

N. 05103/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02555/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 2555 del 2017, proposto da:

Lombardi s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto, 18;

contro

Comune di Auletta, non costituito in giudizio;
Delta Lavori s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Marco Di Paolo e Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli, 13;
MSM Ingegneria s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Martini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Trieste, 109;

nei confronti di

Robertazzi Costruzioni s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del Costituendo RTI con Giglio Costruzioni s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO - SEZIONE I n. 00458/2017, resa tra le parti, avente ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva della gara di appalto indetta dal Comune di Auletta (SA) per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di risanamento idrogeologico del centro storico.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2017 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Brancaccio, La Gloria, Di Paolo e Martini;

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

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

1.3. Quanto alla Delta Lavori s.p.a., l'esclusione andava disposta per mancanza da parte del soggetto indicato come progettista – la citata società MSM Ingegneria s.r.l. – dei requisiti richiesti dal disciplinare di gara, falsamente dichiarati, nonché per mancata presentazione della documentazione a corredo della fideiussione per la cauzione provvisoria. Quanto alla A.T.I. Robertazzi costruzioni s.r.l. – Giglio costruzioni s.r.l., l'esclusione doveva essere disposta per mancanza dei requisiti di partecipazione in capo alle società ausiliarie delle quali dichiarava di avvalersi.

2. Si costituiva in giudizio l'aggiudicataria Delta Lavori s.p.a., con ricorso incidentale escludente. La controinteressata impugnava gli atti della procedura per mancata esclusione della ricorrente Lombardi s.r.l., per aver perduto i requisiti di partecipazione richiesti dal disciplinare di gara in corso di svolgimento della procedura.

2.1. Al giudizio partecipava anche la MSM Ingegneria s.r.l., che contestava le deduzioni della ricorrente. Non si costituivano gli intimati Comune di Auletta e ATI Robertazzi costruzioni s.r.l..

3. Il giudizio si concludeva con la sentenza del Tribunale amministrativo 16 marzo 2017 n. 458.

3.1. La sentenza esaminava prioritariamente il ricorso incidentale escludente, accogliendone il primo motivo, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità della procedura nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione della Lombardi s.r.l.

3.2. In conseguenza, dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale e condannava il Comune di Auletta e la società ricorrente al pagamento delle spese legali a favore della Delta Lavori s.r.l., compensando ogni altra spesa.

4. Per la riforma della detta sentenza ha proposto appello l'originaria ricorrente Lombardi s.r.l..

4.1. Resistono la Delta Lavori s.r.l. e la società MSM Ingegneria s.r.l..

5. Con il primo motivo di appello, la Lombardi s.r.l. contesta la sentenza per aver disatteso i principi di cui a Corte di Giustizia dell'Unione europea, C-689/13 del 5 aprile 2016 (c.d. sentenza Puligienica) in materia di esame del ricorso principale e incidentale proposti all'interno del medesimo giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di affidamento di appalto pubblico

5.1. Per l'appellante, il giudice, anche a ritenere fondato il ricorso incidentale, doveva comunque esaminare anche il ricorso principale; egli afferma un proprio interesse, strumentale e mediato, alla declaratoria dell'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria, perché a suo dire una tale statuizione avrebbe potuto portare l'amministrazione ad intervenire in autotutela annullando la procedura e indicando una nuova gara.

6. La Sezione preliminarmente rileva l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in relazione al punto di diritto di cui all'attuazione della ricordata "sentenza Puligienica".

7. Il tema che qui rileva della "sentenza Puligienica" della Corte di Giustizia dell'Unione europea è nei seguenti passaggi: *"23. Al riguardo è d'uopo ricordare che, secondo le disposizioni dell'art. 1, par. 1, 3° comma, e 3, della menzionata direttiva, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate dall'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione"*; *"28. L'interpretazione, ricordata ai punti 24 e 25 della presente sentenza, formulata dalla corte nella sentenza Fastweb è applicabile in un contesto come quello del procedimento principale. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. D'altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al par. 37 delle sue conclusioni, non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che*

contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura". Infine: "29. Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb".

