

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

Il diritto dell'Unione Europea prevale sui vincoli imposti dai precedenti di Adunanze plenarie – o di Sezioni Unite

di **Giovanni Anania**

[Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Sentenza 5 aprile 2016, C-689/13](#), Pres. Lenaerts, Est. Juhász. Publigenia c. Airgest S.p.A,

Appalti pubblici – Ricorso principale e ricorso incidentale “escludente/paralizzante” relativo all'ammissibilità di quello principale – Violazione del diritto dell'Unione Europea denunciata nel ricorso principale – Divieto di esame prioritario del ricorso incidentale – Sussiste (art. 100 c.p.c.) [1]

Obbligo della sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza di rinvio alla Corte di Giustizia e non di rimessione all'Adunanza Plenaria in relazione una questione che verte sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione – Sussiste (Artt. 99 c.p.a. 267 TFUE) [2]

Obbligo del giudice nazionale di applicare il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia - Sussiste (art. 267 TFUE) [3].

[1] *Il 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 lesa 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, non può essere dichiarato inammissibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.*

[2] *Qualora un organo giurisdizionale nazionale investito di una controversia ritenga che, nell'ambito della medesima, sia sollevata una questione che verte sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, ha la facoltà riconosciuta a tutti i giudici nazionali o l'obbligo per i giudici che decidono in ultima istanza, di adire la Corte in via pregiudiziale, senza che detta facoltà o detto obbligo possano essere ostacolati da norme nazionali di natura legislativa o giurisprudenziale.*

[3] *Dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione di interpretazione del diritto dell'Unione dal medesimo sottoposto, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto*

dell'Unione.

CASO

[1-3] Nel caso in esame una impresa impugnava davanti al T.A.R. Sicilia il provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico chiedendone l'annullamento. L'aggiudicataria contro-interessata proponeva ricorso incidentale deducendo il difetto di interesse a impugnare della ricorrente per mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara d'appalto.

La sentenza veniva appellata da entrambe le parti davanti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

La convenuta proponeva appello incidentale, con il quale censurava la sentenza del T.A.R. nella misura in cui, procedendo alla disamina dei motivi dedotti nel ricorso principale, non aveva dato la priorità all'esame del suo ricorso incidentale c.d. "escludente" o "paralizzante", diretto cioè a far valere una causa di esclusione dalla gara del ricorrente principale e quindi il suo stesso titolo a impugnare l'atto amministrativo. Sosteneva, quindi, che il T.A.R. Sicilia aveva in questo modo disatteso il principio sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4 del 7 aprile 2011, secondo il quale il giudice adito, constatata la fondatezza del ricorso incidentale «escludente», deve dichiarare inammissibile il ricorso principale senza deciderlo nel merito.

Il C.G.A. Sicilia, con [ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848](#), anziché rimettere nuovamente la questione all'Adunanza plenaria (ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm.), sospendeva il giudizio e sottoponeva alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali (la seconda articolata in più parti).

SOLUZIONE

[1-3] La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sui quesiti rivolti dal rimettente ha enunciato i principi di cui in massima e che qui si ripercorrono:

1) Se deduce un contrasto con l'ordinamento eurounitario, l'impugnativa contro l'atto di aggiudicazione di appalto pubblico va decisa nel merito, anche se l'impugnazione incidentale «escludente» risulta fondata – non verrebbe meno, infatti, l'interesse ad agire del ricorrente principale. Se poi le impugnazioni sono entrambe fondate, l'accoglimento sarà duplice, con la conseguenza che nessuno dei due concorrenti risulterà aggiudicatario.

2) A norma dell'art. 267 TFUE, qualora la sezione semplice di un organo giurisdizionale amministrativo di ultima istanza (qual è il C.G.A. Sicilia rispetto al Consiglio di Stato a norma del d.lgs. 373/2003) non condivide l'orientamento definito da una decisione dell'Adunanza Plenaria di tale organo **su una questione di diritto dell'Unione**, la sezione semplice è tenuta a adire la Corte di Giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, senza rinviare la questione all'Adunanza Plenaria (come invece prescrive nel caso in esame l'art. 99 cod. proc. amm.).

3) Ancora a norma dell'art. 267 TFUE, quando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è già espressa in modo chiaro ed esauriente sulla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

QUESTIONI

[1] La Corte UE è intervenuta su due questioni di rilevante interesse.

La prima questione riguarda l'ordine di trattazione e decisione dei ricorsi proposti nel contenzioso appalti, e il problema di quali siano le conseguenze dell'accoglimento del ricorso incidentale «escludente» sulla sorte del ricorso principale dichiarato carente d'interesse.

Sul punto la Corte di Giustizia ha superato, generalizzandolo, un proprio orientamento in materia di appalti pubblici (espresso nella decisione CGUE, 4 luglio 2013, n. 448, C?100/12, *Fastweb c. ASL Alessandria*), secondo il quale, *se i partecipanti alla gara sono solo due* (i due che impugnano l'atto), il ricorso principale va esaminato nel merito anche se è fondato quello incidentale dell'aggiudicataria, diretto all'esclusione del ricorrente principale per carenza dei requisiti. *La Corte di Lussemburgo ritiene ora irrilevante il numero delle imprese rimaste in gara – come pure la coincidenza o no dei vizi dedotti). Atteso che dall'eventuale accoglimento del ricorso principale potrebbe derivare la rinnovazione della procedura, l'esigenza di effettività della tutela delle posizioni soggettive regolate dal diritto dell'Unione impone in ogni caso, secondo la Corte, l'esame nel merito del ricorso principale.* In sostanza, la nozione di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. viene qui estesa fino a comprendervi anche un'utilità mediata quale l'interesse all'indizione di una nuova gara. Tale soluzione disattende inoltre la lettura restrittiva che della precedente sentenza 448/2013 aveva dato Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, che ne aveva confinato la portata al solo caso di gare pubbliche con due partecipanti e di coincidenza del vizio escludente, dedotto da ciascuna contro l'altra.

[2 - 3]

La seconda questione affrontata dalla Corte di giustizia riguarda i limiti della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria ex art. 99, comma 3, del cod. proc. amm. (d.lgs. 104/2010), che impone alla sezione semplice, in caso di dissenso dall'orientamento espresso dal *plenum*, di rimettere la questione all'Adunanza plenaria.

La questione, è appena il caso di notarlo, si pone in maniera identica per il giudizio davanti alla Corte di cassazione, alla luce dell'art. 374, comma 3, c.p.c. che appunto vieta alla sezione semplice di decidere in contrasto con un precedente delle Sezioni unite, imponendole in caso di dissenso la rimessione a quest'ultima.

Sul punto la Corte UE, ribadendo la “supremazia” del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, afferma, in sede di interpretazione dell'art. 267 TFUE, che quando il principio di diritto enunciato dall'organo plenario di un giudice di ultima istanza non sembra conforme al diritto dell'Unione – nella cui nozione rientrano le stesse sentenze interpretative della Corte di

Giustizia – le sezioni semplici dell’organo di ultima istanza non sono obbligate a rinviare la questione all’Adunanza Plenaria stessa, ma quali giudici di Paesi membri dell’Unione europea devono adire direttamente la Corte di Giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale. Il principio è «complementare» alla sentenza 5 ottobre 2010, n. 581, C-173/09, *Elchinov*, con cui la Corte aveva escluso il vincolo del giudice nazionale a uniformarsi, in sede di rinvio da un giudice superiore, alle statuizioni di quest’ultimo se contrastanti col diritto dell’Unione.

La Corte UE aggiunge che la sentenza con la quale la Corte si pronuncia in via pregiudiziale vincola il giudice dello Stato membro, sicché l’**organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza** deve fare tutto quanto in suo potere affinché tale interpretazione del diritto dell’Unione trovi concretamente applicazione. Con ciò la Corte di Giustizia suggerisce che, in caso di evidente contrasto del precedente del *plenum* rispetto al diritto dell’Unione, la sezione semplice può direttamente decidere in conformità col diritto dell’Unione, senza vedersi costretta né al rinvio pregiudiziale né alla rimessione all’organo plenario.

Sul tema del conflitto tra Ad. Plenaria e Corte di Giustizia cfr. D’Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto e efficacia della pronuncia*, Torino, 2012; Quinto, *La nomofilachia della CGUE e dell’Adunanza Plenaria: collaborazione o concorrenza?* in <http://www.lexitalia.it/a/2013/8215>.



Master di specializzazione

DIRITTO NELL'ARTE MODERNA-CONTEMPORANEA

Scopri le sedi in programmazione >