccezione rispetto al principio giurisprudenziale interno (che, quindi, continua ad essere applicabile in generale). Il supremo consesso della giustizia amministrativa ha sostenuto che, nella causa *Fastweb*, la Corte di giustizia, “investita [dal] giudice *a quo* [...] di una fattispecie all’interno della quale era stata accertata in concreto l’illegittimità di entrambe le offerte, non [avesse] potuto fare a meno di somministrare la concreta *regula iuris* costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema”⁶². Ciò sarebbe dimostrato dal fatto che la Corte di giustizia aveva “limitato la possibilità dell’esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si vers[asse] all’interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara [fossero] solo due; III) il vizio che affligge[va] le offerte [fosse] identico per entrambe”⁶³.

L’Adunanza plenaria ha escluso che la sentenza *Fastweb* prefigurasse una giurisdizione amministrativa di tipo oggettivo (in cui il ricorso è proposto a tutela di un interesse generale e non per difendere situazioni giuridiche individuali). A suo avviso, tale pronuncia si fondava “sul principio di ‘parità delle armi’”. In base a tale principio, comune al diritto europeo e nazionale, “nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, [viene] meno l’asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell’aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall’aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno”. Infatti, “[l’]identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l’una o per l’altra parte del processo”⁶⁴.

L’Adunanza plenaria ha affermato che, solo ove siano dedotti vizi identici, è ammesso “l’esame incrociato e l’eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la consequenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti”⁶⁵. Sono considerati tali i vizi che afferiscono alla “medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all’accertamento del titolo di ammissione alla gara dell’impresa e della sua offerta”⁶⁶, così da “correl[are] le sorti delle

principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile”.

⁶² Ivi, punto 8.2.3.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Ivi, punto 8.2.4.

⁶⁵ Ivi, punto 8.3.5.

⁶⁶ Ivi, punto 8.3.6.1. L’Adunanza plenaria ha precisato che “[d]evono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza *Fastweb*, i vizi ricompresi esclusivamente all’interno delle seguenti tre, alternative, categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara); b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell’impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione); c) carenza di elementi essenziali dell’offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell’offerta o della sua provenienza)” (punto 8.3.6.2).

due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante⁶⁷. Non sarebbe, invece, necessaria l'assoluta identità causale del vizio⁶⁸.

Ciò posto, l'Adunanza plenaria ha stabilito il seguente principio: “nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale – estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale – ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione”⁶⁹.

In sostanza, il supremo consesso della giustizia amministrativa non si è ‘rassegnato’ all'idea che il principio della priorità dell'esame del ricorso incidentale escludente fosse in contrasto con il principio affermato dalla sentenza *Fastweb* e – in virtù del primato del diritto UE sul diritto interno – dovesse essere disapplicato (perlomeno nel contenzioso sugli appalti pubblici). Esso ha cercato, piuttosto, di interpretare il principio di cui alla sentenza *Fastweb* alla luce dei principi processuali dell'ordinamento interno. Per giustificare questa operazione ermeneutica (che potrebbe apparire il ‘sovertimento’ del principio di interpretazione conforme al diritto UE), l'Adunanza plenaria ha affermato che i principi processuali nazionali (derivanti dalla giurisprudenza costituzionale sul principio dell'equo processo) coincidono con quelli europei (quali risultano dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo sull'art. 6 CEDU, rilevante anche nell'ordinamento UE). Ciò varrebbe specialmente per i principi dell'effettività della tutela giurisdizionale e della parità delle armi.

In particolare, ad avviso dell'Adunanza plenaria, sia il principio di cui alla sentenza n. 4/2011 sia il principio di cui alla sentenza *Fastweb* sono volti ad assicurare una tutela effettiva e la parità delle armi, con la differenza che il primo realizza queste finalità nella generalità dei casi (configurandosi,

⁶⁷ Ivi, punto 8.3.6.1.

⁶⁸ Ivi, punto 8.4.

⁶⁹ *Ibidem*. Per contro, secondo parte della dottrina amministrativista, vi sarebbe un insanabile contrasto tra i principi affermati dalla Corte di giustizia e dall'Adunanza plenaria, rispettivamente, nella sentenza *Fastweb* e nella sentenza n. 4/2011. È stato rilevato che “l'Adunanza plenaria ha affermato che nel caso di ricorsi reciprocamente escludenti legittimato a proporre il ricorso è colui che ha titolo per conseguire il bene della vita messo in gara, ragione per la quale chi non può aspirare a tanto non può nemmeno accedere al processo; la Corte europea, invece, ha affermato che, anche se vengono messi in discussione i titoli sulla base dei quali un concorrente ha partecipato al procedimento di gara, questi non deve incontrare ostacoli per accedere al processo al fine di sottoporre al controllo ed alla valutazione del giudice l'intero procedimento di gara” (E.M. BARBIERI, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, fasc.3-4, 2013, 802 ss.). La sentenza *Fastweb* comporterebbe un ripensamento della legittimazione a ricorrere dinanzi al Giudice Amministrativo. È stato sostenuto che tale pronuncia abbia “svalutato [...] il requisito della legittimazione ad agire come ineliminabile perché il giudice possa conoscere nel merito della fondatezza del ricorso”, introducendo un caso di “legittimazione oggettiva”, in nome dell'interesse generale alla concorrenza (V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2014, 341 ss.). È stato ipotizzato che la sentenza in questione “postuli la trasfigurazione dell'interesse a ricorrere strumentale in interesse legittimo oppure una legittimazione al ricorso agguantata per sempre con il fatto storico dell'avvenuta partecipazione alla gara” (R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, 2014, in www.treccani.it).

quindi, come la “regola”), mentre il secondo solo in casi specifici⁷⁰ (rappresentando dunque un’eccezione)⁷¹.

Il tentativo dell’Adunanza plenaria di ridimensionare la portata della sentenza *Fastweb* – sostenendo che riguardi solo casi particolari – risulta vano alla luce della sentenza *Puligienica*. Quest’ultima (come si è visto) afferma in modo *tranchant* che “la divergenza dei motivi” dedotti nel ricorso principale e in quello incidentale escludente è irrilevante ai fini dell’applicazione del principio di cui alla sentenza *Fastweb*⁷². Tale principio, dunque, secondo la Corte di giustizia, ha portata generale.

A questo punto, parrebbe arduo preservare il principio giurisprudenziale interno (delineato dalle sentenze n. 4/2011 e n. 9/2014), interpretandolo in modo conforme alla sentenza *Fastweb*. Difatti, quest’ultima (alla luce delle precisazioni contenute nella sentenza *Puligienica*) impone in ogni caso l’esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale tra loro escludenti⁷³.

⁷⁰ Come si è visto, l’obbligo del giudice di esaminare entrambi i motivi escludenti dedotti in via reciproca sussisteva solo se tali motivi riguardassero la stessa fase di gara (cosiddetta “simmetria invalidante”), i ricorrenti fossero gli unici operatori rimasti in gara e si vertesse nell’ambito dello stesso giudizio.

⁷¹ Si è osservato che, con la sentenza n. 9/2014, cit., l’Adunanza plenaria si sia sforzata di “conciliare l’inconciliabile”, posto che “la sentenza *Fastweb* rappresenta una via senza uscita: o la si abbandona perché erronea oppure la logica ivi sottesa (descrivibile vuoi come trasfigurazione dell’interesse a ricorrere strumentale in interesse legittimo, vuoi come legittimazione al ricorso irreversibilmente conquistata con il fatto storico dell’avvenuta e integrale partecipare alla gara) è destinata a rompere i (contingenti e fragili) argini dell’identità delle censure escludenti incrociate da parte dei due soli concorrenti in gara per svelare la sua intima vocazione generale ed esondare in plurime direzioni” (L. BERTONAZZI, *op. cit.*).

⁷² Sentenza *Puligienica*, cit., punto 29. Inoltre, per la Corte di giustizia è irrilevante (ai fini dell’applicabilità del principio di cui alla sentenza *Fastweb*) che i ricorrenti rimasti in gara siano più di due. Com’è stato rilevato in dottrina, anche nell’ipotesi di gara con più di due concorrenti, potrebbe “essere addotta, da parte di chi partecipa e ricorre, anche una “lesione” o un “pericolo di lesione” della sua posizione concorrenziale, in modo che un soggetto escluso, anche legittimamente, potrebbe rivendicare il proprio diritto a che la commessa non sia assegnata ad un “determinato” soggetto, che è inidoneo a svolgere l’appalto oppure che non sia il migliore, dato che, in virtù di quell’aggiudicazione, assumerebbe una posizione dominante nel mercato di quel settore” (C. BENETAZZO, *op. cit.*). Ciò appare in linea con l’art. 1, paragrafo 3 della Direttiva ricorsi, a mente del quale le procedure di ricorso devono essere accessibili anche a chi “rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”.

⁷³ L’esame del ricorso principale diretto a contestare la legittimità dell’ammissione alla gara dell’aggiudicatario-ricorrente incidentale, benché sia stata accertata l’illegittima ammissione alla gara dell’offerente-ricorrente principale, consente di tutelare l’interesse di quest’ultimo alla riedizione della gara, in linea con il disposto della Direttiva ricorsi, secondo cui le procedure di ricorso devono essere accessibili “a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto” (art. 1, paragrafo 3). Oltretutto, ampliando la cerchia dei soggetti legittimati ad impugnare i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici, si garantisce il rispetto dei principi generali sottesi alla normativa europea sugli appalti pubblici (principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza). Una parte della dottrina amministrativista ha valutato positivamente la giurisprudenza *Fastweb*. È stato sostenuto che “la legittimazione a ricorrere non va[da] valutata in funzione del bene della vita conseguibile mediante l’aggiudicazione, cioè la stipulazione del contratto [...], [ma]va[da] piuttosto [...] rapportata [...] al risultato ottenibile attraverso [il ricorso], che è costituito dall’annullamento dell’aggiudicazione o, se del caso, dell’intero procedimento di gara, risultato cui possono ambire tutti coloro che avrebbero potuto partecipare alla gara medesima e soprattutto, a maggior ragione, tutti coloro che alla gara medesima abbiano in effetti partecipato” (E.M. BARBIERI, *op. cit.*). Si è altresì evidenziato che sarebbe contrario al principio di effettiva parità delle parti nel processo negare “la tutela giurisdizionale ad un soggetto che, pur illegittimamente ammesso (e, quindi, non titolare di una pretesa diretta all’aggiudicazione), ma interessato ad una corretta competizione, impugni l’atto di aggiudicazione emesso in favore di un altro soggetto che, nella sua medesima posizione, sia stato illegittimamente ammesso” (C. BENETAZZO, *op. cit.*).

Senonché il Consiglio di Stato, in una sentenza del 26 agosto 2016, ha cercato di ricostruire la sentenza *Puligienica* (al pari di quella *Fastweb*) come un'eccezione che conferma la regola processuale interna dell'esame prioritario del ricorso incidentale escludente.

Per ben comprendere questa recente pronuncia del Consiglio di Stato, occorre riassumere la vicenda processuale sottostante. Quattro società avevano partecipato alla gara per la fornitura di sistemi diagnostici ad una ASL e la terza classificata aveva impugnato dinanzi al TAR del Piemonte l'aggiudicazione dell'appalto e degli altri atti di gara, deducendo la non conformità al disciplinare tecnico delle offerte presentate dall'aggiudicataria e dalla seconda classificata. Dal canto suo, l'aggiudicataria ha presentato ricorso incidentale escludente, sul presupposto che l'offerta della ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa perché priva di alcuni requisiti essenziali. Il TAR aveva esaminato prioritariamente il ricorso incidentale e, avendolo ritenuto fondato, aveva dichiarato improcedibile quello principale. Secondo il TAR, nel caso di specie, si doveva riconoscere efficacia "paralizzante" al ricorso incidentale, essendo venuto meno l'interesse strumentale del ricorrente principale alla rinnovazione della procedura⁷⁴. Difatti, all'esito della gara, era stata dichiarata idonea una quarta offerta (oltre alle tre oggetto del giudizio), la cui adeguatezza non era stata contestata dal ricorrente principale. Tale offerta si doveva, quindi, presumere conforme al disciplinare tecnico e, come tale, utilizzabile dalla stazione appaltante (nel caso in cui quest'ultima, in via di autotutela, avesse annullato l'aggiudicazione e dichiarato inammissibili le offerte classificatesi prima e seconda in graduatoria)⁷⁵.

Avverso la sentenza del TAR, ha proposto appello la società che aveva impugnato l'aggiudicazione, lamentando (*inter alia*) il mancato esame del suo ricorso principale e invocando l'applicazione del principio sancito nel frattempo dalla sentenza *Puligienica*. Ciò ha offerto al Consiglio di Stato l'opportunità per "chiarire l'effettiva portata conformativa e applicativa [di tale] principio"⁷⁶.

D'altronde, "l'interesse che qualifica la posizione di chi partecipa ad una gara, anche indipendentemente da quello che sarà l'esito finale del rapporto concorrenziale, è che il procedimento di gara si svolga nel rispetto delle regole della concorrenza e non si risolva in vantaggio per alcuno ed in danno per altri: in questo senso, l'interesse alla legalità del procedimento, secondo i valori affermati in ambito comunitario e nella normativa nazionale, si "soggettivizza" in capo al partecipante, essendogli così riconosciuta una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri operatori del settore". Non manca chi ha assunto una posizione "intermedia", non favorevole né contraria alla giurisprudenza *Fastweb*, affermando che, da un lato, tale giurisprudenza salvaguarda la parità delle parti e l'effettività della tutela processuale, ma, dall'altro, presta il fianco alla strumentalizzazione dei ricorsi a scopi dilatori e all'aggravio dei ritardi nelle procedure ad evidenza pubblica (M. PROVENZANO, *Nota a Corte di giustizia Unione europea, Sezione decima, sentenza 4 luglio 2013, n. 100/2012*, in www.ildirittoamministrativo.it).

⁷⁴ TAR Piemonte, sez. II, sentenza n. 152/2016.

⁷⁵ La sentenza del TAR è anteriore alla sentenza *Puligienica* e, dunque, si rifà alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, cit., secondo cui "l'interesse all'esame congiunto del ricorso principale e di quello incidentale, senza che questo possa spiegare efficacia paralizzante del primo, sussiste, in deroga ai principi generali valevoli nell'ambito del processo amministrativo, quando, essendo rimaste in gara solo le parti del giudizio, l'accoglimento del ricorso principale e di quello incidentale possa determinare l'esclusione, per inidoneità della offerta, di tutti i partecipanti alla gara e la conseguente necessità per la stazione appaltante di indire una nuova procedura di affidamento" (punto 18).

⁷⁶ Sentenza n. 3708/2016, punto 3.2.

Secondo il Consiglio di Stato, il principio affermato dalla Corte di giustizia dev'essere interpretato tenendo conto delle peculiarità del caso *a quo*. In particolare, la Corte europea avrebbe attribuito rilevanza al fatto che ricorrente principale e ricorrente incidentale fossero le due uniche imprese rimaste in gara, posto che le altre che avevano partecipato alla gara (rimaste estranee al giudizio) erano state escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati. In tali circostanze, il giudice amministrativo, per assicurare una tutela effettiva alle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto UE, deve esaminare nel merito (non solo il ricorso incidentale, ma anche) il ricorso principale. L'eventuale accoglimento di quest'ultimo avrebbe, infatti, soddisfatto l'interesse strumentale del ricorrente alla riedizione della gara e, quindi, alla conservazione di una *chance* di aggiudicazione dell'appalto.

Il Consiglio di Stato ha precisato che siffatto interesse strumentale sussiste “non solo quando le imprese rimaste in gara [siano] solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune [...] ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con conseguente rinnovazione della procedura”⁷⁷. Sulla base di questo ragionamento, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado, nella parte in cui aveva dichiarato improcedibile il ricorso principale. Quest'ultimo avrebbe dovuto essere esaminato nel merito, essendo teso a far accertare dei vizi di legittimità riferibili non solo alle offerte ivi contestate, ma pure all'offerta (ultima classificata) rimasta estranea al giudizio. In effetti, se il giudice amministrativo avesse riscontrato i vizi dedotti dal ricorrente principale, vi sarebbe stata la possibilità che la stazione appaltante riesaminasse, in via di autotutela, l'unica offerta non travolta dalla sentenza di annullamento, ma affetta dagli stessi vizi che inficiavano le offerte oggetto di tale pronuncia⁷⁸.

In definitiva, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la sentenza del TAR fosse in contrasto con la (sopravvenuta) sentenza *Puligienica*. Tuttavia, esso ha interpretato il principio affermato dalla Corte di giustizia in modo da renderlo compatibile con la regola processuale dell'interesse ad agire (*ex art. 100 c.p.c.*). Nella sentenza si ribadisce: “per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in questione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura”⁷⁹. Si tratta di una strenua difesa, da parte dell'organo di vertice della giustizia amministrativa, del modello di giurisdizione soggettiva, ma anche, verosimilmente, di altri interessi generali, come quelli alla sollecita esecuzione dell'appalto e ad evitare la proliferazione del contenzioso⁸⁰.

⁷⁷ Ivi, punto 3.5.

⁷⁸ Ivi, punto 3.11.

⁷⁹ Ivi, punto 3.7.

⁸⁰ Con riguardo alla sentenza n. 9/2014, cit., è stato evidenziato che “permane nel ragionamento dell'Adunanza plenaria una spiccata sensibilità verso un'esigenza di massima efficienza del sistema giudiziale nel settore dei pubblici appalti, particolarmente nevralgico per consistenza di interessi implicati e impatto economico. L'idea che percorre le

Senonché appare difficile immaginare che, in futuro, la Corte di giustizia possa avallare l'interpretazione restrittiva data dal Consiglio di Stato alla sentenza *Puligienica*.

Come si è visto, la Corte europea, nella causa *Puligienica*, ha affermato in modo *tranchant* che, nel caso in cui, a seguito di una gara pubblica, due offerenti presentino ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, a prescindere dal numero di partecipanti alla gara o delle parti del giudizio e dalla diversità dei motivi dedotti. Questa statuizione (definita dalla Corte come una "concretizzazione" del principio, sancito dalla Direttiva ricorsi, secondo cui i ricorsi in materia di appalti pubblici devono essere accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad aggiudicarsi un appalto) esprime l'adesione al modello di giurisdizione oggettiva, in cui non ha cittadinanza il ricorso incidentale "escludente"⁸¹. Il giudice, infatti, deve accertare se sono state poste in essere le violazioni delle norme UE dedotte tanto dal ricorrente incidentale quanto da quello principale⁸².

In virtù del primato del diritto UE, la concezione (oggettiva) del processo, che si evince dalla Direttiva ricorsi e dalla giurisprudenza europea, prevale su quella (soggettiva) maggiormente diffusa nella giurisprudenza amministrativa italiana e dovrebbe comportare (almeno in materia di appalti pubblici) il superamento della regola procedurale interna del previo esame del ricorso incidentale escludente. Tra l'altro, tale regola è di matrice pretoria, per cui sarebbe di ben più agevole rimozione (per contrarietà al diritto UE) rispetto ad una regola legislativa⁸³.

Data la diversità della concezione del processo in materia di appalti tra la Corte di giustizia e il Consiglio di Stato, quest'ultimo avrebbe fatto meglio (nelle occasioni che gli si sono presentate) a stabilire un dialogo con la Corte di giustizia, mediante il rinvio pregiudiziale. In tal modo, esso avrebbe potuto sottoporre all'attenzione della Corte le problematiche che (secondo parte della giurisprudenza e della dottrina amministrativa italiana) la giurisprudenza europea qui esaminata potrebbe innescare nel sistema della giustizia amministrativa (come, ad esempio, discrasie tra il contenzioso sugli appalti e quello nelle altre materie; ritardi nella definizione dei processi e, di conseguenza, nell'aggiudicazione dei contratti pubblici; aumento dei costi per la P.A.). Posta dinanzi a simili argomentazioni, la Corte di giustizia avrebbe potuto dare una risposta chiara e

argomentazioni sulla funzione di filtro in chiave deflattiva assoluta dalle condizioni dell'azione è che il principio dell'effettività della tutela debba combinarsi, su scala più ampia, con quello di effettività del sistema, nel senso che l'esigenza del giusto processo come risposta efficace alla domanda della singola parte non può andare a detrimento della concorrente esigenza di contenere il contenzioso e di ridurre i tempi della giustizia" (M. SANTISE, *op. cit.*, 523).

⁸¹ In tal senso, A. BARTOLINI, *La questione dei ricorsi escludenti incrociati*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 936 ss. Secondo questo Autore, "essendo scopo della direttiva [ricorsi] quello di sanzionare la violazione del diritto europeo, il giudice deve sempre scendere nel merito e valutare successivamente se, dall'accertamento della violazione, possano o meno conseguire degli effetti positivi sul ricorrente (la valutazione di merito precede ed esclude quella di rito sulla legittimazione)".

⁸² In effetti, "[l']interesse ad agire del ricorrente principale, consistente nel pregiudizio attuale, potenziale o passato derivante dalla violazione, si manifesta [...] nel perdere la chance di aggiudicazione, la quale, invece, avrebbe con l'annullamento sia dell'aggiudicazione che della propria ammissione" (ivi, 937).

⁸³ Sui dirompenti effetti del principio del primato del diritto UE sulle norme processuali degli Stati membri, si veda per tutti J.S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, in *Eur. Law Journal*, 2003, 599 ss.

risolutiva circa la rilevanza o meno degli inconvenienti legati alla concezione oggettiva del processo. È, quindi, auspicabile che il Consiglio di Stato, in futuro, prediliga la via del confronto diretto con la Corte europea, piuttosto che cercare di adattare le statuizioni di quest'ultima alle specifiche esigenze della giustizia amministrativa italiana (mediante una sorta di interpretazione conforme alla rovescia, illegittima dal punto di vista del diritto UE).

7. Obbligo di rinvio pregiudiziale vs obbligo di deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

Il secondo tema relativo all'impatto della sentenza *Puligienica* sulla giustizia amministrativa italiana è quello della compatibilità dell'obbligo di rimessione all'Adunanza plenaria *ex art. 99*, comma 3, c.p.a. con quello di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art. 267*, comma 3 TFUE.

Quest'ultima (come si è visto) ha affermato che una norma processuale interna non può in alcun modo impedire alla sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza di sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto UE⁸⁴.

Lo Stato italiano – intervenuto in sede pregiudiziale – aveva sostenuto che la norma processuale interna non ponesse ostacoli all'obbligo di rinvio pregiudiziale incombente sul CGA (quale sezione del supremo organo di giustizia amministrativa)⁸⁵. Questa tesi si basava su due ragioni. La prima era che, nell'ordinamento italiano, l'orientamento espresso dai vertici istituzionali delle singole giurisdizioni (ovvero l'Adunanza del Consiglio di Stato e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione) nell'interpretazione delle norme giuridiche assolve alla funzione nomofilattica, senza esplicitare, tuttavia, un'efficacia cogente nei confronti dei giudici di grado inferiore (avendo una valenza meramente persuasiva)⁸⁶. Ciò sarebbe confermato dal fatto che, se una sezione del Consiglio di Stato si discosta da un principio affermato dall'Adunanza plenaria, non vi è alcuna sanzione sul piano processuale. Secondo lo Stato italiano, poiché non sussiste alcun vincolo

⁸⁴ Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, 2012/C 338/01, punto 12.

⁸⁵ Risposta al quesito formulato dalla Corte di giustizia all'udienza di discussione dell'11 marzo 2015 (sulla riferibilità della nozione di organo giurisdizionale *ex art. 267* TFUE alle singole sezioni ovvero al *plenum* di un ufficio giudiziario), depositata dal Governo italiano il 31 agosto 2015.

⁸⁶ *Ibidem*. Il nostro Governo ha richiamato alcune massime giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, in base alle quali l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione "aspira indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma si tratta di connotati solo tendenziali, in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente persuasivo. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto" (*ex pluribus* Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 12 ottobre 2012). Lo stesso ragionamento è estendibile alle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

giuridico al precedente rappresentato da una decisione dell'Adunanza plenaria, non potrebbe esservi alcun ostacolo (derivante dall'art. 99, comma 3, c.p.a.) al potere-dovere di una singola sezione di sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia⁸⁷. In secondo luogo, lo Stato italiano ha sostenuto che la norma processuale in questione dovesse essere letta in senso conforme al diritto UE, riconoscendole una portata circoscritta alle questioni interpretative di norme interne, ad esclusione, quindi, di quelle europee⁸⁸.

Tra le argomentazioni svolte dallo Stato italiano "in difesa" della compatibilità della norma processuale interna con il diritto UE appare maggiormente persuasiva la seconda. In effetti, gli indirizzi interpretativi dell'Adunanza plenaria hanno valenza nomofilattica solo con riguardo al diritto interno. Quindi, una sezione del Consiglio di Stato può (e deve) disattendere un precedente dell'Adunanza plenaria che riguardi una norma di diritto UE oppure che appaia in contrasto con una norma di diritto UE (di cui, in caso di dubbio, abbia chiesto la corretta interpretazione alla Corte di giustizia). In questo caso, il deferimento alla Plenaria *ex art. 99*, terzo comma, c.p.a. non potrebbe assolvere la funzione che gli è propria, in quanto non spetta a tale giudice assicurare l'uniforme e corretta interpretazione dal diritto UE⁸⁹.

Questa lettura "adeguatrice" della norma processuale in questione renderebbe quest'ultima inapplicabile nel caso in cui una sezione del Consiglio di Stato "si imbatta" in problemi di interpretazione del diritto UE: non perché la norma sia contraria a tale diritto, ma semplicemente perché non sarebbe rilevante nel caso concreto⁹⁰.

⁸⁷ Nella Risposta al quesito formulato dalla Corte di giustizia (sui rapporti tra l'Adunanza plenaria e il CGA e sul grado di autonomia di quest'ultimo nell'applicazione del diritto UE), depositata il 13 febbraio 2015, lo Stato italiano ha sottolineato che l'art. 99, comma 3 c.p.a. mira a raggiungere un ragionevole punto di equilibrio tra la ricerca di una tendenziale uniformità interpretativa in funzione della certezza del diritto e la libertà e indipendenza, anche interna, del giudice, il che conferma la piena autonomia di ogni singola sezione del Consiglio di Stato nel sollevare questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Ben diversa lettura era stata data all'art. 99, terzo comma c.p.a. dal CGA (si veda *supra*, paragrafo 4).

⁸⁸ Così nella Risposta a quesito del 31 agosto 2015 cit.

⁸⁹ In dottrina ci si è chiesti (traendo spunto dal caso *Puligienica*) se si stia profilando "un trasferimento della funzione di unificazione della giurisprudenza alla Corte di giustizia della Unione (quanto meno con riferimento alle controversie che debbano essere risolte con l'applicazione del diritto dell'Unione, ovvero ad una frammentazione della funzione monofilattica, ovvero ancora ad una sua diversa organizzazione)" (A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 345 ss.). In chiave maggiormente critica, si è affermato che "[r]isulta evidente il processo di affermazione della primazia del diritto europeo, che va sempre più unificandosi, e dove le corti sovranazionali svolgono un ruolo nomofilattico, a scapito delle magistrature superiori interne, anche nel campo del processo amministrativo, nonostante la disposizione di cui all'articolo 99 del codice"; tuttavia, "la Corte di giustizia europea, nel salvaguardare il principio di autonomia processuale nazionale, debba sempre tenere conto che quel principio ricomprende in sé anche quello del rispetto della distribuzione della funzione nomofilattica tra le diverse magistrature superiori nazionali" (G.P. CIRILLO, *Frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, fasc.1, 2014, 23 ss.). Vi è altresì chi auspica un rafforzamento della funzione nomofilattica dei vertici istituzionali delle giurisdizioni nazionali, in modo che sostanzialmente siano questi ultimi a dialogare con la Corte di giustizia (A. CALDARERA, *op. cit.*).

⁹⁰ Ovviamente la tesi prospettata *supra* nel testo comporterebbe, di fatto, un forte ridimensionamento del ruolo nomofilattico dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, data l'estensione delle materie disciplinate, o anche solo 'influenzate', dal diritto UE.

La questione del rapporto tra la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria ("quale organo cui spetta il compito di orientare la giurisprudenza amministrativa anche nei rapporti con la Corte di giustizia") e l'obbligo per le singole Sezioni del Consiglio di Stato (in qualità di giudici di ultima istanza) di sollevare (anche d'ufficio) una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia era stata rimessa all'Adunanza plenaria dalla Sezione V anteriormente alla pronuncia della sentenza *Puligienica*⁹¹. Nella sentenza di remissione, viene precisato che si possono verificare due ipotesi: "a) l'Adunanza Plenaria enuncia un principio di diritto, facendosi carico di esaminare gli eventuali profili di anticomunitarietà, finendo con l'escludersi; b) l'Adunanza Plenaria enuncia un principio di diritto, senza esaminare [...] gli eventuali profili di anticomunitarietà"⁹². Sia nell'una che nell'altra ipotesi, la Sezione del Consiglio di Stato dinanzi alla quale pende un giudizio, se considera il principio di diritto dell'Adunanza plenaria contrario al diritto UE, si trova di fronte ad un bivio: da un lato, la remissione della questione alla Plenaria *ex art. 99, comma 3, c.p.a.*, dall'altro il rinvio pregiudiziale *ex art. 267, comma 3, TFUE*⁹³.

A seguito della risposta netta data a tale quesito con la sentenza *Puligienica*, sarebbe stato arduo per l'Adunanza plenaria ridimensionare la statuizione della Corte europea, per riservarsi il ruolo di supremo interprete del diritto amministrativo anche in materie disciplinate dal diritto UE, o comunque toccate dai suoi effetti⁹⁴.

Difatti, l'Adunanza plenaria, pronunciandosi sul rapporto tra l'art. 99, comma 3, c.p.a. e 267, comma 3, TFUE, ha dichiarato di "prendere atto e recepire" le statuizioni della sentenza *Puligienica*⁹⁵. Per maggiore chiarezza, l'Adunanza plenaria ha enunciato i principi ricavati dalla sentenza europea e innestati nella giurisprudenza amministrativa. Si tratta del principio secondo cui "la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di giustizia *ex art. 267 TFUE* ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento" e del principio in base al quale "la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione,

⁹¹ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza non definitiva n. 1090/2016, con cui è stato rivolto all'Adunanza plenaria il seguente quesito: "se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in assenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione Europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia" (punto 6).

⁹² Ivi, punto 4.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Com'è noto, in virtù del primato del diritto UE, i principi europei possono incidere sull'interpretazione o sulla portata delle norme nazionali anche in materie non rientranti nella competenza legislativa dell'Unione europea. Si vedano M. BOBEK, *The Effects of EU Law in the National Legal Systems*, in C. BARNARS, S. PEERS (eds), *European Union Law*, Oxford, 2014, 140 ss.; e D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 291 ss.

⁹⁵ Sentenza n. 20/2016, punto 12.

deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea⁹⁶.

Perciò l'Adunanza plenaria ha riconosciuto che un principio da essa affermato possa essere disatteso da una Sezione in quanto ritenuto incompatibile con il diritto UE, sia quando la Sezione intenda rivolgersi direttamente alla Corte di giustizia, sia quando essa si conformi alla sentenza pregiudiziale di quest'ultima (o alla pregressa giurisprudenza europea vertente su casi analoghi).

L'Adunanza plenaria ha interpretato la sentenza *Puligienica* nel senso che la singola Sezione del Consiglio di Stato abbia la facoltà (non l'obbligo), a seconda dei casi, di interrogare direttamente la Corte di giustizia sulla corretta interpretazione o sulla validità di norme UE con cui appaia in contrasto un principio enunciato dall'Adunanza plenaria ovvero di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, un principio dell'Adunanza plenaria con essi incompatibile. Infatti, l'Adunanza plenaria si è prefigurata l'ipotesi che una Sezione decida di rimettere ad essa la questione circa la compatibilità con il diritto UE di un suo indirizzo giurisprudenziale, precisando che, in tal caso, essa valuterebbe se operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁹⁷.

Tuttavia (come si dirà nel paragrafo successivo), sembra più corretto ritenere che una Sezione del Consiglio di Stato sia tenuta ad assicurare la piena e immediata efficacia al diritto UE, applicando quest'ultimo in luogo di un orientamento dell'Adunanza plenaria con esso confliggente ovvero operando un rinvio alla Corte di giustizia⁹⁸.

8. La sentenza Puligienica a confronto con le sentenze Melki e Abdeli, A. contro B. e Kernkraftwerke Lippe-Ems

L'ultimo tema qui affrontato è quello del rapporto tra la sentenza *Puligienica* e alcune recenti pronunce della Corte di giustizia riguardanti norme processuali nazionali che obbligano i giudici comuni a rimettere alle Corti supreme nazionali questioni relative alla compatibilità di norme interne con il diritto UE. Si tratta delle sentenze (in parte richiamate dalla Corte e dall'Avvocato Generale nel caso in esame) *Melki e Abdeli, A. contro B. e Kernkraftwerke Lippe-Ems*⁹⁹. Queste pronunce affermano che un giudice nazionale non è privato della facoltà, né è, eventualmente, dispensato dall'obbligo di sottoporre alla Corte di giustizia questioni riguardanti l'interpretazione o

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Ivi, punto 13.

⁹⁸ In particolare, non sembra che si possa fondatamente sostenere che sia indifferente – ai fini dell'efficacia del diritto UE – che ad operare il rinvio pregiudiziale sia l'Adunanza plenaria piuttosto che la Sezione del Consiglio di Stato dinanzi alla quale pende il ricorso. La rimessione all'Adunanza plenaria, da un lato, determina una sicura dilatazione dei tempi necessari ad assicurare la corretta interpretazione o applicazione del diritto UE e, dall'altro, mette addirittura in forse il rinvio, visto che l'Adunanza plenaria potrebbe non ritenere fondati i dubbi manifestati dalla Sezione e ribadire il suo orientamento giurisprudenziale.