7.1. Le statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea sono state diversamente intese, dando luogo a due orientamenti all'interno di questo Consiglio di Stato.

8. Il primo indirizzo interpretativo fa capo alla sentenza del Consiglio di Stato, sez III, 26 agosto 2016, n. 3708, che afferma: *"l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in subiecta materia una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche mediata e strumentale)".*

8.1. In sostanza, secondo questa regola, il giudice che, esaminato per primo il ricorso incidentale, lo abbia ritenuto fondato, è tenuto ad esaminare anche il ricorso principale solo se dal suo accoglimento può derivare un vantaggio in capo al ricorrente principale. Tale vantaggio non potrà consistere nella mera aggiudicazione del contratto in quanto, avendo accolto il ricorso incidentale escludente, il giudice ha già statuito sulla sua necessaria esclusione dalla procedura;

pertanto, non potrà che essere l'accoglimento di un mezzo che per suo contenuto retroagisce fino a comportare la ripetizione della procedura.

8.2. La ripetizione della procedura è concretamente ipotizzabile – per non restare una possibilità astratta e priva di effettiva utilità – se le imprese in gara siano state soltanto due; ovvero, in caso di più di due imprese delle quali solo due siano in giudizio, se anche le offerte delle restanti imprese risultino affette dal medesimo vizio che, in giustizia, ha giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente che è parte della controversia.

8.3. Detto orientamento riconduce la relazione tra ricorso principale e ricorso incidentale nell'alveo tematico dell'ordine di esame delle questioni portate in giudizio. Infatti, posto che il giudice deve sempre esaminare per primo il ricorso incidentale, l'esame del ricorso principale diviene condizionato all'ulteriore condizione della preventiva verifica della condizione dell'azione: che non afferisce all'astratta legittimazione a ricorrere (sulla quale, invece, si concentrava Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2011, n. 4), ma all'effettività concreta dell'interesse a ricorrere. In sostanza, questo orientamento preclude l'esame del ricorso principale se dal suo eventuale accoglimento non può scaturire per il ricorrente un effetto proceduralmente utile.

8.4. In altri termini: dall'accoglimento del ricorso incidentale deriva l'insussistenza dell'interesse diretto e immediato del ricorrente principale riguardo all'aggiudicazione perché, essendo stato indebitamente ammesso alla gara, non può ottenere l'aggiudicazione stessa. Tuttavia, prima di vagliare anche il ricorso principale, il giudice deve apprezzare l'ulteriore, necessario, profilo dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, ossia quello *strumentale* che consiste nella possibilità di ottenere la rinnovazione dell'attività amministrativa quale effetto conformativo conseguente alla sentenza di annullamento pronunciata dal giudice.

Se quell'interesse a ricorrere appaia da escludere anche da questo punto di vista, il ricorso principale va dichiarato improcedibile per carenza di interesse a ricorrere.

8.5. Nel caso in cui siano più di due le imprese partecipanti e solo due di esse siano in giudizio, la verifica della sussistenza del detto interesse strumentale impone al giudice di considerare i motivi di ricorso e valutare se i vizi prospettati dal ricorrente principale relativamente all'offerta dell'aggiudicatario siano predicabili anche per le altre offerte proposte. Qualora tale situazione si verifichi, infatti, diviene ipotizzabile una scelta in autotutela della stazione appaltante di annullare l'intera procedura e indire una nuova gara.

8.6. Diversamente, in una medesima situazione – quando solo le offerte presentate da due di più imprese in gara siano state vagliate in giudizio – se i vizi prospettati dal ricorrente principale appaiono riferibili alla sola offerta dell'aggiudicatario, anche se fosse accolto il ricorso principale non resterebbe spazio rinnovare la procedura, perché la stazione appaltante altro non potrebbe che aggiudicare il contratto all'operatore successivamente classificatosi (ossia al terzo posto), la legittimità della cui offerta non è più contestabile, mai essendo stata oggetto di contestazione e verifica in giudizio.

