

LE CRITICITÀ DELLA SENTENZA *RANDSTAT* E LA RICERCA DI VIE D'USCITA DAL
VICOLO CIECO

Abstract

Prendendo le mosse da una recente sentenza del Consiglio di Stato in tema di ricorso incidentale escludente nel contenzioso relativo alle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici, il contributo analizza criticamente la sentenza *Randstat* della Corte di giustizia dell'Unione europea e formula un paio di spunti finali per stimolare l'avvio della ricerca di soluzioni capaci di recuperare il rispetto delle 'direttive ricorsi' senza nel contempo tradire i (non ben meditati) *dicta* del giudice europeo.

Parole chiave: Procedura di ricorso – Ricorso incidentale – Appalti – Corte di giustizia dell'Unione europea – Offerente interessato – Legittimazione al ricorso.

*THE CRITICAL ISSUES RELATED TO RANDSTAT RULING AND THE SEARCH FOR WAYS
OUT OF BLIND ALLEY*

Abstract

Taking into account a recent judgment of the State Council regarding an “excluding” counterclaim in disputes relating to tenders for the award of public contracts, the paper critically analyzes the *Randstat* ruling delivered by the European Court of Justice and formulates some final cues to stimulate the search for solutions capable of recovering the respect of ‘Remedies Directives’ without at the same time betraying the (not well thought-out) *dicta* of the European judge.

Keywords: Review procedure – Counterclaim – Public procurement – European Court of Justice – Tenderer concerned – Standing to sue.

Una recente sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato (26 aprile 2022, n. 3169) offre l'occasione per una sintetica riflessione (e per la formulazione di un paio di spunti finali) sul c.d. ricorso incidentale escludente nell'ambito del contenzioso relativo alle procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni 'sopra soglia'. Semplificando al massimo la fattispecie concreta (fino a deformarla parzialmente onde emendarla da ciò che la complicherebbe inutilmente), il secondo classificato impugna l'aggiudicazione e il controinteressato replica con un ricorso incidentale escludente. Accolto quest'ultimo, il Consiglio di Stato ritiene “necessario” esaminare pure quello principale “per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr., da ultimo, sentenza 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstat Italia s.p.a.*)”: la circostanza che il ricorrente principale “sia stato illegittimamente ammesso alla gara ... non lo priva infatti della legittimazione a contestarne l'esito, al fine di tutelare il proprio interesse strumentale alla sua eventuale riedizione” (punto 11). L'acclarata fondatezza del ricorso principale prelude – nel permanere della volontà della stazione appaltante di affidare la commessa e nell'assenza, data per scontata nella sentenza, di concorrenti superstiti nella procedura – all'indizione di “una nuova gara” (punto 14). Piena è l'adesione alla richiamata sentenza *Randstat*: la veste di “offerente interessato”, quale fattore di “legittimazione” a impugnare

l'aggiudicazione(1), si dissolve solamente se e quando l'espulsione dalla competizione diventa "definitiva"; in mancanza di ciò il giudice è tenuto a statuire sull'impugnativa dell'aggiudicazione da parte di un "offerente interessato", tale perché "non definitivamente escluso" nel "momento" della decisione giudiziale (punti 70-77 della sentenza *Randstat*). Il buon esito del ricorso incidentale escludente non esime pertanto il Consiglio di Stato dallo scrutinio del principale giacché in quel "momento" il ricorrente principale conserva la qualifica di "offerente interessato", tale siccome non ancora "definitivamente escluso": soltanto il passaggio in giudicato della sentenza, di là da venire, ne segnerà la "definitiva" estromissione della gara.

A mio avviso la sentenza *Randstat* non merita condivisione alla luce dell'art. 2-*bis*, par. 2, delle direttive ricorsi che – nel vietare la stipula del contratto prima che sia trascorso un certo termine (opportunamente coordinato con quello per il ricorso) dalla comunicazione della "decisione di aggiudicazione" agli "offerenti interessati", legittimati ad impugnarla – li definisce come gli "offerenti" che "non sono già stati definitivamente esclusi": "l'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso"(2). Per l'atto amministrativo di esclusione che, in virtù di una scelta (negativa) di chi ne è destinatario, non subisce il sindacato giudiziale è espressamente richiesta la "definitività" *sub specie* di inoppugnabilità ("non può più essere oggetto di una procedura di ricorso"): opzione peraltro priva di reali alternative se si vuole mantener fermo, com'è inevitabile che sia, il (nucleo essenziale del) diritto di azione (come diritto di reagire contro la propria esclusione e l'altrui aggiudicazione, concomitanti o ravvicinate nel tempo). Per la decisione giudiziale di rigetto della domanda di annullamento dell'atto amministrativo di esclusione non è invece richiesta la "definitività" *sub specie* di passaggio in giudicato, risultando sufficiente un accertamento giudiziale idoneo al giudicato ("l'esclusione ... è stata ritenuta legittima" da un giudice). Identica regola non può non valere, logicamente, per l'accertamento immediatamente giurisdizionale di una causa espulsiva del ricorrente principale, d'ufficio (se consentito dal diritto nazionale) o pronunciando su un'iniziativa processuale del controinteressato (es. ricorso incidentale escludente). Militano in questa direzione:

