

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VITTORIA Paolo - Primo Presidente f.f. -
Dott. PREDEN Roberto - Presidente di Sez. -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere -
Dott. BUCCIANTE Ettore - Consigliere -
Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere -
Dott. TIRELLI Francesco - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

spa SITE, in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo d'impresе con Ducati Sistemi spa, Balfour Beatty Rail spa e Armafer srl, elettivamente domiciliata in Roma, via Cosseria 2, presso Alfredo Placidi, rappresentata e difesa per procura in atti dall'avv. Quinto Pietro;

- ricorrente -

nei confronti di:

srl Ferrovie del SUD EST e Servizi Automobilistici, elettivamente domiciliata in Roma, via del Babuino 107, presso l'avv. Angelo Schiano, che la rappresenta e difende per procura in atti unitamente all'avv. Luciano Ancora;

- controricorrente -

spa Eredi Giuseppe Mercuri, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Sirtì spa e Rti - Consorzio Armatori Ferroviari scpa, elettivamente domiciliata in Roma, via degli Scipioni 288, presso lo studio dell'avv. Carbone Benedetto Giovanni, che la rappresenta e difende per procura in atti unitamente all'avv. Fulvio Mastroviti;

- controricorrente -

Spa G.E. Transportation System, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Sifel spa, Clf Costruzioni Linee Ferroviarie spa, Tozzi Sud spa, Esim srl e Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop. pa;

- intimata -

per la cassazione della sentenza n. 4/2011, depositata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il 7/4/2011.

Comparsi gli avv. Quinto, Carbone, Ancora e Schiano;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/5/2012 dal Relatore Cons. Francesco Tirelli;

Sentiti gli avv. Quinto, Carbone ed Ancora;

Udita la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale dott. CENICCOLA Raffaele il quale ha concluso per la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso.

Fatto

La spa SITE ha proposto ricorso contro la sentenza in epigrafe indicata, di cui ha chiesto la cassazione con ogni consequenziale statuizione.

La spa Eredi Giuseppe Mercuri e la srl Ferrovie del SUD EST e Servizi Automobilistici hanno resistito con controricorso e depositata memoria da tutte le parti, la controversia è stata decisa all'esito della pubblica udienza del 22 maggio 2012.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Dalla lettura della sentenza impugnata emerge in fatto che dovendo procedere alla progettazione ed alla realizzazione di lavori per Euro 136.162.402,97, la srl Ferrovie del SUD EST e Servizi Automobilistici (d'ora in avanti FSE) ha bandito una gara cui hanno partecipato la spa Eredi Giuseppe Mercuri, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Rti - Sirti spa e Rti - Consorzio Armatori Ferroviari scpa (d'ora in avanti Mercuri), la spa SITE, in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo d'impresе con Ducati Sistemi spa, Balfour Beatty Rail spa e Armafer srl (d'ora in avanti SITE) e la spa G.E. Transportation System, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Sifel spa, Cif Costruzioni Linee Ferroviarie spa, Tozzi Sud spa, Esim srl e Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop. pa (d'ora in avanti GETS). All'esito della selezione, la Mercuri si è classificata al primo posto, la SITE al secondo e la GETS al terzo. La FSE ha aggiudicato la gara alla Mercuri. Sia la SITE che la GETS hanno però proposto autonomi ricorsi al TAR della Puglia, con i quali hanno fra l'altro sostenuto che la Mercuri non avrebbe potuto partecipare alla selezione per difetto dei necessari requisiti. La Mercuri ha difeso la correttezza dell'aggiudicazione in suo favore, sostenendo con distinti ricorsi incidentali che erano, invece, la SITE e la GETS che avrebbero dovuto essere escluse dalla gara. Per quanto ancora interessa in questa sede, il TAR adito ha pronunciato separate sentenze con le quali ha dichiarato l'irricevibilità o l'inammissibilità delle predette censure della SITE e della GETS. Quest'ultime hanno interposto appello al Consiglio di Stato. Anche la Mercuri ha interposto appello, reiterando le proprie contestazioni e la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, riuniti i gravami, ne ha deferito l'esame all'Adunanza Plenaria affinché si pronunciasse sul rapporto fra ricorso principale e incidentale, nonché sul loro ordine di esame nel contenzioso in materia di appalti pubblici. Dato atto di quanto sopra, l'Adunanza Plenaria ha fissato il principio di diritto "secondo cui 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". Tanto chiarito, l'Adunanza Plenaria è poi passata a valutare le obiezioni svolte contro la partecipazione della SITE e della GETS, pervenendo alla conclusione che la prima avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione, mentre la seconda non era in possesso dei requisiti soggettivi per il conseguimento dell'appalto.

Le ha ritenute, pertanto, entrambe non legittimate, omettendo perciò di procedere all'esame delle censure dalle medesime formulate.

2) La SITE ha impugnato con tre motivi, prima d'illustrare i quali appare opportuno ricordare che l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale che mettano entrambi in discussione la legittimità dell'ammissione alla gara della controparte, ha ricevuto diverse risposte in dottrina e in giurisprudenza.

Ad un orientamento secondo il quale andava esaminato per primo il ricorso incidentale, che ove accolto comportava l'improcedibilità di quello principale per difetto di legittimazione, se ne era infatti contrapposto un altro secondo il quale occorreva cominciare, invece, dal ricorso principale, la cui fondatezza precludeva lo scrutinio di quello incidentale. A tali orientamenti principali si era in seguito aggiunto un terzo filone, secondo il quale non esisteva un ordine rigido di trattazione, sicché il giudice era libero di scegliere l'impugnazione da cui cominciare con l'obbligo, però, di esaminare la seconda pure nel caso di riconosciuta fondatezza della prima, dato che tale accertamento non faceva venir meno l'interesse "minore" o "strumentale" della parte a vedere travolta anche l'ammissione dell'altra in modo di arrivare alla ripetizione della gara previa indizione di un nuovo bando.

3) Per porre fine al contrasto, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, che con sentenza n. 11 del 2008, resa in un caso di gara con due uniche partecipanti, ha ricordato innanzitutto che in base alla giurisprudenza comunitaria e amministrativa, un'impresa è titolare di un interesse meritevole di tutela non soltanto quando cerca di procurarsi l'aggiudicazione della gara, ma pure quando mira a provocarne l'annullamento di tutti gli atti al fine di farla rinnovare. Ciò posto e sottolineato, inoltre, che nella ipotesi di censure paralizzanti incrociate, l'aggiudicataria ricorrente incidentale e la sua rivale ricorrente principale si trovano in posizione assolutamente simmetrica e speculare, l'Adunanza Plenaria ha quindi considerato che per risultare veramente imparziale come l'art. 111 Cost. e art. 6 CEDU gli impongono di essere, il giudice deve trattare i contendenti in posizione di parità. Ne discende che le sue scelte in tema di ordine di esame dei ricorsi non possono incidere sull'esito della lite, nel senso che non gli è concesso "statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, perchè entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara". Qualunque sia, cioè, l'impugnazione scrutinata per prima, il giudice deve affrontare anche l'altra perchè i criteri logici da lui seguiti nell'esame dei ricorsi non possono determinare la soccombenza di una delle imprese a vantaggio dell'altra ed in violazione del principio di parità delle parti. La pronuncia è stata variamente accolta dalla dottrina e non ha sopito i dubbi della giurisprudenza, una parte della quale ha continuato a reputare più corretta la regola della precedenza del ricorso incidentale che, oltretutto, si attaglierebbe meglio alla diversa consistenza dell'interesse, "a dir poco ipotetico", del ricorrente principale rispetto a quello, indubbio ed attuale, dell'aggiudicatario e dell'Amministrazione, cui un'esasperata litigiosità poteva rendere estremamente difficoltosa se non addirittura impossibile la realizzazione dell'opera in tempi ragionevoli.

4) A soli due anni di distanza, la questione è stata perciò nuovamente rimessa all'Adunanza Plenaria, che con la sentenza richiamata in epigrafe ha in primo luogo sottolineato che proprio l'esigenza di piena attuazione dei principi di parità delle parti e d'imparzialità del giudice, impongono a quest'ultimo d'individuare l'esatto ordine di trattazione delle questioni e di non alterarne mai la corretta sequenza. A questo riguardo, ha poi premesso che la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse della legge, bensì ai fini dell'accertamento della fondatezza o meno della pretesa sostanziale avanzata dalla parte attrice.

Il ricorso, dunque, non rappresenta soltanto la mera "occasione" dell'intervento del giudice, ma ne costituisce il presupposto necessario, di modo che il controllo sulla legittimazione della parte che l'ha proposto assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito, indipendentemente dallo strumento processuale utilizzato per sollevare la questione.

Sia, perciò, che la legittimazione sia stata contestata con una semplice eccezione difensiva, sia che abbia formato oggetto di un vero e proprio ricorso incidentale, la verifica della sua esistenza riveste sempre carattere prioritario anche in considerazione dell'inequivoco disposto dell'art. 276 c.p.c., comma 2 (richiamato dall'art. 76 cod. proc. amm., comma 4), secondo il quale il giudice deve "decide(re) gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili di ufficio e, quindi, il merito della causa".

Quello che in altre parole conta non è, dunque, la modalità di emersione del problema, ma il suo contenuto, con la conseguenza che già per questo solo fatto vanno definitivamente abbandonate quelle risalenti concezioni che concedevano ingresso al ricorso incidentale solo in caso di riconosciuta fondatezza di quello principale.

Tale ormai datato orientamento risulta, per di più, superato dall'evoluzione legislativa, che ha fortemente attenuato l'iniziale connotazione rigidamente accessoria del ricorso incidentale, confermando così che il suo esame non deve imprescindibilmente seguire quello principale, ma può precederlo ogni qual volta deduce questioni ostative o preclusive del suo scrutinio.

Fra tali questioni rientra sicuramente anche quella relativa alla legittimazione al ricorso, che riguarda un profilo nettamente distinto da quello concernente l'interesse al ricorso medesimo, ovvero sia l'utilità in concreto ritraibile dal suo accoglimento.

La legittimazione al ricorso consiste, infatti, nella titolarità di una posizione differenziata, protetta dall'ordinamento e riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione. La possibilità di ricavare un vantaggio dalla sentenza di annullamento riguarda, invece, il risultato pratico del processo e seppure vale, talvolta, come indizio della esistenza della predetta posizione differenziata, non la dimostra in ogni caso e, comunque, non in quello in cui, come nella ipotesi di specie, si tratta del cosiddetto interesse strumentale alla ripetizione della gara e, cioè, di una utilità meramente ipotetica ed eventuale che richiede, per la sua compiuta realizzazione, il passaggio attraverso una pluralità di fasi ed atti rimessi alla più ampia discrezionalità dell'Amministrazione. Certamente, l'ordinamento processuale sta da tempo manifestando la tendenza ad ampliare i casi di legittimazione al ricorso, ma simile allargamento non si è esteso al punto da introdurre una nuova regola generale d'indifferenziata titolarità basata sulla mera qualificazione soggettiva d'imprenditore potenzialmente interessato alla rinnovazione della gara.

Al di fuori delle poche deroghe tassativamente enunciate, resta infatti fermo il principio, condiviso da tutta la giurisprudenza amministrativa, secondo il quale la legittimazione al ricorso nelle controversie in tema di affidamento di contratti pubblici spetta esclusivamente ai soggetti che hanno partecipato alla selezione, perchè solo essi hanno acquisito una posizione sostanziale differenziata tutelabile davanti al giudice.

La partecipazione alla gara, poi, deve essere stata legittima, vale a dire accompagnata dal possesso di tutti i necessari requisiti, non potendo essere condiviso quell'orientamento cd. moderato secondo il quale sarebbe sufficiente anche la semplice partecipazione "di fatto", in quanto pure in detta ipotesi l'impresa viene a porsi, per effetto dell'atto endoprocedimentale di ammissione, in una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri operatori economici del mercato di riferimento. Si tratta, infatti, di una tesi non convincente perchè dimentica del fatto che "l'accertamento della illegittimità dell'ammissione, presenta portata pienamente retroattiva", per cui "si riflette sui presupposti e sulle condizioni dell'azione in modo non dissimile da un provvedimento inoppugnabile di esclusione" che, secondo l'indirizzo assolutamente prevalente, esclude in radice la legittimazione perchè retrocede l'impresa nelle stesse condizioni di quelle rimaste estranee alla procedura selettiva. Pure il ricorso principale dell'impresa ammessa diviene perciò inammissibile nel caso di accertata fondatezza del ricorso incidentale escludente, da esaminare sempre per primo perchè avente comunque rilievo pregiudiziale a prescindere dal numero dei concorrenti che hanno partecipato alla gara e dalle ragioni oggettive o soggettive per le quali la ricorrente principale non avrebbe dovuto esservi ammessa.

Diversamente opinando si tornerebbe ad "attribuire, ancora una volta, rilievo decisivo al profilo della utilità pratica ritraibile dalla sentenza, trascurando l'aspetto pregiudiziale della legittimazione" che, invece, deve essere affrontato con precedenza, salvo l'eccezionale esistenza di particolari situazioni che rendendo evidente la infondatezza o l'inammissibilità del ricorso principale, consentono di esaminarlo per primo per ovvie ragioni di economia processuale. 5) Sulla base di tali considerazioni ed accertato, altresì, che la SITE avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara così come sostenuto dalla Mercuri nel suo ricorso incidentale, l'Adunanza Plenaria ne ha dichiarato inammissibile il ricorso principale perchè non avendo partecipato legittimamente alla selezione, la SITE non aveva titolo per contestare l'aggiudicazione dei lavori alla rivale, a nulla rilevando l'interesse pratico della all'annullamento della procedura ed alla sua successiva ripetizione.

La SITE ha, come si è detto, impugnato per tre motivi, con il primo dei quali ha dedotto "eccesso di potere giurisdizionale per mancato esercizio della funzione giurisdizionale in materia di appalti pubblici sottoposti alla disciplina comunitaria. Illegittimo diniego di legittimazione al processum. Violazione art. 360 c.p.c., n. 1 e art. 362 c.p.c., n. 1 e artt. 1, 2 e 3 c.p.a.", lamentando che l'Adunanza Plenaria aveva ricollegato all'accoglimento del ricorso incidentale un effetto demolitorio che, in realtà, non sussisteva, in quanto essa SITE aveva continuato a mantenere la propria

posizione di seconda classificata e, dunque, l'interesse e la legittimazione all'impugnazione, ignorando la quale il giudice a quo aveva sostanzialmente finito con l'abdicare all'esercizio della propria funzione giurisdizionale in violazione anche dei principi del giusto processo e della parità delle parti.

Con il secondo motivo la ricorrente ha dedotto "difetto sotto altro profilo dell'esercizio del potere giurisdizionale ex art. 111 Cost., art. 360 c.p.c., n. 1 e art. 362 c.p.c., n. 1. Violazione dell'art. 42 c.p.a.. Violazione del principio della parità delle parti nel processo", sostenendo che pure diversamente opinando e, cioè, anche ammettendo la possibilità di apprezzare il ricorso incidentale come una vera e propria domanda capace di travolgere la posizione in graduatoria di essa SITE, l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto riconoscere che anche tale domanda postulava lo stesso presupposto di quella principale, ovverosia quella legittima partecipazione alla gara che, dal canto proprio, aveva specificamente contestato con apposite censure, il cui mancato scrutinio integrava, perciò, un diniego di giustizia che, oltretutto, aveva procurato alla Mercuri un indebito vantaggio contrario a diritto ed equità. Con il terzo motivo, la ricorrente ha infine dedotto "mancato esercizio della funzione giurisdizionale derivante dalla violazione del principio della parità delle parti nel processo in conseguenza dell'ordine di trattazione delle domande contrapposte, rimesso alla scelta del giudice. Violazione art. 1 Direttiva 2007/66/CE", in quanto l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto rendersi conto che nella ipotesi in cui l'esito del giudizio mutava "a seconda del ricorso che si esamina per primo", la normativa internazionale, comunitaria e nazionale imponeva di esaminarli entrambi per scongiurare un evidente sviamento della funzione giurisdizionale, intesa come servizio "preordinato ad assicurare la giustizia sostanziale nei rapporti controversi".

La FSE e la Mercuri hanno notificato separati controricorsi, con i quali hanno contestato la fondatezza delle avverse doglianze, di cui hanno chiesto il rigetto con vittoria di spese ed onorari. La GETS non ha invece svolto attività difensiva, benchè ritualmente intimata.

6) Il ricorso della SITE è ammissibile perchè presenta i requisiti di legge e mira, coi suoi tre motivi, a sollevare una questione non meramente processuale, ma di giurisdizione, che anche dopo la riforma dell'art.111 Cost. continua a rappresentare l'unico motivo per il quale possono impugnarsi le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (C. cass. nn. 3688 del 2009, 12539 del 2011, 16165 del 2011 e 5756 del 2012).

A questo proposito giova però ricordare che le norme sulla giurisdizione hanno subito una profonda evoluzione, passando da limite ai poteri del giudice nei confronti dell'Amministrazione o di altri giudici a strumento per una più appropriata tutela delle parti (Corte cost. n. 77 del 2007).

Nell'attuale sistema, cioè, la legge riserva la cognizione di una determinata domanda ad un giudice anzichè ad un altro perchè su quella specifica causa egli è in grado di fornire al richiedente una risposta più adeguata. In una prospettiva del genere, in cui la funzione giudiziaria evoca, ormai, un'idea più di servizio che d'imperio, può insorgere una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione (C. cass. n. 30254 del 2008).

Al riguardo non va, tuttavia, trascurato che, nei limiti del ragionevole, il Legislatore è libero di fissare presupposti e condizioni per attivare o coltivare un processo, per cui se muovendosi nell'ambito di tali ultime disposizioni, il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda potrà semmai discutersi di violazione o falsa applicazione delle medesime, ma non di rifiuto di una tutela che la stessa legge non accorda in difetto di date condizioni o presupposti.

7) La decisione dell'Adunanza Plenaria non è stata condivisa da tutti i TAR che si sono in seguito pronunciati ed ha ricevuto le critiche di una parte della dottrina in quanto al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l'Amministrazione. Secondo il

sistema, cioè, ciascun interessato ha facoltà di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento. Secondo l'interpretazione dell'Adunanza Plenaria, invece, l'esercizio della giurisdizione finisce per convalidare un assetto diverso da quello che (secondo l'assunto) si sarebbe avuto se la PA avesse condotto il procedimento secondo le regole.

Ciò genera indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt 121 e 23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato. Si tratta, però, di considerazioni che non bastano a giustificare la cassazione della decisione impugnata, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate.

Tale già sperimentata praticabilità di una diversa conclusione aumenta per un verso i dubbi (dato che a fronte di due letture alternative, il giudice dovrebbe privilegiare quella che assicura e non quella che ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge), ma dall'altro conferma che ciò di cui si discute è la bontà o meno di una nuova interpretazione e, dunque, di un possibile errore di diritto che non può formare oggetto di doglianza in questa sede. Il ricorso della SITE va, pertanto, rigettato. Sussistono, tuttavia, le condizioni per compensare integralmente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

LA CORTE A SEZIONI UNITE rigetta il ricorso, compensando per intero le spese del presente giudizio fra le parti.

Così deciso in Roma, il 22 maggio 2012.

Depositato in Cancelleria
il 21 giugno 2012