⁹⁹ Corte di giustizia, *Melki e Abdeli*, cit.; causa C-184/14, *A. contro B.*, sentenza del 16 luglio 2015; causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, sentenza del 4 giugno 2015.

la validità del diritto dell'Unione per il fatto che una norma procedurale nazionale affidi ad una Corte suprema il compito di esercitare un controllo preliminare sulla compatibilità delle norme interne con il diritto UE. Pertanto, il giudice nazionale resta libero, in ogni fase del procedimento che reputi appropriata, di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale di diritto UE che ritenga necessaria. Ciò discende dai principi del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione.

In dottrina si è rilevato che “in a small attenuation of its *Simmenthal* case law, the Court allowed mandatory referrals from ordinary and administrative courts to the constitutional court and accepted some delay in the immediacy of addressing the EU dimension of the case [...]”¹⁰⁰. Ciò, peraltro, solo a condizione che il giudice nazionale abbia il potere di adottare qualsiasi misura necessaria a garantire la tutela provvisoria dei diritti conferiti dalle norme dell'Unione e che, inoltre, all'esito del procedimento incidentale dinanzi alla Corte costituzionale, possa disapplicare la norma nazionale controversa, ove la ritenga in contrasto con il diritto UE¹⁰¹.

Ispirandosi a questa giurisprudenza europea, lo Stato italiano (nel corso della causa pregiudiziale *Puligienica*) ha prospettato un'interpretazione del diritto processuale interno nel senso che ogni Sezione del Consiglio di Stato goda della più ampia facoltà sia di investire direttamente la Corte di giustizia di una questione di interpretazione del diritto UE, sia di rimettere tale decisione alla Plenaria¹⁰². Anche l'Avvocato Generale ha ritenuto che la giurisprudenza europea relativa al rinvio preliminare da parte di un giudice comune ad una Corte suprema dell'ordinamento nazionale fosse estendibile al caso di specie (benché quest'ultimo riguardasse il rinvio preliminare alla Plenaria da parte di una Sezione del medesimo organo giurisdizionale).

Invece, come si è visto, nel caso in esame, la Corte di giustizia sembra aver adottato una posizione più ‘rigida’. Essa ha affermato che è del tutto incompatibile con il diritto UE l'obbligo

¹⁰⁰ M. DE VISSER, *Juggling centralized constitutional review and EU primacy in the domestic enforcement of the Charter: A.v. B.*, in *CML Review*, 2015, 1320 ss. In effetti (com'è noto) nella sentenza *Simmenthal*, la Corte di giustizia aveva affermato che è “incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie. Ciò si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione fosse riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse soltanto temporaneo” (Corte di giustizia, causa 106/77, *Simmenthal*, sentenza del 9 marzo 1978, punti 22 e 23, corsivo aggiunto).

¹⁰¹ In tal senso, la Risposta a quesito del 31 agosto 2015, cit.

¹⁰² *Ibidem*. Lo Stato italiano ha richiamato, in particolare, la sentenza *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, cit., in cui la Corte di giustizia ha statuito che: “[l]’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, il quale nutra dei dubbi riguardo alla compatibilità di una normativa nazionale tanto con il diritto dell’Unione quanto con la Costituzione dello Stato membro interessato, non è privato della facoltà, né è, eventualmente, dispensato dall’obbligo di sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea questioni riguardanti l’interpretazione o la validità del diritto dell’Unione per il fatto che un procedimento incidentale di controllo della costituzionalità di questa medesima normativa è pendente dinanzi al giudice nazionale incaricato di esercitare tale controllo”.

della Sezione investita di una questione attinente a questo diritto, in caso di disaccordo con la decisione dell'Adunanza plenaria, di rinviare a quest'ultima tale questione.

Questo apparente ritorno alla giurisprudenza *Simmenthal* potrebbe spiegarsi con il fatto che il caso *Puligienica* non aveva ad oggetto il rinvio obbligatorio ad una Corte costituzionale. L'Adunanza plenaria – a differenza di un giudice costituzionale – non può rimuovere dall'ordinamento nazionale una disposizione contraria al diritto UE (con efficacia *erga omnes*), cosicché un suo vaglio preliminare della legittimità 'comunitaria' di tale disposizione non porterebbe ad un risultato più 'vantaggioso', dal punto di vista del diritto UE, della sua 'disapplicazione' da parte della singola Sezione¹⁰³. Non vi sarebbe allora alcuna ragione per frapporre un ostacolo anche solo temporaneo alla piena efficacia del diritto UE¹⁰⁴.

¹⁰³ Con riferimento al caso *A.v. B.* è stato evidenziato che “[b]y selecting Article 267 TFEU as the ultimate assessment criterion, the Court deftly managed to avoid the kind of counterbalancing of the advantages associated with invalidity as compared to inapplicability as the preferred remedy for fundamental rights violations that would arguably have been expected for an analysis based on the equivalence principle. Instead of getting bogged down in “either-or” thinking, the Court’s chosen approach enabled it to confirm that EU law opposes concentrating responsibility for enforcing Union law in the hands of a constitutional court, while simultaneously accepting declarations of invalidity by such a court as an additional technique for upholding Charter rights at the domestic level” (M. DE VISSER, *op. cit.*, 1324).

¹⁰⁴ Si veda la sentenza *Simmenthal*, cit., punto 23.