9. A questo indirizzo interpretativo paiono aver aderito: Cons. Stato, V, 27 febbraio 2017, n. 901 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di cinque concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente ricorso incidentale dell'aggiudicatario. La sentenza valuta corretto l'esame del solo ricorso incidentale, il vizio prospettato dal ricorrente principale non essendo in grado di inficiare le offerte degli altri concorrenti: perciò non vi era per il ricorrente principale possibilità di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale); Cons. Stato, V, 10 aprile 2017, n. 1677 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di due soli concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l'annullamento dell'aggiudicazione

e conseguente ricorso incidentale dell'aggiudicatario. La sentenza riforma la decisione del primo giudice dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso principale a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, riconoscendo la sussistenza dell'interesse alla rinnovazione della gara da parte del ricorrente principale); Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2226 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di sei concorrenti, impugnazione proposta dalla terza classificata contro l'aggiudicazione a favore della prima e dell'ammissione della seconda classificata, e ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario. La sentenza ha riformato la pronuncia di primo grado che aveva esaminato il ricorso incidentale e il ricorso principale affermando che il vizio prospettato dal ricorrente principale non era in grado di inficiare le offerte presentate dagli altri concorrenti, con la conseguenza che il ricorrente principale non era in condizione di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale); Cons. Stato, V, 30 giugno 2017, n. 3178 (in cui, peraltro, la sentenza 26 agosto 2016 n. 3708 è solamente richiamata per trarne la conseguenza della necessaria disamina del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale).

10. Un diverso indirizzo interpretativo è stato espresso da Cons. Stato, V, 20 luglio 2017, n. 3593.

10.1. La sentenza è stata pronunciata in una fattispecie di gara con la partecipazione di più di due imprese; era stato proposto ricorso principale dalla seconda classificata e ricorso incidentale escludente dall'aggiudicataria; il giudice di primo grado aveva esaminato dapprima il ricorso incidentale escludente e, verificatane la fondatezza, aveva dichiarato improcedibile il ricorso principale, poiché vi erano altri concorrenti in gara e il ricorrente principale non avrebbe potuto trarre alcuna utilità, anche solo strumentale, dal suo accoglimento.

10.2. Esaminando il motivo di appello rivolto a contestare la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, la detta sentenza d'appello così si

pronunciava: *“Malgrado la conferma dell'accoglimento del ricorso incidentale “escludente” di primo grado ... questa Sezione reputa tuttavia necessario esaminare anche i motivi del ricorso principale riproposti nel presente appello... Pur conscia dei precedenti contrari di questo Consiglio di Stato, diffusamente richiamati dalle controinteressate, nondimeno ciò appare maggiormente conforme ai principi espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella citata sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, anche quando – come nel caso di specie – le concorrenti in causa non siano le uniche ad aver presentato offerte ammesse nella procedura di affidamento in contestazione.”.*

11. Detta sentenza sembra affrontare la questione non tanto sul piano delle condizioni dell'azione, quanto su quello della tutela delle situazioni giuridiche soggettive che si assumano lese dall'azione amministrativa. Si legge, infatti, nella motivazione: *“... affinché un ricorso in materia di appalti pubblici possa essere considerato "efficace" ai sensi dell'art. 1, comma 1, della direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori), il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non deve risultare preclusivo nei confronti del ricorrente principale che a sua volta contesti l'altrui offerta, "in quanto in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare”.*

11.1. Secondo questo diverso orientamento, la domanda di tutela del proprio interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di gara con esclusione di tutte le offerte che, in quanto affette da vizi, non potevano essere esaminate dalla stazione appaltante, rivolta dal ricorrente principale al giudice amministrativo, merita di essere esaminata anche se, per ipotesi, la stessa offerta del ricorrente andava esclusa dalla procedura.

11.2. In questa prospettiva, il giudice non tiene conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste fuori dal giudizio) come dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale, poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di *tutti* i motivi di ricorso, principale come incidentale.