a) il dato letterale ("l'esclusione è definitiva ... se è stata ritenuta legittima" da un giudice, non se tale è stata ritenuta "con sentenza passata in giudicato" o "con sentenza definitiva" o "con sentenza che non può più essere oggetto di impugnazione");

b) l'argomento *a contrario* tratto dalla definitività *sub specie* di inoppugnabilità invece pretesa *expressis verbis* per l'atto amministrativo di esclusione non portato al vaglio giudiziale. L'argomento è reso ancora più pregnante dall'accennata superfluità di tale prescrizione: dove il legislatore europeo ha voluto esigere la "definitività" *sub specie* di inoppugnabilità lo ha fatto apertamente, pur consapevole che così sarebbe stato quand'anche non l'avesse precisato; dove per contro non ha voluto richiederla *sub specie* di passaggio in giudicato non lo ha fatto;

c) l'argomento logico-sistematico del ripudio di quella che, altrimenti, sarebbe una sentenza (destinata a divenire cosa giudicata) recante due accertamenti reciprocamente contraddittori: il primo che, in accoglimento del ricorso incidentale escludente, disconosce al ricorrente principale la qualità di "offerente interessato" e con essa la legittimazione al ricorso; il secondo che, insito nell'esame (e nell'accoglimento) del ricorso principale, procede per contro dalla risoluzione della questione pregiudiziale di rito nell'antitetico senso dell'esistenza della legittimazione a ricorrere. Né va taciuta – transitando alla fattispecie del concorrente estromesso in via amministrativa che impugna la propria

(1) Art. 2-*bis*, par. 2, delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE.

(2) Si veda altresì il 6° "considerando" della direttiva 2007/66/CE, che rinviene nella pregressa assenza del c.d. *stand still* un "serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati", definiti come "coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi".

esclusione e l'altrui aggiudicazione – l'assoluta irrazionalità di un sistema⁽³⁾ che concede o nega la legittimazione a contestare l'altrui aggiudicazione a seconda di come vengano accidentalmente ad atteggiarsi, volta per volta, fattori (che dovrebbero restare) neutri quali la durata del giudizio che verte sull'esclusione, il lasso di tempo ridotto o cospicuo tra l'esclusione e l'aggiudicazione, la previsione o meno nei diritti nazionali di istituti processuali quali i motivi aggiunti c.d. impropri (art. 43 c.p.a.) o la riunione di ricorsi connessi (art. 70 c.p.a.).

È proprio per scongiurare simili scenari, sulla cui intollerabilità è inutile indugiare, che il legislatore europeo, ponendosi peraltro nel solco di una tradizione comune agli Stati membri, ha ritenuto sufficiente, per la "definitività" dell'esclusione (e quindi per l'inammissibilità del ricorso non assistito da legittimazione), un accertamento giudiziale (delle ragioni di estromissione dalla gara) passibile di divenire cosa giudicata, anziché già assurto ad essa⁽⁴⁾. Dato che però la Corte di giustizia, lungi dal limitarsi a interpretarle, è pervenuta sostanzialmente a riscrivere *in parte qua* le direttive ricorsi, mi chiedo se siano reperibili, nell'ordinamento nazionale, accorgimenti (processuali e sostanziali) che consentano di coniugare l'ossequio al *dictum* del giudice europeo (compendiato nel divieto fatto al giudice nazionale di dichiarare inammissibile il ricorso principale per effetto dell'accoglimento di quello incidentale escludente o del rigetto della domanda di annullamento della propria esclusione) con il rispetto delle direttive ricorsi che, onde evitare giudicati contraddittori o differenze di trattamento governate dal caso, saldano la perdita della qualifica di "offerente interessato" ad accertamenti giudiziali (di cause espulsive) passibili di divenire definitivi ma non ancora tali. Penso, in particolare, alla sentenza parziale sul ricorso incidentale escludente o sulla domanda di annullamento dell'esclusione, con simultanea sospensione del giudizio sino al suo passaggio in giudicato, in guisa che l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale escludente o reiezione della domanda di annullamento dell'esclusione, acquisita l'autorità del giudicato, comporti l'inammissibilità (per difetto di legittimazione) del ricorso principale o della domanda di annullamento dell'altrui aggiudicazione, senza entrare in tensione con il *dictum* di un giudice europeo che, quanto meno, più non prescinde dalla nozione normativa di "offerente interessato"⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Quale emerge in effetti dalla lettura sinottica delle sentenze *BTG* del 2016 e *Archus* del 2017, su cui sia consentito il rinvio a L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in questa *Rivista*, 2020, par. 4 e 5.

⁽⁴⁾ Dato che nell'art. 1, par. 3 delle direttive ricorsi la veste (sostanziale prima ancora che processuale) di soggetto "che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione" (quel che nel 2007 è stato definito "offerente interessato") e l' "interesse [processuale] a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto" sono uniti – e resi cumulativi – dalla particella congiuntiva "e", non divisi – e resi alternativi – dalla particella disgiuntiva "o", nessuno dei tre poli tra i quali oscilla la giurisprudenza europea merita divisione: non quello che assorbe l'interesse processuale al ricorso nella qualità di "offerente interessato" (sentenza *Randstat*, punto 74), non quello che nelle gare a due concorrenti, specularmente, assorbe la veste di "offerente interessato" nell'interesse processuale al ricorso (sentenza *Fastweb* del 2013), neppure quello che nelle gare a più di due concorrenti assorbe sia la qualifica di "offerente interessato" che l'interesse processuale al ricorso nel fatto storico dell'avvenuta partecipazione alla gara (sentenza *Lombardi* del 2019: invero, stracchiare l'interesse processuale al ricorso sino a fondarlo su eventualità del tutto sconnesse dal successo dell'iniziativa processuale, inattuabili con il giudizio di esecuzione perché esulanti dall'effetto conformativo della sentenza – quali l'annullamento d'ufficio delle ammissioni di tutti i concorrenti in gara o la valutazione della non rispondenza delle loro offerte alle attese della stazione appaltante – equivale a prescindere *tout-court*). Rinviano per considerazioni più estese a L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea*, cit., par. 2 e 6, mi arresto qui perché la sentenza del Consiglio di Stato da cui ho preso le mosse dà per scontata l'assenza di concorrenti superstiti in gara, ulteriori rispetto ai due protagonisti del giudizio.

⁽⁵⁾ Lo spunto prende l'abbrivio dalla raffinata tesi dottrinale (G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 516 ss. e 558 ss.; ID., *Sospensione del processo (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, 2017) che – sviluppando originalmente l'impostazione di F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 273 – riconduce nell'ambito applicativo dell'art. 295 c.p.c. (cui rinvia l'art. 79, comma 1, c.p.a.) le ipotesi di c.d. pregiudizialità interna, nelle quali la legge esige che una questione pregiudiziale sorta nel corso del giudizio sia decisa con autorità di giudicato, in attesa del quale una temporanea impossibilità si frappone al giudizio sulla residua materia del contendere e cioè sulla controversia pregiudicata. Precisato (unico apporto originale alla tesi ora sintetizzata) che la pregiudizialità interna e quella esterna (che diversamente dalla prima, non nascendo in seno al giudizio, implica due litispendenze) ben possono coesistere, anziché presentarsi come alternative, nel perimetro dell'art. 295 c.p.c., per quel che qui rileva è l'art. 2-bis, par. 2, delle direttive ricorsi, come interpretato dalla Corte di giustizia, a imporre l'accertamento *principaliter* di una questione pregiudiziale che si trasforma così in controversia pregiudiziale: la decisione del ricorso incidentale escludente (rispetto alla decisione del ricorso principale) come la decisione della domanda di annullamento della propria esclusione disposta dalla stazione appaltante (rispetto alla decisione della domanda di annullamento dell'altrui aggiudicazione).

Qualora si interpretasse l'art. 76, comma 2-*bis*, del d.lg. n. 50/2016 nel senso di riconoscere natura provvedimento alle (e quindi onere d'immediata impugnazione delle) altrui ammissioni all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi⁽⁶⁾, l'ipotizzata sospensione si imporrebbe in un numero più contenuto di casi⁽⁷⁾.

Altro sentiero utile, meno sofisticato ma che più spesso ha ricevuto il pragmatico conforto giurisprudenziale, è quello tracciato da chi in passato ha scorto nell'art. 295 c.p.c. un ampio potere del giudice di sospendere il processo in base a valutazioni di opportunità (U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, III, Napoli, 1957, 247; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1957, 106; Cass., 5 dicembre 2002, n. 17317, in *Foro it.*, 2003, I, 1135, con nota adesiva di C.M. BARONE).

Per un quadro d'insieme sugli arresti temporanei del giudizio amministrativo, si veda E. PARISI, *Le sospensioni del processo amministrativo*, Napoli, 2020.

⁽⁶⁾ Per l'illustrazione dell'isolata tesi si rimanda a L. BERTONAZZI, *Abrogazione del rito c.d. super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a.*, in questa *Rivista*, 2019, 1041 ss..

⁽⁷⁾ Si pensi alle cause di esclusione relative alle offerte anziché ai requisiti partecipativi, al ritardo nel consentire l'accesso (agli atti preparatori del provvedimento di ammissione), all'assenza di obbligo legale di sospendere la gara in attesa dell'esaurimento del precoce contenzioso sulle ammissioni/esclusioni disposte all'esito della verifica della c.d. documentazione amministrativa.