11.3. Detta sentenza prende in considerazione le conseguenze dell'impostazione accolta sul profilo dell'interesse a ricorrere. Essa afferma, infatti: *“La Sezione è consapevole che una simile applicazione del concetto di ricorso "efficace" come quella propugnata dalla Corte di giustizia comporta una dilatazione dell'interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ., quale costantemente interpretato dalla giurisprudenza nazionale. Infatti posto che questa condizione dell'azione è intesa come possibilità di conseguire in via diretta ed immediata un vantaggio giuridicamente apprezzabile, e non già un vantaggio ipotetico ed eventuale, secondo la tesi della Corte di giustizia il bene della vita dell'aggiudicazione sarebbe invece rimesso a successive e solo possibili valutazioni dell'amministrazione in via di autotutela. Ma nondimeno non si può che prendere atto del dictum del giudice europeo e della prevalenza che ad esso deve essere attribuita, nell'ambito di un rapporto in cui il principio di autonomia dell'ordinamento processuale del Paese membro è destinato a recedere rispetto alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale perseguite a livello sovranazionale”*.

11.4. Il passaggio va inteso nel senso che, accolto il ricorso incidentale e quello principale, non costituisce evenienza necessaria l'aggiudicazione del contratto all'impresa successivamente classificata, perché la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non vi resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare.

12. La soluzione del contrasto precedentemente descritto è rilevante al fine della decisione del presente giudizio.

12.1. Si tratta, infatti, di una procedura di aggiudicazione del contratto di appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori di *“risanamento idrogeologico del Centro storico del Comune di Auletta (Sa)”*. Alla procedura hanno partecipato numerose imprese (13 delle quali, le prime 5, escluse in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta) e il ricorso principale è stato proposto dalla terza classificata (Lombardi s.r.l.) della graduatoria che ha sostenuto ragioni di esclusione dell'impresa aggiudicataria (Delta Lavori s.r.l.) e della seconda classificata (A.T.I. Robertazzi costruzioni s.r.l.), con conseguente proposizione di ricorso incidentale escludente da parte dell'aggiudicataria. Come allegato dall'appellante con il primo motivo di appello, gli altri concorrenti utilmente graduati – e quindi nei posti della classifica successivi al terzo – non hanno prodotto impugnazione né sollevato contestazioni di sorta.

12.2. Le ragioni di esclusione prospettate dall'appellante nei confronti dell'aggiudicataria attengono alla mancanza dei requisiti di progettazione in capo alla società che è stata indicata in sede di offerta come incaricata della progettazione, vale a dire la MSM Ingegneria s.r.l.. Invece, le ragioni di esclusione prospettate nei confronti dell'A.T.I. Robertazzi Costruzioni s.r.l. attengono alla mancanza dei requisiti di qualificazione S.O.A. in capo alle imprese ausiliarie (Consorzio Stabile Agoraa s.r.l. per la capogruppo e la società Cogega s.r.l. per la mandante).

12.3. Se nel decidere questa controversia si dovesse applicare il primo orientamento, in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale, si dovrebbe valutare se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento

in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale.

12.4. Qualora, invece, si dovesse fare applicazione del secondo orientamento, pur in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, si dovrebbe procedere all'esame di entrambi i ricorsi, spettando all'amministrazione poi, all'esito del giudizio, valutare la comunanza dei vizi alle restanti offerte e decidere, ove ciò abbia accertato, di annullare l'intera procedura di aggiudicazione, piuttosto che procedere all'aggiudicazione a favore dell'impresa successivamente classificata. Vi sarebbe, dunque, pur sempre un interesse c.d. *strumentale* del ricorrente alla decisione del ricorso principale, poiché la valutazione dell'identità dei vizi sarebbe compiuta, concluso il giudizio, dalla stazione appaltante.

13. In conclusione, ricorrendo il caso dell'art. 99 Cod. proc. amm. perché il detto punto di diritto sottoposto all'esame della Sezione ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali, gli atti vanno rimessi all'Adunanza plenaria, affinché si pronunci sulla seguente questione: *“se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate”*.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO