

Massimo Giavazzi

**LA LEGITTIMAZIONE
PROCESSUALE NEL
CONTENZIOSO SUGLI APPALTI
PUBBLICI E L'EFFETTIVITÀ DEL
DIRITTO EUROPEO: UN (FALSO)
PROBLEMA DI CONVIVENZA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MASSIMO GIAVAZZI

**LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE
NEL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI PUBBLICI
E L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO EUROPEO: UN (FALSO)
PROBLEMA DI CONVIVENZA**

The statement of a lack of standing by the plaintiff who unlawfully took part to a public procurement is in contrast with the effectiveness of the EU legal system principle. Actually, judgment No. 4/2011 of the plenary session of the Council of State — attributing to the incidental claim filed by the defendant the same force as a prejudicial procedural objection preventing a judgment on the merits of the disputed case — is antinomic to the general EU law principle, as resulting in the legal systems of most relevant Member States (Spain, France, UK, Germany), also attributing to a jurisdictional administrative claim a guarantee purpose of the lawfulness and, therefore, of the effectiveness of direct effect of EU laws.

SOMMARIO: 1. Un paradosso (ma non troppo). — 2. La ricerca dei principi generali di diritto comunitario sulla legittimazione processuale all'impugnazione degli atti di evidenza pubblica. — 3. La *legitimación activa* nei *recursos precontractuales*. — 4. *L'intérêt pour agir* nel *référé précontractuel*. — 5. *Public procurement, locus standi e judicial reviews*. — 6. La *Klagebefugnis* nella *Vergabekammer*. — 7. Il problema della legittimazione processuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia. — 8. Facciamo il punto (*Der Kampf ums Recht*, ovvero il principio di effettività delle norme europee). — 9. La giurisprudenza della Corte di giustizia di codifica dei principi *Rewe*: equivalenza ed effettività. — 10. L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea (ancorché non sia un paradiso perduto). — 11. L'obbligo di interpretazione conforme. — 12. Considerazioni conclusive.

1. *Un paradosso (ma non troppo)*.

Com'è noto, all'esito di un sofferto travaglio interpretativo, il Consiglio di Stato ha, infine, ritenuto di portare sino alle estreme conseguenze pratiche la distinzione dogmatica tra interesse e legit-

timazione al ricorso, affermando che il ricorso incidentale svolto dal controinteressato nell'ambito di un contenzioso sugli appalti pubblici al fine di censurare l'ammissione alla gara dell'offerta del ricorrente assume l'efficacia di un'eccezione pregiudiziale di rito impeditiva della pronuncia sul merito della questione controversa. E ciò, ancorché nella vicenda concreta il ricorrente, quantunque ammesso a partecipare alla procedura di evidenza pubblica in modo illegittimo, possa tuttavia perseguire con l'azione giudiziaria un proprio interesse meritevole di tutela, in relazione alla possibilità di partecipare alla nuova gara indetta dalla stazione appaltante in esito al giudizio di annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto.

Si tratta del principio espresso dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 4 del 2011 (1).

In argomento si è scritto molto, e non è probabilmente il caso di indugiare oltre su percorsi già esplorati dalla migliore dottrina (2). Sennonché, la logica dogmaticamente corretta dell'insegnamento del giudice della nomofilachia amministrativa non appaga le concrete esigenze di effettività di un così delineato sistema di giustizia amministrativa.

Una singolare situazione processuale, forse particolare ma niente affatto improbabile, rende meglio l'assunto.

Ebbene, si faccia l'ipotesi che una stazione appaltante, all'esito del preavviso di un ricorso giurisdizionale, abbia ad annullare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e abbia conseguentemente ad aggiudicare l'appalto all'impresa (Alfa) che aveva preannunciato l'azione giudiziaria. S'immagini, poi, che l'impresa (Beta) che ha visto leso il suo interesse legittimo all'aggiudicazione dell'appalto annullato in sede di autotutela si faccia interprete di un'azione giudiziaria. E s'ipotizzi, altresì, che la ricorrente (Beta) avverso l'aggiudicazione dell'appalto in esito all'annullamen-

(1) Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 7 aprile 2011, n. 4, in *Corr. giur.*, n. 1/2012, con nota di F. G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, il quale afferma che « *La priorità, secondo il condivisibile assunto della sentenza in commento, non si pone tra i ricorsi (principale e incidentale) ma tra le questioni rispettivamente sollevate con il ricorso principale e con il ricorso incidentale; e si deve pertanto determinare sulla base della regola generale fissata con l'art. 276 c.p.c., richiamata dall'art. 76 c.p.a.: vanno decise prima le questioni pregiudiziali e poi, "gradatamente", va deciso "il merito della causa". La decisione è ineccepibile nella sua semplicità: sul piano logico risulta evidente che il giudice deve accertare prima la sussistenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione, e, soltanto dopo, può passare ad esaminare le questioni di merito* ».

(2) Sul travaglio interpretativo e sulle differenti opinioni che in argomento si sono confrontate sia sufficiente rinviare all'esaustiva disamina di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 285.

to d'ufficio abbia a svolgere, *inter alia*, una censura al presupposto provvedimento di ammissione della controinteressata (Alfa) alla gara. Orbene, se in un siffatto processo la controinteressata (Alfa) proponesse a sua volta un ricorso incidentale volto a contestare la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente (Beta), il giudice adito, qualora dovesse condividere la censura, dovrebbe affermare il difetto d'interesse ad agire della ricorrente (Beta), dichiarando conseguentemente l'improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio, e rifiutando, quindi, ogni pronuncia sul merito del gravame, così da consentire l'aggiudicazione dell'appalto ad Alfa, finanche a fronte di una conclamata (e magari già dichiarata in sede cautelare) violazione di legge.

S'immagini, a questo punto, un diverso (ipotetico) sviluppo della medesima vicenda contenziosa. L'impresa non aggiudicataria (Alfa) si duole nel preavviso di ricorso di quegli stessi vizi, e, nondimeno, la stazione appaltante nega il richiesto provvedimento di autotutela. Allora, in questo caso, dovrà essere questa impresa (Alfa) a farsi interprete di un'azione giudiziaria volta all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, sostenendo quelle stesse argomentazioni sull'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria (Beta) che, nella precedente ipotesi, essa avrebbe eretto a motivo di un ricorso incidentale paralizzante. S'ipotizzi, allora, che sul rilievo di quegli stessi presupposti di fatto di cui alla precedente ipotesi, l'aggiudicataria (Beta) abbia a proporre un ricorso incidentale con il quale contesti quegli stessi vizi del provvedimento di ammissione della ricorrente (Alfa) alla gara che, nella diversa ipotesi, avrebbero costituito uno dei motivi del ricorso principale. Orbene, in simile diversa ipotesi (ma i presupposti di fatto sono i medesimi), si giungerebbe a un risultato processuale diametralmente opposto: sarà Beta a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

Questa è l'inevitabile conseguenza di quanto da ultimo statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Dunque, stessi presupposti di fatto, identici motivi di censura, un'unica differenza — l'esercizio (in un caso) o il diniego (nell'altro) dell'atto di autotutela —, ma conseguenze, appunto, eccentriche: in un caso sarà Alfa ad avere l'aggiudicazione dell'appalto; nell'altro sarà invece Beta a vincere il contenzioso. Come a dire, *summum ius summa iniuria* (3).

(3) Le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione, con sentenza 21/6/2012, n. 10294, si sono espresse in modo critico rispetto al nuovo orientamento dell'Adunanza Plenaria

In altre parole la plateale trasgressione dell'art. 111 delle Costituzione.

Ma non è il caso di indugiare oltre sulla criticità del pronunciamento dell'Adunanza Plenaria con riguardo all'ordinamento processuale di diritto interno. Vi è, forse, un percorso argomentativo più proficuo, sol che si abbia a considerare (com'è doveroso fare) la conformazione del giudizio amministrativo alle norme europee nella logica del primato e dell'obbligo d'interpretazione conforme, o quantomeno la sua funzionalizzazione all'effetto utile dell'effetto diretto delle norme di diritto sostanziale sugli affidamenti degli appalti pubblici (ciò almeno per gli appalti sovrasoglia).

In effetti, l'importanza della legittimazione processuale sull'effettività del diritto comunitario è resa oltremodo evidente da un'interessante vicenda, ove era coinvolto un procedimento di coamministrazione (4), in relazione alla quale, proprio sul diverso modo di intendere la legittimazione al ricorso, si è verificato un grave *vulnus*

del Consiglio di Stato, affermando che “*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 ... 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*”.

(4) Cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 469, ricomprende i procedimenti per la formazione di organi a rilevanza costituzionale comunitaria, quale appunto è il Comitato economico e sociale (in relazione al quale è insorta la controversia), nella coamministrazione. A. PRONTERA, *Modelli complessi di composizione e problematiche di tutela giurisdizionale nel diritto amministrativo europeo*, in S. STICCHI DAMIANI - FRANCESCO VETRÒ (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010, p. 93, più nello specifico, inserisce il procedimento di nomina dei componenti del Comitato economico e sociale tra i procedimenti di coamministrazione “*bottom-up*”, in cui la prima fase si sviluppa innanzi alle autorità nazionali, onde, poi, evolvere innanzi all'amministrazione comunitaria, e, al riguardo, evidenzia come “*non può sorprendere che ancora oggi non abbia perso l'originaria cifra problematica il momento di identificazione del giudice deputato a sindacare la legittimità di atti che, adottati in un contesto nazionale, siano poi assorbiti in un segmento procedimentale di competenza comunitaria*”. Sul tema, più in generale, si veda R. CARANTA, *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, p. 752. In giurisprudenza, al riguardo, è fondamentale la sentenza della Corte di giustizia, 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli c. Commissione*, che, con riguardo a un atto endoprocedimentale di coamministrazione, ha affermato che “*è ... compito dei giudici nazionali statuire ... sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere*”.

di tutela. Era, infatti, accaduto che alcune associazioni italiane si fossero rivolte, in prima battuta, in sede comunitaria al Tribunale, chiedendo l'annullamento di una decisione con la quale era stata determinata la composizione di un organo comunitario, in ragione della *mala gestio* del procedimento nazionale di scelta dei candidati, ricevendo un diniego di giustizia in relazione all'affermato loro difetto di legittimazione ad agire per ottenere l'annullamento del provvedimento comunitario (5). Dipoi, il giudice nazionale richiesto dell'annullamento del provvedimento dello Stato membro inserito in quel medesimo procedimento composto, ha declinato la propria giurisdizione in ragione del fatto che quell'atto avrebbe avuto natura endoprocedimentale, donde l'insussistenza dell'interesse ad agire (6). In tal modo rendendo evidente che la legittimazione al ricorso è uno degli aspetti nevralgici del rito processuale nazionale sul quale si misura il grado di effettività dell'ordinamento comunitario e, in negativo, s'individua l'ambito di autonomia procedurale dello Stato membro (7).

Si è, invero, dubitato della compatibilità con il diritto comunitario della norma processuale — così come interpretata da ultimo dall'Adunanza Plenaria — sulla legittimazione ad agire, che consente al ricorrente incidentale di paralizzare l'iniziativa processuale del ricorrente principale, ancorché quest'ultimo abbia comunque un concreto interesse alla rinnovazione della gara. In esito al pronunciamento del Consiglio di Stato, il T.A.R. Piemonte ha, infatti, affermato che “*Deve essere rimessa alla Corte di giustizia delle Comunità Europee, ex art. 267 TUF, la questione pregiudiziale se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della*

(5) Cfr. Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Sez. II, ordinanza 29 settembre 1995, causa T-381/94, *SPI c. Consiglio*.

(6) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, sentenza 10 giugno 1998, n. 1904.

(7) M. ELIANTONIO, *The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonisation vs. Judge-made Standards in the Field of Administrative Justice*, vol. 13.3 *Electronic Journal of Comparative Law*, 9/2009, individua così gli elementi nevralgici dell'autonomia procedurale: “*Earlier research has shown, however, that, of five procedural areas analysed in three legal systems (Italy, Germany and England), an increased similarity, induced by the ECJ's case law, can only be detected in two legal systems with regard to the procedural rules on interim relief. The situation, therefore, still remains that national procedural rules remain different. The rules that have been analysed concern: - rules concerning the possibility of bringing a claim for the judicial review of an administrative measure; - rules setting out time limits within which to challenge the administrative action; - rules limiting the powers of national courts to raise ex officio grounds of unlawfulness of an administrative measure based upon the violation of EC law; - rules setting out the means of evidence available to administrative courts; - rules concerning the power of administrative courts to provide interim relief and the types of interim measures that can be granted*”.

concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario-ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta" (8).

Ebbene, nella logica di un simile approccio, difficilmente può ritenersi coerente un così severo meccanismo d'esclusione della legittimazione al ricorso avverso le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sovrasoglia con il precetto di cui all'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 2007/66/CE, là dove essa prescrive che "Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, 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". Sicché, se così fosse, se cioè le condizioni dell'azione fossero già codificate dalla norma comunitaria, l'individuazione della legittimazione processuale nella titolarità di una situazione giuridica soggettiva e dunque in un criterio diverso dal mero interesse al ricorso (9) porrebbe un problema d'infrazione del principio del primato del diritto europeo con conseguente obbligo d'interpretazione conforme della norma nazionale o in ultima analisi di

(8) Cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, ordinanza 9 febbraio 2012, n. 208.

(9) In questo senso R. VILLATA, *op. cit.*, p. 308, la cui teorizzazione è stata sostanzialmente ripresa dall'Adunanza Plenaria del 2011, il quale sostiene che « la differenza rispetto alla legittimazione emerge da ciò, che questa "contrassegna la posizione di un soggetto rispetto al rapporto giuridico dedotto nel processo", mentre l'interesse ad agire "contrassegna uno stato di fatto in cui versa il diritto" per il quale viene chiesta la tutela; detto interesse serve a evitare che si scenda all'esame del merito quando la domanda può essere fondata, ma anche se lo fosse, il suo accoglimento non produrrebbe alcun effetto utile nella sfera giuridica dell'attore, mentre la legittimazione mira ad evitare una decisione nel merito in assenza della titolarità del diritto in capo all'attore medesimo ».

disapplicazione della norma interna, là dove (ma non è questo il caso) non fosse possibile una diversa interpretazione.

Senonché, vi potrebbe anche essere una diversa spiegazione del precetto contenuto nella direttiva ricorsi.

È, per vero, possibile sostenere che la definizione dell'interesse al ricorso contenuta nella direttiva europea reiteri l'analoga definizione d'interesse codificata all'art. 100 c.p.c., a mente del quale "*per proporre una domanda ... è necessario avervi interesse*", e in tutte le altre (simili anche nella lettera) norme processuali nazionali dei maggiori sistemi giuridici europei, e che quindi la norma comunitaria riguardi la sola definizione dell'interesse al ricorso quale condizione dell'azione distinta dalla legittimazione processuale. E, in ragione di ciò, si potrebbe ritenere che, al riguardo della legittimazione processuale, in realtà, sia pur sempre il legislatore nazionale a dovere codificare, nell'esercizio della sua autodeterminazione normativa, quella "*particolare posizione di un soggetto rispetto al rapporto giuridico dedotto nel processo*" (10), in relazione alla quale si configura, in tutti i diversi ordinamenti nazionali, la titolarità della situazione giuridica soggettiva che legittima l'esercizio dell'azione in giudizio.

Ebbene, a volere affermare che, con riferimento a questa precisa problematica (la legittimazione processuale intesa quale condizione dell'azione distinta dall'interesse al ricorso), il legislatore europeo non abbia fatto uso dei poteri impliciti al fine di perseguire l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme sostanziali in materia di appalti pubblici, e che perciò in tale ambito ancora sopravviva un margine di autonomia procedurale degli Stati membri (11), nondimeno l'interpretazione del giudice della nomofilachia amministrativa difficilmente potrebbe superare il vaglio di un giudizio di conformità con il principio di effettività delle norme comunitarie sulle procedure di evidenza pubblica.

In effetti, in ragione di questo (criticato) orientamento giurisprudenziale, a fronte di un'evidente trasgressione delle regole sull'assegnazione degli appalti di rilevanza comunitaria, e, quindi, in ultima istanza, del diritto europeo, nondimeno, l'atto di aggiudicazione è

(10) Cfr. A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv.*, X, Torino, 1993 p. 531.

(11) Secondo l'opinione espressa in dottrina da D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?* Torino, 2009, p. 126, "*per gli ambiti lasciati scoperti dalle direttive ricorsi ritorna in gioco ovviamente il concetto di autonomia procedurale*".

fatto salvo dall'impugnazione, solo in ragione di un motivo di carattere processuale, per di più destinato a operare in modo assolutamente casuale.

Vi è, perciò, motivo di dubitare che il più recente indirizzo interpretativo dell'Adunanza Plenaria sia coerente con la normativa europea (per tale intendendosi — com'è ovvio — anche la giurisprudenza della Corte di giustizia che delinea i limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri).

Invero — anticipando sin d'ora la conclusione cui si perverrà in seguito — l'obbligo d'interpretazione conforme impegna l'esegeta nella ricerca di un significato delle nostre norme processuali più coerente con quello che in analoghe norme in altri ordinamenti europei conduce — come vedremo — a realizzare, se non proprio un sistema di giustizia amministrativa di carattere oggettivo (a presidio della legalità violata), quantomeno un sistema di giustizia amministrativa di carattere soggettivo con un blando meccanismo di filtro della legittimazione al ricorso in funzione di un miglior controllo della legalità dell'azione amministrativa; quantunque da realizzarsi imprescindibilmente attraverso la tutela delle situazioni giuridiche soggettive violate.

2. *La ricerca dei principi generali di diritto comunitario sulla legittimazione processuale all'impugnazione degli atti di evidenza pubblica.*

In ragione di quanto sopra esposto, la dialettica sulla condivisibilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del 2011 (ma soprattutto la discussione sull'opinabilità delle conseguenze pratiche che ne derivano sull'effettività della tutela giurisdizionale) deve essere arricchita nella logica di un approccio comunitario al tema controverso.

E, al riguardo, vi è da operare in due distinti, per quanto convergenti, ambiti d'indagine.

Non solo vi è da verificare se esista una norma europea suscettiva di conformare, per così dire, dall'alto, l'autonomia procedurale degli Stati membri, in una logica di funzionalizzazione del giudice nazionale al perseguimento degli obiettivi comunitari, secondo il noto meccanismo dell'effetto utile dell'effetto diretto, ma vi è altresì da esplorare se esista, nei singoli ordinamenti, un diffuso principio normativo in grado di contaminare, dal basso, la norma processuale

statale, attraverso l'osmosi dei diritti nazionali, in conseguenza della così detta apertura laterale alla *lex alius loci* (12).

Ebbene, a tale ultimo proposito, si è sostenuto che “*i principi possono valere come criteri di fondazione di normative più coerenti e come baricentri interpretativi della legislazione*” (13). Ed è, probabilmente, proprio per cercare di trovare una coerenza normativa (14) attraverso un baricentro interpretativo bilanciato sulle relazioni tra gli ordinamenti giuridici europei che il diritto amministrativo (che più di altri è soggetto agli interventi disorganici del legislatore) ha, da ultimo, superato gli angusti limiti nei quali il diritto comune aveva relegato i “*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*” al ruolo marginale di un canone ermeneutico minore, suscettivo di risolvere soltanto le controversie altrimenti destinate a un *non liquet* (15).

A ogni buon conto, quale ne sia la ragione giustificatrice, l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo statuisce ora che “*l'attività amministrativa ... è retta ... dai principi dell'ordinamento comunitario*”; e all'unisono l'art. 1 del codice del processo amministrativo declama che “*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi ... del diritto europeo*”. Dimodoché, l'attività amministrativa e la funzione giurisdizionale di controllo della stessa, per espresso precetto normativo, sono entrambe da ultimo conformate (oltreché dalle precise disposizioni di legge a esse dedicate anche) dai principi generali dell'ordinamento europeo.

L'ordinamento nazionale di diritto amministrativo è, dunque, inevitabilmente aperto alla contaminazione dei principi generali del diritto europeo, così come risultanti dalle “*tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*” (16). Donde, per precisa scelta del legislatore, il nostro ordinamento si è aperto alla migrazione di precetti normativi provenienti da altri sistemi di giustizia amministrativa. Ciò in coerenza col principio elaborato dalla Corte di

(12) Cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M. P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 10.

(13) M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, 2010, p. 68.

(14) G. ROSSI, in *Il Gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 13, descrive l'attuale situazione normativa come il frutto di una “*partenogenesi sinistra e inarrestabile*”.

(15) Cfr. art. 12 delle Preleggi. Si noti che la norma ora si riferisce ai soli “*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”, mentre in precedenza il codice civile del 1865 consentiva al giudice di decidere i casi dubbi secondo i “*principi generali del diritto*”.

(16) Cfr. art. 6 TUE.

giustizia sin dal suo primo approccio al problema delle lacune del diritto amministrativo (17), didascalicamente riassunto nell'affermazione che *“la Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei Paesi membri”* (18).

Si è voluto in tal modo affermare la forza cogente (per disposto di legge) del fenomeno di osmosi dei principi giuridici dagli ordinamenti nazionali a quello comunitario e da questo di nuovo agli ordinamenti nazionali, in un incessante movimento circolare di evoluzione del livello di protezione giudiziaria delle situazioni giuridiche soggettive europee e di garanzia dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme comunitarie (19).

Al proposito, autorevole dottrina ha, infatti, affermato che *« European law becomes part of an integrated administrative law (a mix of European and national sources), especially visible in the case of the “composed” administrative procedures. This is not a unilateral influence, top-down, but a circular motion, which also national laws are actively involved in. The best known case is the judicial creation of “general principles of Community law”, in which the Court of Justice has extensively used the principles of administrative law of Member State »* (20).

Sulla così detta apertura laterale dei diritti nazionali alla *lex aliis loci*, a quanto consta, vi è un solo precedente giurisprudenziale nazionale (21), che ha portato all'estremo (ma logico) sviluppo

(17) In questo senso, J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European administrative law*, in questa *Rivista*, 2004, sostiene, appunto, che *“the case of Algeria ... constitutes the starting point for this judicial practice of the European Court in the field of administrative law”*.

(18) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1957, causa C-7/56, *Algera e a. c. Assemblée commune*.

(19) Ciò attraverso il meccanismo di contaminazione giurisprudenziale di cui scrive J. BELL, *Mechanism for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON/T. TRIDIMAS (a cura di), *New directions in European Public Law*, Oxford, 1998, p. 147.

(20) Cfr. M. P. CHITI, *Towards an EU regulation on administrative procedure?*, in questa *Rivista*, 2011, p. 3.

(21) Cfr. T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, I, sentenza 16 dicembre 2009, n. 305, ove si legge: *« Nella specie pare, quindi, di poter ravvisare una positiva consonanza tra l'obbligo di graduazione prescritto dall'art. 21 nonies della L. 7 agosto 1990, n. 241, come recentemente introdotto, ed un suo possibile esito, con l'indirizzo elaborato dalla giurisprudenza tedesco - federale, peraltro in difetto di base normativa ad hoc, ma alla luce del VwVfG (legge sul procedimento amministrativo), che perviene in consimili casi alla “Reduzierung auf null” (riduzione a zero) della discrezionalità amministrativa; effetto quest'ultimo che si costituisce in ogni vicenda nella quale la persistenza in giuridica vita del provvedimento amministrativo illegittimo sia “schlechthin unerträglich” e, cioè, semplicemente insopportabile (cfr., per riferimenti, sentenza della Corte di giustizia 19 settembre 2006 in C-392/04 e C-422/04). In tali peculiari vicende, la graduazione degli interessi pubblici e privati coinvolti può dunque autoriz-*

l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia, che da tempo ha affermato l'obbligo delle istituzioni di rispettare i diritti fondamentali, quali emergono dalle tradizioni costituzionali comuni. In quel caso, il giudice nazionale non si è limitato a interpretare in modo sistematico la legge nazionale sul procedimento amministrativo ma ha altresì giustificato la propria scelta ermeneutica con riferimento alla giurisprudenza tedesca sul principio controverso (22).

Invero, sul tema della contaminazione degli ordinamenti, si è affermato, con rilievo icastico, che *“la dilatazione della disciplina amministrativa dettata dall'Unione e l'interscambio di esperienze e soluzioni tra Stati, nonché tra Stati e Unione, costituiscono, rispettivamente l'ordito e la trama del concreto fare del diritto amministrativo europeo (ma anche nazionale)”* (23).

Nella considerazione di ciò, sul tema della legittimazione ad agire nei giudizi amministrativi è, forse, giunta l'ora di abbandonare il solco d'interpretazioni che si muovono esclusivamente nell'ambito autoreferenziale dell'estensione analogica al processo amministrativo dei consolidati canoni ermeneutici maturati al proposito del processo civile (attesa l'evidente diversità funzionale dei due processi), e sull'abbrivio del nuovo indirizzo interpretativo coraggiosamente imboccato dal giudice amministrativo trentino, vi è probabilmente da verificare la compatibilità del pronunciamento dell'Adunanza Plenaria sul ricorso incidentale con l'ordinamento comunitario, non solo per come definito dai limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri, così come perimetrata, al suo esterno, dal contenuto precettivo delle direttive ricorsi e, negli ambiti da queste non coperti, conformata al suo interno dalla giurisprudenza *Rewe*, ma anche come plasmato dai principi del diritto europeo, così come emergenti dalla prassi giurisprudenziale nazionale.

zare la conclusione che la preminente soglia da riconoscersi a taluno di essi, pubblici o privati che siano, possa così incisivamente astringere l'esercizio della discrezionalità, riducendo la potestà pur in astratto prevista ad un mero obbligo, del tutto analogamente a quanto ricorre in un tratto d'attività amministrativa strettamente vincolata ».

(22) Al riguardo, G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, p. 9, ha sostenuto che *« l'adesione della Corte al modo d'intendere i limiti del potere discrezionale da tempo consolidatosi nella giurisprudenza tedesca, per quanto rilevante, non è, peraltro, che una ulteriore riprova dell'esistenza di un “fondo comune” ai diritti pubblici europei, dai quali l'ordine giuridico dell'Unione non può prescindere. È in questa prospettiva che ... si può sostenere la necessità di un'interpretazione delle disposizioni nazionali coerente con i principi dell'ordinamento comunitario, inclusi quelli che esso trae dai diritti dei vari Paesi membri ».*

(23) Cfr. S. STICCHI DAMIANI - FRANCESCO VETRÒ, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, cit., p. XV.

Nella logica interpretativa che si vuole ora seguire, si è posto l'accento sulla "importanza della comparazione orizzontale per la determinazione dell'ordinamento al cui interno più ampio è il concetto di legittimazione processuale al fine di individuare ... l'ordinamento che più di tutti garantisce i diritti fondamentali dell'individuo e a cui dovranno adeguarsi tutti gli altri ordinamenti nell'esecuzione del diritto comunitario" (24).

Ciò è probabilmente vero, ma con due precisazioni.

In primo luogo, se con riferimento al diritto sostanziale la così detta apertura laterale degli ordinamenti viaggia al livello dei concreti precetti normativi in coerenza col principio di equivalenza funzionale delle regole giuridiche nazionali che già si ritrae dal principio *Cassis de Dijon* (25), nell'ambito invece delle norme processuali, atteso il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, quella contaminazione tra gli ordinamenti non può che viaggiare al livello dei soli principi giuridici, insuscettibili come tali di essere imbrigliati nella rete del principio di attribuzione.

In secondo luogo, si vorrà considerare che, se in effetti si sono proposte soluzioni estreme volte a individuare, da un lato, il principio generale del diritto nel minimo comune denominatore delle regole nazionali, e, dall'altro, nella migliore norma nazionale regolante la fattispecie in una prospettiva di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, la Corte di giustizia ha invece affidato la cernita dei principi generali del diritto a una comparazione di valore delle norme nazionali funzionalizzata agli obiettivi dell'Unione europea (in tal modo escludendo che la regola giuridica per assurgere a principio generale del diritto debba essere condivisa da tutti gli Stati membri).

Al proposito, la migliore dottrina, all'esito dell'attenta analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, sostiene, infatti, che « *the legal principle which is the "best" following a comparative analysis is the one which is the most compatible with the legal order of Community law and which most closely corresponds to the functional capacity and the goals of the Community* » (26).

(24) Cfr. R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1996, p. 261.

(25) Cfr. Corte di giustizia, 20/2/1978, causa C-120/78, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

(26) Cfr. J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 2010, p. 73.

Di modo che l'analisi comparata dei più significativi sistemi processuali europei non è volta alla ricerca di un minimo comune denominatore, né della soluzione quantitativamente prevalente, bensì della regola di legittimazione che, ancorché non condivisa da tutti gli Stati membri, nondimeno meglio assicuri la realizzazione dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme comunitarie.

Ciò perché è fuor di dubbio che il processo amministrativo svolge (anche) una funzione di tutela oggettiva della legalità dell'azione amministrativa in chiave comunitaria (27), con inevitabile riverbero sull'effetto utile dell'effetto diretto del diritto europeo (28), e con la conseguenza che il problema della legittimazione all'azione nel giudizio amministrativo, quantunque non fosse direttamente disciplinato dalle direttive ricorsi con il riferimento allo "*interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*", non potrebbe tuttavia essere assegnato acriticamente al tema dell'autonomia processuale degli Stati membri.

3. *La legitimación activa nei recursos precontractuales.*

Volendo andare alla ricerca di un principio normativo condiviso a livello europeo, eventualmente capace di conformare, quantomeno

(27) A. SERIO, *La buona amministrazione nelle esperienze nazionali*, in S. STICCHI DAMIANI - FRANCESCO VETRÒ (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 51, afferma che "*Da una parte, infatti, esiste una concezione oggettiva, che fa perno sull'efficienza dell'azione amministrativa, dall'altra, una concezione soggettiva, che guarda con maggiore attenzione alla protezione del singolo. In base al modo in cui è concepita l'attività amministrativa e la sua funzione, cambia anche i diritti che il singolo può vantare a fronte dell'esercizio di quell'attività*". È, però, probabilmente errato ritenere che lo spostamento del baricentro di un sistema dalla concezione oggettiva a quella soggettiva produca, in positivo, una maggiore protezione dell'individuo, e, in negativo, quale contrappasso, un regresso sul fronte della tutela della buona amministrazione in senso oggettivo. Di modo che, se è certo corretto apprezzare il percorso dogmatico che ha condotto ad abiurare la teorizzazione di L. Meucci e O. Raneletti dell'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto, nondimeno, quantunque si voglia — com'è corretto — portare al centro del sistema processuale la situazione giuridica soggettiva coinvolta nell'esercizio del potere, nondimeno non si può espungere da quel sistema l'interesse pubblico, la cui presenza nel processo caratterizza ancora il giudizio amministrativo, quantunque — se vogliamo (o meglio: se dobbiamo nel rispetto dell'art. 111 della Costituzione) — non più gestito da un giudice nella amministrazione bensì della amministrazione. Al proposito, M.P. ЧИТИ, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 552, afferma, appunto, che «... la particolarità di "utilizzare" il singolo, anche in funzione dell'effettività del diritto comunitario, nulla toglie alla circostanza che gli strumenti di controllo e di garanzia siano oramai pienamente configurati in senso di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive ».

(28) M. P. ЧИТИ, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 663, afferma, appunto, che "... i diritti conferiti dal diritto comunitario possono assumere caratteri differenti a seconda dei vari sistemi nazionali di garanzia: circostanza incompatibile con il principio della diretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario".

a livello interpretativo, la norma processuale di diritto interno, s'intende ora innanzitutto verificare come il problema della legittimazione a impugnare gli atti della procedura di evidenza pubblica è affrontato in quattro tra i principali ordinamenti europei (Spagna, Francia, Gran Bretagna e Germania) (29).

Ebbene, con riguardo al sistema spagnolo, la riforma costituzionale del 1978 *“ha hecho claro, así como obligado, que todo el recurso contencioso-administrativo sea estrictamente subjetivo”* (30). E in coerenza a ciò la disciplina della legittimazione processuale nel giudizio amministrativo è delineata dall'art. 19 della *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1998, ove si legge: *“Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ... las personas físicas o jurídicas que ostente un derecho o interés legítimo ...”*.

Invero, *“para ser parte en un concreto proceso ... se necesita (salvo en los casos excepcionales de acción popular ...) estar legitimado activamente, es decir, encontrarse en una determinada relación previa con un acto o disposición administrativa ...”* (31).

Quello spagnolo è, perciò, senz'altro, un sistema di giustizia amministrativa di carattere soggettivo (32), quantunque con un im-

(29) Sul rilievo della distinzione cui accenna M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli altri*, in questa *Rivista*, 2006, 487, quella che si vuole qui abbozzare è una « ...“microcomparazione”, intesa come comparazione di particolari istituti o aree giuridiche, diversa dalla classica “macrocomparazione” incentrata sulla comparazione d'insieme dei sistemi giuridici ».

(30) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Cizur Menor (Navarra), 2011, II, p. 605.

(31) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 639. J.A. CABALLERO GEA, *Procedimientos contencioso-administrativos*, Madrid, 2007, p. 195, afferma al proposito che *“... no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que ... la legitimación ad causam conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión ... se parte del concepto de legitimación ad causam tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte a u interés del recurrente”*.

(32) D. DE PETRIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 294, sostiene che *“È tradizione della giustizia amministrativa di presentare una duplice funzione: da un lato, la più tipica e risalente, di tutela oggettiva, di verifica cioè della légalité dell'azione amministrativa; dall'altro di tutela soggettiva, ossia di protezione delle posizioni dei singoli. Questa seconda funzione è andata sempre più accentuandosi, quanto più ciascun ordinamento ha posto al centro del suo sistema di giustizia l'individuo e la tutela dei suoi diritti”*. Come si vedrà in seguito, l'affermazione è senz'altro condivisibile nell'ambito delle considerazioni astratte, quantunque l'approccio giurisprudenziale sia sovente incline a valorizzare la funzione d'interesse obiettivo del contenzioso amministrativo.

pianto aperto di legittimazione, in ragione di quanto disposto dell'art. 24 della Costituzione (33), che ha da ultimo espunto dall'ordinamento la restrittiva formula della legge processuale del 1956, che consentiva l'azione giudiziaria solo a "*los que tuvieron interés directo en ello*". Donde l'affermazione che "*por interés legitimador hay que entender aquel que, de prosperare el recurso, produciría algún beneficio de cualquier tipo en favor del accionante ... no sólo la infracción directa de las titularidades subjetiva típicas*" (34). Di modo che "*para que exista legitimación activa será necesario que la declaración pretendida por el actor del órgano jurisdiccional suponga para él un beneficio o utilidad, siquiera sea instrumental o de efecto indirecto, sin que sea suficiente ... el mero interés por la legalidad, salvo en los casos muy limitados en que se admite la acción popular*" (35).

Si è conseguentemente affermato che «*partiendo de la noción general de legitimación procesal como una específica relación entre el acto y el contenido de la petición que se ejercita, el interés legítimo en lo contencioso-administrativo ha sido caracterizado como "una relación material univoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto" ..., debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Más sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, non necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta, vale decidir, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida ... Luego, pare que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recurso en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés* » (36).

(33) L'art. 24 della Costituzione statuisce che "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*".

(34) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 641.

(35) Cfr. Tribunal Supremo, sentenza 15 settembre 1997, n. 5429, in www.poderjudicial.es.

(36) Cfr. Audiencia Nacional, Juzgado Central Contencioso-Administrativo n. 6, sentenza 22/3/2011, n. 98, in www.poderjudicial.es.

Con riguardo più direttamente al tema oggetto d'indagine, vi è anzitutto da premettere che la Spagna ha dato attuazione alla direttiva 2007/77/CE, con la legge 5/8/2010 n. 34 (37), introducendo uno speciale regime amministrativo d'impugnazione degli atti delle procedure di evidenza pubblica, alternativo al ricorso giurisdizionale (38), devoluto alla cognizione di un organo amministrativo indipendente, denominato *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* (39). Si è in tal modo introdotto un rimedio amministrativo paragiurisdizionale, di pronta soluzione, le cui decisioni sono tuttavia soggette all'ordinario giudizio d'impugnazione amministrativo dinanzi alle *Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia*. Invero, a mente di quanto disposto dall'art. 319 della *Ley de Contratos del Sector Público*, "Contra la

(37) J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la ley de contratos del sector público*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2010, p. 11, dà conto dei problemi insorti nell'adeguamento del sistema spagnolo alle direttive ricorsi, e al proposito afferma che "La transposición española en materia de recursos fue dispar, tardía e inadecuada, con problemas con las instituciones comunitarias. La LCAP de 1995 — así como su Texto Refundido de 2000 — se limitó a remitirse al sistema general de recursos existente en el Derecho interno (artículos 7.3, 9.3 y 60 del Texto Refundido de 2000) y no transpuso la Directiva 89/665/CEE, por entender que el ordenamiento jurídico español ya se ajustaba al contenido de la Directiva, y rechazando la propuesta de creación de un tribunal administrativo de la contratación".

(38) Come evidenziato da M.A. BERNAL BLAY, *Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007*, in *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010, p. 34, il ricorso amministrativo ha carattere opzionale; dimodoché è sempre possibile azionare direttamente il ricorso giurisdizionale, ancorché con pregiudizio dell'effettività di tutela che è propria del solo ricorso speciale dinanzi al *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*. Egli, infatti, afferma: "El carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación supone de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. Tal circunstancia, parece que admisible desde el punto de vista comunitario, no está exenta de dificultades prácticas, habida cuenta de las diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o la judicial". In effetti, M. PÉREZ ROLDÁN, *El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva ley de contratos del sector público*, in *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 15/2008, sostiene che « el artículo 37.1 del anteproyecto pretende configurar este recurso como exclusivo (en el sentido de que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que menciona el artículo 37.2) y como un recurso cuya interposición es necesaria para agotar la vía administrativa previa y acceder al recurso contencioso-administrativo (así se deduce de los términos relativos a que las decisiones "deberán ser objeto" de este recurso especial "con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo"). Esta segunda característica es criticada por el Consejo de Estado, que mantiene que "deberían suprimirse o modificarse (por ejemplo, sustituyendo la expresión 'deberán' por 'podrán') aquellas expresiones del artículo 37.1 que configuran este recurso como de obligada interposición para acceder a la vía contenciosa. En otras palabras, debería configurarse este recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo" ... ».

(39) Cfr. M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Cizur Menor (Navarra), 2010.

resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto ... de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

In merito alla “legitimación activa para interponer el recurso” l’art. 312 della *Ley de Contratos del Sector Público* statuisce che “Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso” (40).

Orbene, sul tema specifico dell’impugnazione degli atti delle procedure di evidenza pubblica, la giurisprudenza iberica è consolidata nell’affermazione che “La regla general para ostentar un interés legítimo que dote a una persona de legitimación para recurrir la licitación o adjudicación de un contrato público reside en su participación en la licitación, ya que sólo quien ha sido parte en el procedimiento contractual puede obtener un beneficio en el caso de que prospere el recurso entablado. En cambio, no existe acción pública en materia contractual, por no existir norma legal que lo disponga, por lo que no está legitimada para recurrir la persona que actúa en defensa de la legalidad” (41). Ciò in piena sintonia con quanto si afferma anche da noi.

(40) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, *op. cit.*, p. 34 afferma che “La LCSP prevé una legitimación activa en términos amplios, más allá del mínimo de la Directiva (doble criterio comunitario de interés en obtener el contrato y de perjuicio) pero sin que exista una acción pública. Podrá interponer el recurso especial toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso (art. 312 LCSP). Así pues no sólo los perjudicados que tengan interés en obtener el contrato (candidatos o licitadores reales o potenciales), sino también cualquier otro interesado afectado, como pueden ser los colegios profesionales o los sindicatos”.

(41) Cfr. J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública (a propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)*, in *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 28/2008. Invero, si legge nella sentenza del Tribunal Supremo “Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial”.

J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la ley de contratos del sector público*, cit., p. 33, sostiene che: “La LCSP prevé una legitimación activa en términos amplios, más allá del mínimo de la Directiva (doble criterio comunitario de interés en obtener el contrato y de perjuicio) 59, pero sin que exista una acción pública. Podrá interponer el recurso especial toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones

I tribunali spagnoli hanno poi esteso la legittimazione al ricorso anche a chi “*ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación*” (42). Anche al proposito nella convergenza con un principio da noi unanimemente accolto (43).

In buona sostanza, solo chi ha partecipato o avrebbe voluto partecipare (ma gli è stato impedito dalle clausole del bando di gara) alla procedura di evidenza pubblica ha titolo per eventualmente impugnare il provvedimento di aggiudicazione del contratto. Si esclude, invece, categoricamente la possibilità dell'azione al *quisque de populo*, a tutela di un interesse (pubblico) che non gli appartiene.

Senonché, la giurisprudenza, con approccio meno dogmatico del nostro, giunge persino ad affermare che in taluni casi la mancata partecipazione alla procedura di evidenza pubblica non comporta il venire meno della legittimazione al ricorso, e ciò sull'abbrivio della giurisprudenza costituzionale secondo cui « *Constituye doctrina consolidada que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. RCL 1978/2836 CE) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión. Dada la*

objeto del recurso (art. 312 LCSP). Así pues no sólo los perjudicados que tengan interés en obtener el contrato (candidatos o licitadores reales o potenciales), sino también cualquier otro interesado afectado, como pueden ser los colegios profesionales o los sindicatos 60. Por tanto, se trasladan aquí las cláusulas generales dado el carácter exclusivo o sustitutivo del recurso especial”. Secondo J.J. ABAJO QUINTANA, *Artículos 37 a 39*, in E. JIMÉNEZ APARICIO, (a cura di) *Comentario a la legislación de contratación pública*, p. 661, “*esta amplísima legitimación puede plantear enormes problemas en caso de utilización perversa de este recurso*”.

(42) J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *op. loc. ult. cit.*

(43) Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, sentenza 19 settembre 2011, n. 5261, in *Foro amm. CDS*, 2011, 9, 2728, ove appunto si legge: “*Nel processo amministrativo legittimazione al ricorso e interesse al ricorso definiscono posizioni giuridiche soggettive nettamente distinte, atteso che la prima postula la titolarità di una posizione sostanziale differenziata, che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione e, quindi, il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato; la seconda, invece, l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento a prescindere dal suo carattere finale o strumentale. Segue da ciò che le uniche eccezioni, in base alle quali sia possibile riconoscere la legittimazione a impugnare una procedura di affidamento anche da parte di un soggetto che non ha partecipato a tale procedimento, si riferiscono esclusivamente al soggetto che non ha partecipato alla gara e che contesta in radice la scelta di indizione della procedura; all'operatore economico di settore, che contesta un affidamento diretto o senza gara e all'operatore, che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando escludente in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione*”.

transcendencia que para la tutela judicial tiene estas decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de verificarse de forma especialmente intensa, a través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no “como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan”, sino como “la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causa preservan y los intereses que sacrifican” ... » (44).

Orbene, proprio con riguardo all'ipotesi che ha dato occasione all'Adunanza Plenaria del nostro Consiglio di Stato di negare la legittimazione al ricorso a chi può eventualmente solo aspirare alla rinnovazione della procedura di gara, la Corte costituzionale spagnola ha affermato che *“Si, como antes hemos señalado, respecto de la legitimación activa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, siendo incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta, resulta evidente en el presente caso que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Procede recordar que la empresa demandante tiene un ámbito de actuación directamente relacionado con el objeto del concurso, como lo demuestra el hecho de haber sido la titular de la concesión para el servicio municipal del abastecimiento del agua hasta los momentos previos al concurso que pretendía recurrir, lo que implica, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, que la impugnación intentada tuviera una especial repercusión en su esfera jurídica, al insertarse de lleno en su ámbito mercantil. Como explicó la propia empresa recurrente en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, su interés en la impugnación del pliego estaba justificado en conseguir la nulidad del mismo, y*

(44) Cfr. *Tribunal constitucional de España*, sentenza 13 ottobre 2008, n. 119, in www.tribunalconstitucional.es.

poder así participar en otro concurso con un pliego de condiciones que se ajustara a Derecho" (45).

La Corte Costituzionale iberica, dunque, partendo dai medesimi assunti che ispirano anche la nostra giurisprudenza amministrativa — e cioè: (i) non vi è una legittimazione popolare alla censura degli atti delle procedure di evidenza pubblica, di modo che chi agisce in giudizio deve dimostrare di essere titolare di un interesse legittimo (*"no existe acción pública en materia contractual, por no existir norma legal que lo disponga, por lo que no está legitimada para recurrir la persona que actúa en defensa de la legalidad"*); (ii) un soggetto può vantare un interesse legittimo che lo abilita al ricorso solo qualora possa ricavare un concreto vantaggio dall'annullamento dell'aggiudicazione della gara d'appalto (*"el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto"*); (iii) un siffatto interesse legittimo, di norma, può essere rivendicato solo da chi ha partecipato alla procedura di evidenza pubblica (*"La regla general para ostentar un interés legítimo que dote a una persona de legitimación para recurrir la licitación o adjudicación de un contrato público reside en su participación en la licitación"*) — giunge poi alla conclusione che anche il mero interesse alla rinnovazione della procedura di evidenza pubblica attribuisce all'impresa operante nel medesimo settore merceologico di quello del bando di gara una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela e la legittima perciò all'impugnazione dell'aggiudicazione, ancorché non possa da ciò derivarle altra utilità che quella della possibilità di partecipare alla nuova gara che la stazione appaltante dovrà indire all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione della prima (*"... su interés en la impugnación del pliego estaba justificado en conseguir la nulidad del mismo, y poder así participar en otro concurso"*).

La giurisprudenza ispanica al fine di giustificare questo suo percorso argomentativo si richiama al principio costituzionale che impone *"la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan"*; ciò che conduce alla *"interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas"*

(45) Cfr. *Tribunal constitucional de España*, sentenza n. 119, cit.

causa preservan y los intereses que sacrifican” e che impone, infine, ai giudici iberici di affermare “*que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción*”. In tal modo espressamente richiamandosi a un fondamentale principio europeo, quale individuato inizialmente dalla giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia e ora persino conclamato dall’art. 19 del TUE (Cfr. *amplius infra sub 9*).

Partendo dal medesimo presupposto di una giurisdizione soggettiva di legittimità a tutela dei soli interessi legittimi del ricorrente, e nella logica di un sistema giuridico (quello dell’Unione europea) che, quantunque nel rispetto del principio di autonomia procedurale, impone nondimeno di interpretare le norme di diritto interno secondo il principio dell’interpretazione conforme alle norme europee, si ha tuttavia che le due giurisdizioni, che “*agiscono come organi decentranti della giurisdizione comunitaria*” (46), giungono, in un caso (Spagna), a scartare quelle interpretazioni “*que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causa preservan y los intereses que sacrifican*”, estendendo la legittimazione al ricorso finanche a quell’impresa che altra situazione legittimante non abbia che quella (che noi definiremmo di mera aspettativa giuridicamente non rilevante) di operare nel medesimo “*ámbito mercantil*” di quello su cui incide la gara, e, nell’altro (Italia), di contro, a negare la legittimazione processuale anche a coloro che hanno sì partecipato alla gara ma in modo illegittimo, contribuendo a traghettare verso l’immunità (dalle censure di violazione del diritto dell’Unione europea) scelte provvedimenti sovente anche di chiara illegittimità comunitaria. E ciò con violazione del principio di non contraddizione all’interno dell’ordinamento comunitario che costituisce irrinunciabile garanzia a tutela del principio di non discriminazione.

(46) Cfr. A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 13, p. 17.

4. L'intérêt pour agir nel référé précontractuel.

Si è affermato che *“Quello francese è, in definitiva, un sistema di giustizia amministrativa a connotazione puramente oggettiva”* (47), e ciò perché *« un tel état de droit ouvre en fait à des justiciables soucieux de “combattre pour le droit” ... de larges possibilités de saisir utilement le juge administratif pour assumer, autant (sinon plus) la sauvegarde de la légalité, que la satisfaction de leurs intérêts personnels »* (48). Nondimeno, in Francia la regola della legittimazione ad agire sull'impugnazione degli atti di una pubblica gara è codificata all'art. L. 551-10 del codice di giustizia amministrativa con la seguente statuizione: *“Les personnes habilitées à engager les recours ... sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué...”*. Perciò, ancorché il sistema francese di giustizia amministrativa sia di carattere oggettivo (improntato cioè alla tutela della legalità dell'azione amministrativa piuttosto che alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive lese dalla condotta della pubblica amministrazione), tuttavia, nell'ambito del contenzioso sugli appalti pubblici, il tema della legittimazione processuale è saldamente ancorato alla rivendicazione di un concreto interesse personale del soggetto che chiede tutela, forgiando il *référé précontractuel* sostanzialmente come strumento di giurisdizione amministrativa soggettiva.

Eppure, l'art. L.551-1 (49) del codice di giustizia amministrativa era ciononostante tradizionalmente interpretato nel senso che *« l'intérêt s'apprécie donc au vu de deux conditions, l'une “objective”, tenant à ce que l'entreprise était candidate à l'attribution du marché, l'autre “subjective” tentant à ce que le candidat été effectivement lésé par le manquement qu'il invoque ... une telle rédaction était sans doute*

(47) Cfr. F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, p. 228. Secondo D. DE PETRIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 294, *« l'ampiezza della legittimazione al recours pour excès de pouvoir, la sua indisponibilità da parte del ricorrente dopo la proposizione, l'informalità che dovrebbe caratterizzarlo e la rilevabilità officiosa di alcuni vizi di legittimità (i moyen d'ordre public) connotano tale rimedio in termini di “controllo oggettivo del diritto” ... »*. Analogamente A. MASUCCI, *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, 1995, p. 45 ss., osserva che, con l'anzidetto ricorso, non s'invoa un proprio diritto, ma si difende *“il Diritto (le Droit); non si tratta di un processo tra parti, ma di un processo all'atto, in cui si chiede al giudice soltanto di riconoscere l'illegittimità di quest'ultimo e di annullarlo”*.

(48) Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2008, p. 469.

(49) La norma ora inserita nell'art. L.555.10 del *Code de justice administrative* era, in precedenza, codificata all'art. L.551.1, che analogamente statuiva: *“... Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local”*.

par trop contraire au principe de la procédure contentieuse administrative française selon lequel l'intérêt pour agir s'apprécie par rapport aux conclusions et non par rapport aux moyens ... Ainsi si la condition "objective" est remplie, la condition "subjective" l'est également: l'intérêt pour agir est constitué des lors que l'entreprise est candidate ... » (50). Più radicalmente, il Conseil d'État aveva statuito che "une entreprise candidate à l'attribution d'un marché et, par suite, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment" (51). Così che i commentatori si erano espressi in argomento affermando che « la jurisprudence en consacré une conception objective: il ne s'agissait pas ... d'apprécier si le manquement en cause a été commis "au détriment" du demandeur ... mas de constater que, étant donné ce qu'on été les modalités de la mise au concours du project de marché ou de convention, l'organisation de la publicité ou celle de la concurrence n'a pas été ce qu'elle devait être » (52). Donde, secondo l'interpretazione tradizionale del *référé précontractuel*, l'interesse ad agire era, per consolidata prassi interpretativa (quantunque non per disposto di legge), del tutto disgiunto dalla rappresentazione di una concreta lesione in pregiudizio della sfera giuridica di chi ricorreva all'autorità giudiziaria (53).

Senonché, anche oltralpe, si registra, da ultimo, un reciso *revirement* giurisprudenziale verso un'interpretazione oltremodo restrittiva della norma da parte del Consiglio di Stato (54), che nel basilare arresto *Smirgeomes* del 2008 ha statuito che "*Considérant qu'en vertu*

(50) Cfr. M. FORNACCIARI, *Une nouvelle définition de l'intérêt pour agir en référé précontractuel*, in *Lamy - Droit public des affaires*, n. 129/2008, p. 2.

(51) Cfr. Conseil d'État, 8/4/2005, n. 270476, *Société Radiometer*, in www.conseil-etat.fr.

(52) Cfr. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 481.

(53) Si veda, per gli ampi richiami giurisprudenziali sull'evoluzione interpretativa dell'interesse ad agire nel *référé précontractuel*, A. SÉVINO, *Le mémento du référé précontractuel*, Paris, 2008, p. 27 ss..

(54) C. BOITEAU, *La legitimación en el procedimiento de urgencia precontractual. L'Arêt Smirgeomes del Consejo de Estado Francés*, in *Revista de Administración Pública*, 2010, n. 181, p. 207, dà conto del fatto che "*La sentencia judicial SMIRGEOMES ha supuesto un cambio en la línea jurisprudencial del Consejo de Estado Francés. Durante mucho tiempo el Consejo de Estado había consolidado una visión amplia y objetiva a la hora impugnar en el proceso judicial urgente precontractual. En esta resolución judicial se restringen los supuestos de la legitimación que permiten impugnar. Así, en el proceso judicial urgente precontractual la legitimación queda limitada, tanto por lo que respecta al objeto de impugnación como a su interposición, a ciertas condiciones relativas al perjuicio sufrido o al perjuicio susceptible de ser sufrido por la parte interesada en contratar*".

des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements; qu'il appartient des lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse au motif que le syndicat aurait indiqué à tort dans les avis d'appel public à la concurrence que le marché était couvert par l'Accord sur les marchés publics, sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était susceptible d'avoir lésé ou risqué de léser la société Passenaud Recyclage, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office; qu'il en résulte que le Smirgeomes est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a prononcé l'annulation de la procédure de passation du marché" (55) (56).

Certo è che anche in Francia la giustificazione della scelta di restringere la legittimazione al ricorso poggia su rilievi che, in realtà, nulla hanno a che vedere con impostazioni dogmatiche, ma più probabilmente si giustificano (ancorché nel richiamo formale ai principi processuali) in relazione a esigenze di carattere pragmatico (come appunto da noi è stato (57)): "*Complexité des rubriques, d'une*

(55) Conseil d'État, sentenza 3 ottobre 2008, n. 305420, in www.conseil-etat.fr.

(56) M. ANTONIOLI e F. CARDARELLI, *Il recepimento della direttiva 66/2007/CE nell'ordinamento francese*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 234, al proposito dell'arrêt Smirgeomes sostengono che « *la commande publique, poco prima della recente novella, risultasse "metamorfizzata" da un indirizzo inaugurato dal Consiglio di Stato che aveva conferito al concorrente pretermesso di proporre un recours de plein contentieux, diretto a contestare la validità del contrat administratif ... mentre in passato un diverso orientamento ... consentiva, nel caso di ricorsi precontrattuali, che qualunque candidato potesse agire in quanto potenzialmente leso dall'inadempimento agli obblighi di concorrenza e pubblicità ... Sicché, il nuovo corso della giurisprudenza amministrativa francese ha anticipato, per certi versi, la nuova disciplina di recepimento della direttiva 2007/66/CE, mediante una accresciuta soggettivizzazione dei ricorsi, valorizzata dall'ordinanza del 7 maggio 2009* ».

(57) Si legge significativamente dell'ordinanza 18 gennaio 2011, n. 351, con la quale la Sezione VI del Consiglio di Stato ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria: "*Ritiene peraltro il Collegio che il sistema elaborato dalla giurisprudenza in materia di contratti della p.a., oltre a favorire una litigiosità esasperata — e il caso in esame ne è un esempio illuminante —, da una parte, non garantisce la soddisfazione dell'interesse primario del concorrente — l'aggiudicazione dell'appalto — dall'altra, renda estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l'esecuzione dell'opera pubblica*".

part; automaticité des annulations contentieuses, d'autre par; enfin, condition d'intérêt largement entendue: la conjonction de ces trois facteurs amène à penser d'aujourd'hui, il n'y a guère de procédure inattaquable. Les conséquences sont redoutables: retard pris dans la réalisation d'un équipement public, coût pour la collectivité qui se voit contrainte de reprendre la procédure mais aussi pour l'entreprise qui aura investi dans un projet in fine annulé pour des raisons qui peuvent lui être étrangères. Ces inconvénients sont particulièrement néfaste ..." (58). Anche oltralpe è stata però avvertita l'antinomia di un siffatto approccio ermeneutico con le finalità perseguite dall'Unione europea (la tutela della concorrenza nel mercato e per il mercato). E difatti anche la dottrina francese afferma che *"... le problème posé par la sévérité de la jurisprudence demeure entier s'agissant du contentieux engagé après la signature du marché, surtout que, pour ces contentieux, la condition d'intérêt pour agir a été spectaculairement élargie"* (59). Ciò che ha indotto taluni a sostenere che *"cette solution préfigure-t-elle un assouplissement général de la jurisprudence sur la publicité des marchés publics"* (60).

Tuttavia, vi è al proposito da considerare che il *référé précontractuel* non esaurisce i mezzi di tutela nell'ambito della *commande publique*, potendo il concorrente escluso dall'aggiudicazione dell'appalto anche proporre un ricorso diretto alla contestazione della validità del contratto, successivamente alla sua sottoscrizione, dinanzi al giudice amministrativo (così detto *recours Tropic*). E, al proposito, una recente sentenza del Consiglio di Stato ha chiarito che la giurisprudenza *Smirgeomes* non si applica al *"recours en contestation de la validité d'un contrat"*, riguardo al quale, *"Pour statuer sur la recevabilité d'un tel recours et des conclusions indemnitaires susceptibles de l'accompagner, il appartient au juge du contrat d'apprécier si le requérant peut être regardé comme un concurrent évincé. Cette qualité de concurrent évincé est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable"* (61). Così che anche l'impresa che non ha partecipato alla procedura di evidenza pubblica o che ha presentato un'offerta irre-

(58) Cfr. M. FORNACCIARI, *op. cit.* p. 3.

(59) Cfr. M. FORNACCIARI, *op. loc. ult. cit.*.

(60) Cfr. M. FORNACCIARI, *op. cit.*, p. 1.

(61) Cfr. Conseil d'État, sentenza 11/4/2012, n. 305420, in www.conseil-etat.fr.

golare può, comunque, reagire alla violazione delle norme sull'evidenza pubblica aggredendo direttamente il contratto che si è concluso illegalmente.

Si può dunque ben dire che la restrizione della legittimazione imposta dall'*arrêt Smirgeomes* è compensata sul fronte dell'effettività del sistema processuale nel suo complesso dal *recours Tropic*, in stretta coerenza con l'insegnamento della Corte di giustizia che ritiene il diniego di giustizia compatibile con il principio dell'effetto utile dell'effetto diretto e perciò con i limiti (di equivalenza e di effettività) all'autonomia procedurale degli Stati membri se esiste un alternativo rimedio giurisdizionale (62).

A ogni buon conto, anche a volere restringere il discorso al *référé précontractuel*, perfino l'impostazione restrittiva dell'*arrêt Smirgeomes*, per quanto disapprovata proprio in ragione dell'impossibilità che ne deriva di affrontare e decidere in merito a trasgressioni della legge sostanziale degli appalti, allorché non abbiano concretamente afflitto il ricorrente, contiene affermazioni che, nel nostro ordinamento, consentirebbero di superare molte delle obiezioni che si muovono alla giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato sul ricorso incidentale paralizzante, là dove, quantunque superando il precedente orientamento giurisprudenziale di giurisdizione oggettiva, nondimeno si assegna valore dirimente della problematica della legittimazione al ricorso "*au stade de la procédure auquel ils [les manquements du pouvoir] se rapportent ...*" (63). Ciò che da noi consentirebbe, quantomeno, di superare l'obiezione di chi critica la negazione dell'interesse alla mera ripetizione della gara d'appalto quale presupposto di legittimazione al ricorso, nella considerazione che talvolta il vizio di cui si duole il ricorrente principale si è verificato in uno stadio della procedura di evidenza pubblica diacronicamente e logicamente anteriore al vizio che si è sollevato come eccezione di difetto di interesse ad agire con il ricorso incidentale. E, perciò, ancora una volta, la giurisprudenza straniera (che pure è denunciata dalla dottrina locale come ingiustamente limitativa delle possibilità di reazione dell'impresa interessata all'aggiudicazione di un appalto pubblico a violazioni delle norme comunitarie di diritto sostanziale), nondimeno, al proposito della legittimazione processuale di colui che si ritiene leso nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica,

(62) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 12/7/1957, causa C-326/96, *Levez c. Jennings Ltd.*

(63) Cfr. Conseil d'État, sentenza 3/10/2008, n. 305420, in www.conseil-etat.fr.

giunge a conclusioni senz'altro di maggiore apertura di quelle, da ultimo (non senza critiche) seguite dal nostro Consiglio di Stato, e per di più all'interno di un sistema che non conosce rimedi alternativi capaci di recuperare l'effettività complessiva dell'ordinamento giudiziario, secondo la giurisprudenza *Levez*.

5. Public procurement, locus standi e judicial reviews.

Nel Regno Unito vi sono ricorsi giurisdizionali di diritto pubblico (nella forma della *judicial review* (64)), che possono essere introdotti davanti alla *Queen's Bench Division* della *High Court* al fine di ottenere l'annullamento (*quashing order*) dei provvedimenti amministrativi (65). Sennonché, in origine gli appalti pubblici non erano assoggettati a una disciplina specifica, e in conseguenza di ciò la censura degli atti della pubblica amministrazione nell'esercizio della sua autonomia negoziale era pressoché impossibile. Vi era un corpo di principi generali di diritto pubblico (*principles of judicial review*) che regolavano l'esercizio del pubblico potere; ma quei principi, salvo rari casi, non si applicavano ai contratti pubblici. Questo perché

(64) Nel sistema britannico, si distingue tra lo *appeal* assegnato agli *Administrative Tribunals* (tra gli altri, il *First-tier* e lo *Upper Tribunal*), che realizza il sindacato sul merito dell'azione amministrativa e possono finanche sostituirsi all'amministrazione attiva, e la *review* che è appannaggio di organi giurisdizionali (la *Queens Bench Division* della *High Court*) e che realizza un controllo sull'azione amministrativa limitato alla sanzione della *illegality*, *irrationality* e *procedural impropriety*, e con possibilità di sindacare il merito dell'azione amministrativa solo nel caso in cui la pubblica amministrazione abbia fatto una scelta "*so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority*" (Cfr. Lord Greene in *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1 (10 November 1947), in www.bailii.org). Si legge, al proposito, in P. CANE, *Administrative Law*, Oxford, 2011, p. 4: "*French Law embodies a sharp distinction between public law and private law, largely because it has two sets of courts — administrative courts that deal with public-law matters and ordinary courts, the main business of which is adjudicating private-law disputes. In English law the distinction between public law and private law has traditionally been less sharply drawn than in French law. This is not because England lacks (specialist) public-law courts — most tribunals (notably the First-tier and Upper Tribunals) are effectively public-law courts. Rather the main reason is that the ordinary courts (in particular, the Queen's Bench Division of the High Court, as well as the Court of Appeal and the Supreme Court) have jurisdiction to deal with disputes of all types whether between citizen and citizen or citizen and government*". Di modo che si può senz'altro convenire con D. DE PETRIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 290, la quale sostiene che "*A cavallo degli anni Ottanta, gli sviluppi del judicial review britannico rappresentano un irreversibile momento di rottura di questi schemi e di avvicinamento del modello inglese ai sistemi continentali ... I successivi influssi comunitari intervengono quindi su un sistema non più disomogeneo, sotto questo profilo, rispetto a quelli continentali ...*".

(65) In merito alla *judicial review* riferito all'*administrative action* quale approssimazione del concetto di giustizia amministrativa, si veda R. CARANTA, *Judicial review*, in *Dig. disc. pubb.*, IX, Torino, 1994.

i contratti della pubblica amministrazione erano integralmente governati dal diritto privato, e in conseguenza di ciò la violazione dei principi che presiedendo all'esercizio dei pubblici poteri (*principles of judicial review*) non consentiva al privato contraente di ricorrere all'autorità giudiziaria.

Vi erano, per vero, voci dissonanti in dottrina (66), e, in effetti, vi erano state altresì sentenze che aprivano a un certo controllo giudiziario sulle scelte negoziali della pubblica amministrazione secondo i principi generali di diritto pubblico (67); ma si trattava di orientamenti isolati. La consuetudine interpretativa era nel senso che « *The traditional attitude of the English common law to making contracts is embodied in the phrase "freedom of contract": parties are entitled, subject to any relevant legal limitation, to make what contracts they like with whomever they choose, or not to contract at all This permissive approach of the common law has had some very important consequences. The first is that in general, the common law contracting power of the Crown has not been subject to judicial review* » (68).

La situazione è ovviamente mutata (ancorché la nuova disciplina si applichi solo agli appalti sovrasoglia) per l'effetto delle norme comunitarie in conseguenza delle quali sono state adottate delle *Public Contracts Regulations*. Invero, « *It's clear ... that central government procurement can be judicially reviewed for compliance with EU procurement rules, but not all the procurement is subject to this rules* » (69). Attualmente, dunque, le procedure di aggiudicazione dei contratti sopra soglia sono soggette a *judicial review*.

Ebbene, con riguardo alla legittimazione ad agire (*locus standi*) rispetto ai ricorsi giurisdizionali di diritto pubblico (*judicial review*), il *Supreme Court Act* del 1981 statuisce che « *no application for*

(66) S. ARROWSMITH, *Enforcing the EC Public Procurement Rules: The Remedies System in England and Wales*, (1992), 2, P.P.L.R., p. 95: «... the fact that contractual liability is governed by the ordinary law does not mean that it is inappropriate to apply administrative law doctrines to the exercise of contractual power...». Id., *Judicial Review and the Contractual Power of Public Authorities*, (1990) 106 L.Q.R., p. 291: «... it is difficult to see why the simple fact that the power in question is a contractual one should affect the scope of judicial review. It may be purely fortuitous whether a regulatory scheme involves a contractual relationship or whether it is carried out purely by unilateral regulation».

(67) *R. v. Lewisham B.C. ex parte Shell UK Ltd* [1988] 1 All E.R. 138, « *where a contracting decision was held to be unlawful under the "improper purposes" rule, as the authority was considered to have used the power of procurement for a purpose other than that for which it was conferred to it* ». La storica sentenza è commentata, tra i tanti, da D. STOTT, A. FELIX, *Principles of Administrative Law*, London, 1997, p. 104.

(68) P. CANE, *Administrative Law*, cit., p. 225.

(69) P. CANE, *op. cit.*, p. 226.

judicial review shall be made unless the leave of the High Court has been granted in accordance with the rules of the Court; and the court shall not grant leave to make such an application unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates”.

Quantunque il sistema di giustizia amministrativa inglese (dogmaticamente) s'inquadri tra quelli di giurisdizione soggettiva, nondimeno, la giurisprudenza stigmatizza “*[the] grave lacuna in our system of public law if a pressure group ... or event a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of locus standi from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped*” (70). Più in generale, il sistema inglese prevede che “*the fiduciary duty of local authorities to their taxpayer is reinforced by the rule of standing that local-tax payers as such have standing to challenge local authority spending decisions in court ...*” (71).

Insomma, ancorché nell'interpretazione di una norma che prescrive che il ricorrente abbia a dimostrare di avere un “*sufficient interest*”, la giurisprudenza sostanzialmente riconosce la legittimazione del *quisque de populo*: «*Whatever the justification for citizen standing it's clear that English law allow “citizen” or “public-interest” actions* » (72) (73).

In una fondamentale sentenza, sulla statuizione del giudice di primo grado che la ricorrente era “*a mere meddler and has no standing*”, e in relazione all'eccezione dei convenuti del fatto che “*the appellant lacks standing in relation to the proceeding, since she has*

(70) *R. v. Inland Revenue Commissioners, e p National Federation of Self-Employed and small Businesses Ltd* [1982] AC 617, 644 E-G, citato in M. FORDHAM, *Judicial review handbook*, London, 2008, p. 125.

(71) Cfr. P. CANE, *op. cit.*, p. 177.

(72) Cfr. P. CANE, *op. cit.*, p. 286.

(73) Vero è però che l'ampia latitudine assegnata al *locus standi* è controbilanciata dal meccanismo che subordina l'accesso alla *judicial review* all'autorizzazione discrezionale della Corte che può negare l'accessibilità al rimedio giurisdizionale, ancorché a un soggetto legittimato ad agire, in ragione di obiettive esigenze di interesse pubblico. Al riguardo si legge in *R v. Secretary of State for Trade and Industry, ex p Eastaway* [2000] 1 WLR, 2222, 2227H, citato in M. FORDHAM, *op. cit.*, p. 209: “*The requirement of permission to apply for judicial review is imposed primarily to protect public bodies against weak and vexatious claims*”. Afferma P. CANE, *op. cit.*, p. 307, che «*The general idea underlying the remedial discretion seems to be that a court should not award a judicial review remedy if to do so would cause (query serious) damage to the “public interest” such as would outweigh the injury which the claimant would suffer as a result of refusal of a remedy*». Nondimeno si è affermato che l'esercizio discrezionale di rifiutare l'esercizio dell'azione giurisdizionale “*ought to be sparingly exercised, so as not to encourage unlawfulness*”: Cfr. *R. v. Inner London Crown Court, ex p Sitki* [1994] COD 342, citato in M. FORDHAM, *op. cit.*, p. 35.

taken objections to the planning permission on grounds which are in themselves of no real concern to her”, il giudice d’appello ha statuito: “... it seems to me that there is an important distinction to be drawn between, on the one hand, a person who brings proceeding having no real or genuine interest in obtaining the relief sought, and on the other hand a person who, whilst legitimately and perhaps passionately interested in obtaining the relief sought, relies as ground for seeking that relief on matters in which he has no personal interest. I cannot see how it can be just to debar a litigant who has a real and genuine interest in obtaining the relief which he seeks from relying, in support of his claim for that relief, on grounds (which may be good grounds) in which he has no personal interest. It seems to me that a litigant who has a real and genuine interest in challenging an administrative decision must be entitled to present his challenge on all available grounds” (74).

Il problema della legittimazione al ricorso giurisdizionale per l’annullamento di provvedimenti amministrativi (e tra essi anche quelli del procedimento di evidenza pubblica per gli appalti sopra soglia) si pone, dunque, in modo assolutamente differente che nel nostro sistema. Quantunque in un ordinamento che (perlomeno dogmaticamente) si caratterizza come processo a tutela di situazioni giuridiche soggettive, la verifica della legittimazione si riassume in ciò che “*a mere busybody, a crank or a mischief maker does not have sufficient interest. However, the problem arises of distinguishing between preventing a busybody from interfering with other people’s affairs and the person who has no specific legal right to protect but has a genuine and reasonable concern with the matter at issue and its alleged illegality ...*” (75).

Ora è evidente la distanza siderale tra l’orientamento della giurisprudenza nazionale che giunge, persino, a escludere la legittimazione ad agire all’impresa concorrente che sia stata ammessa illegittimamente alla gara ma che avrebbe interesse a partecipare al nuovo appalto (76) e quello della giurisprudenza britannica che, invece, ostacola l’azione solo ai “*busybodies*”. Di modo che, anche

(74) D. POLLARD, *Neil Parpworth e D. Hughes, Constitutional and administrative law*, Oxford, 2007, p. 509.

(75) Cfr. *England and Wales Court of Appeal, Kides v. South Cambridgeshire District Council (case No: C 2001 2382)*, in www.bailii.org.

(76) Al proposito, E. M. BARBIERI, *Ricorsi reciprocamente escludenti ed ordine di esame delle questioni proposte*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 754, critica quell’orientamento giurisprudenziale sull’assunto che “*l’avvenuta partecipazione al procedimento amministrativo, anche se in forza di una ammissione illegittima, ma pur sempre allo stato esistente e produttiva di effetti,*

all'esito di questo confronto con il sistema anglosassone, risulta davvero difficile conciliare una simile liberale lettura delle condizioni dell'azione con la restrittiva definizione dei criteri di legittimazione ad agire nell'ambito del giudizio amministrativo sui procedimenti di evidenza pubblica di rilevanza comunitaria che ha da ultimo proposto il nostro Consiglio di Stato.

6. *La Klagebefugnis nella Vergabekammer (77).*

Il sistema processuale tedesco è probabilmente quello più fortemente centrato sulla protezione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente (78). Con più diretto riferimento all'ambito oggetto d'indagine, in Germania le controversie sugli appalti pubblici di rilevanza comunitaria sono disciplinate dalla legge in materia di restrizioni alla concorrenza *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB* (79), e, con riguardo alla legittimazione all'azione di annullamento degli atti di evidenza pubblica (80) (81), si legge nel §

constituisce l'elemento materiale del diritto di azione dal quale discende il titolo ad ottenere il controllo giurisdizionale, e cioè l'interesse a ricorrere".

(77) F. CORTESI e FEDERICO SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., p. 270, precisano che "In via di prima approssimazione, può dirsi che il procedimento davanti alla Vergabekammer, sebbene assimilabile per certi aspetti (attivazione ad istanza di parte, rigorosa salvaguardia del contraddittorio, neutralità ed imparzialità dell'organo decidente, principio inquisitorio) al processo davanti al giudice amministrativo, in realtà se ne differenzia, trattandosi di un procedimento amministrativo quasi giustiziale ... culminante con un provvedimento amministrativo suscettibile di impugnazione avanti all'OLG" [la Corte d'Appello del Land].

(78) Cfr. D. DE PETRIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 295. Afferma R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, cit., p. 261, che in origine coesistevano nei singoli Länder, due opposte concezioni della giustizia amministrativa, « il primo dei due sistemi concepisce la giurisdizione amministrativa come tutela dei diritti soggettivi, mentre il secondo la intende come "controllo in forma giustiziale dell'amministrazione" [ma ora la costituzione federale ..., le costituzioni dei singoli Stati membri ... e la legge sul processo amministrativo ... offrono una configurazione del sistema di giurisdizione amministrativa che esclude ogni possibilità di richiamo alla tesi del controllo giuridico dell'amministrazione ».

(79) P. M. HUBER, *L'europeizzazione del settore degli appalti pubblici in Germania*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, p. 86.

(80) F. CORTESI e FEDERICO SECCHI, *op. cit.*, p. 264, precisano che, in realtà, "l'atto con cui la stazione appaltante individua il vincitore della gara (Vergabeentscheidung o Zuschlag) non è considerato un vero e proprio atto amministrativo, ma rappresenta una mera manifestazione di volontà negoziale (Willenserklärung). Essa si fonde, per così dire, con l'atto con cui si conclude il contratto (Vertragsabschluss); sicché il primo riceve la qualità del secondo, ossia partecipa alla medesima natura giuridica di manifestazione dell'azione privatistica (fiskalisches Handeln) dello Stato".

(81) Le controversie sugli appalti pubblici sotto soglia sono attribuite alla giurisdizione civile in ragione del fatto che si tratta, comunque, di una manifestazione di autonomia negoziale. Si legga al riguardo E. FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione: dalla*

107: “Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht”.

La legittimazione (*Klagebefugnis*) all'azione di annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica di rilevanza comunitaria (dinanzi alla *Vergabekammer*) è, dunque, segnata dall'interesse alla conclusione del contratto (“*Interesse am Auftrag*”) e dall'affermazione della lesione di un proprio diritto (“*Verletzung in seinen Rechten*”).

Anche in questo caso si può, dunque, ben dire che si tratta di una giurisdizione a tutela delle situazioni giuridiche soggettive e non a presidio della legalità dell'agire della pubblica amministrazione.

Ma vi è di più: a differenza di quanto accade negli altri ordinamenti europei in precedenza esaminati, il legislatore tedesco delinea chiaramente due distinte condizioni dell'azione: l'interesse alla conclusione del contratto e la titolarità della situazione giuridica soggettiva lesa dalla violazione delle norme sull'evidenza pubblica; come appunto è nell'interpretazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, da ultimo, proposta dall'Adunanza Plenaria del 2011.

Ancora una volta vi è, però, da verificare come l'astratta affermazione di principio della legittimazione processuale solo di chi ha

ricerca del mercato alla ricerca delle regole, in ID., *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, cit., p. XIV. Nel medesimo volume collettaneo J. PIETZCKER, in *La nuova impostazione del diritto tedesco delle aggiudicazioni: alcuni aspetti di fondo*, p. 61, riferisce che “*Scopo delle disposizioni speciali sul procedimento di aggiudicazione degli appalti create per i soggetti pubblici era l'acquisto a prezzi vantaggiosi ed economici. La trasparenza del procedimento di gara pubblica serviva unicamente a questo scopo pubblico e non dava fondamento ad alcuna pretesa degli offerenti all'osservanza delle relative disposizioni*”. Al proposito il Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*) nella nota sentenza BverwG 6 B 10.07 del 2 maggio 2007, in www.bverwg.de, ha, infatti, risolto il dubbio interpretativo affermando che le controversie sull'aggiudicazione degli appalti pubblici sotto soglia, ai quali non si applicano le disposizioni dei §§ 97 della *GWB*, sono devolute all'autorità giudiziaria ordinaria (“*Gerichtsbareit gemäß § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift können Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, außer vor den Vergabeprüfstellen nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht (Oberlandesgericht) geltend gemacht werden. Diese Regelung gilt gemäß § 100 Abs. 1 GWB nur für Aufträge, welche die Schwellenwerte des § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung VgV) in der Fassung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 170) erreichen oder übersteigen. Das ist hier nicht der Fall (...) Nach diesen Grundsätzen ist (auch) für Streitigkeiten in Vergabeverfahren, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen, weil sie Aufträge unterhalb der Schwellenwerte betreffen, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet (...)*”).

interesse all'aggiudicazione dell'appalto e in relazione a quel suo interesse è stato leso nei suoi diritti si declina in concrete statuizioni giudiziarie.

Ebbene, la giurisprudenza amministrativa è nel senso che “*Wer einen Nachprüfungsantrag stellt, hat zur Voraussetzung seiner Antragsbefugnis darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Insoweit wird nicht verlangt, dass der Antragsteller nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte; andererseits ist insoweit auch nicht ausreichend irgendein möglicher Schaden; nach dem Normzweck erforderlich ist vielmehr eine gerade durch den gerügten Vergaberechtsverstoß verursachte Minderung der Chancen auf den Zuschlag*” (82). Non è, dunque, necessario dimostrare, ai fini della legittimazione a ricorrere, che se non si fosse verificata in suo pregiudizio la trasgressione delle norme sull'evidenza pubblica il ricorrente avrebbe ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto, ma non è nemmeno sufficiente la prova di un qualsiasi pregiudizio alla sua sfera giuridica, quanto piuttosto la dimostrazione della diminuzione delle possibilità di conseguire l'aggiudicazione del contratto.

Ciò ancorché la Corte costituzionale abbia affermato che l'interesse alla conclusione del contratto non è di per sé soltanto fattore di legittimazione al ricorso (“*Der Beschwerdeführer setzt sich insoweit weder mit den verfassungsrechtlichen Maßstäben noch mit dem einfachen Recht hinreichend auseinander. Seinem Vorbringen ist angesichts des dargestellten Meinungsstandes in Rechtsprechung und Schrifttum auch nichts dafür zu entnehmen, dass das Oberlandesgericht die Bedeutung der Rechtsschutzgewährleistung verkannt oder das einfache Recht willkürlich ausgelegt hätte. Allein der Umstand, dass an die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB grundsätzlich keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind und das Interesse am Auftrag im Sinne dieser Vorschrift weit auszulegen ist (vgl. BVerfGK 3, 355 <360 f.>), begründet noch keine geschützte Rechtsposition*” (83).

Perciò, quantunque l'interesse quale condizione dell'azione sia individuato nella partecipazione alla gara per l'aggiudicazione del

(82) Cfr. Oberlandesgericht Saarbrücken, 25 luglio 2007, 1 Verg 1/07, in www.rechtscentrum.de.

(83) Cfr. Bundesverfassungsgericht, 23 aprile 2009 n. 1 BvR 324/08, in www.bverfg.de.

contratto (“*Interesse am Auftrag*”) e sia nettamente distinto dalla legittimazione intesa quale titolarità della situazione giuridica lesa (“*Verletzung in seinen Rechten*”), e malgrado si affermi che al fine della legittimazione non è sufficiente l’interesse alla conclusione del contratto, nondimeno, non pare nemmeno all’uopo necessario risolvere con esito positivo un giudizio di prognosi postuma su ciò che sarebbe accaduto se non si fosse verificata la violazione delle norme di diritto pubblico di cui il ricorrente lamenta la violazione, essendo sufficiente che, in conseguenza di ciò, il ricorrente abbia subito il pregiudizio della perdita di *chance* di aggiudicarsi il contratto.

Dunque, l’arresto giurisprudenziale dell’Adunanza Plenaria sulle condizioni dell’azione si pone in una chiave di lettura, se è possibile, ancora più radicale di quella seguita nell’ordinamento tedesco, che, tra quelli esaminati, è certo quello più restrittivo in tema di legittimazione e probabilmente meno coerente con l’obiettivo di effettività dell’ordinamento europeo.

7. *Il problema della legittimazione processuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia.*

Come rilevato dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza *Van Gend en Loos* del 1963 “*La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri*” (84). E in coerenza a quel primo insegnamento e all’esito dell’attenta disamina della giurisprudenza che in quel solco si è inserita, autorevole dottrina sostiene che “*emerge ... come l’obiettivo primario della Corte non sia affatto la protezione dei singoli, bensì quello di garantire l’effettività del diritto comunitario*” (85). Ebbene, con precipuo riferimento al tema d’interesse, si è conseguentemente affermato che l’ampiezza della legittimazione processuale riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sia tale da caratterizzare il giudizio comunitario secondo il modello francese di tutela della legalità obiettiva (86).

(84) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos* c. *Administratie der Belastingen*.

(85) D.U. GALETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, cit., p. 23.

(86) Cfr. A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 398.

Quantunque quest'ultima affermazione sia probabilmente da ridimensionare (87), vero è, però, che il giudice comunitario risolve il problema della legittimazione all'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi delle istituzioni europee sulla base di un canone ermeneutico, espresso per la prima volta nella sentenza *Plaumann*, piuttosto permissivo.

Vi si afferma che « *l'art. 173, secondo comma, del Trattato [CEE] ammette in modo molto generico le impugnative dei singoli dirette contro le decisioni che, pur essendo destinate ad "altre persone", li riguardano direttamente e individualmente. Il senso di quest'espressione non è ulteriormente precisato né limitato. Il significato letterale delle parole e la connessione di esse giustificano la più ampia interpretazione. Se ciò non bastasse, le disposizioni del Trattato relative al diritto d'impugnazione non possono essere interpretate restrittivamente. Nel silenzio del Trattato, la disposizione di cui trattasi non può quindi essere intesa in senso limitativo ... Chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguardi individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stregua dei destinatari ...* » (88).

Malgrado, per quanto sopra esposto, si tratti di un criterio di legittimazione all'azione molto blando, nondimeno vi è una diffusa insofferenza rispetto ai limiti alla giustiziabilità di alcune situazioni giuridiche soggettive non direttamente coinvolte nell'esercizio del potere, che si traducono in un *vulnus* di tutela della legalità europea (89). E, invero, con la sentenza *Jégo-Quéré*, il Tribunale ha coraggiosamente tentato di superare la formula *Plaumann*, ricono-

(87) F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 199, sostiene che "il riconoscimento della piena legittimazione dei privati ad impugnare atti emanati dalle istituzioni rimane comunque questione ancora aperta e da più parti viene auspicato un ampliamento dei requisiti posti dall'attuale giurisprudenza". A. SAVINO, *Gli effetti della indistinzione tra funzione normativa e funzione amministrativa*, in S. STICCHI DAMIANI - FRANCESCO VETRÒ (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 131, bene riferisce di come il ridimensionamento del presupposto della legittimazione ad agire sia oggetto di alterne vicende giurisprudenziali.

(88) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 15/7/1963, causa C-25/62, *Plaumann c. Commissione*.

(89) Cfr. P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, cases and materials*, Oxford, 2011, p. 485 ss. A. DEFOSSEZ, *L'effet des arrêts de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, in G. DE LEVAL, F. GEORGES, *L'effet de la décision de justice (contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal)*, Liège, 2008, p. 51, sostiene che "Cette solution, qui prive — à de rares exceptions près — les personnes physiques et morales de tout recours contre les actes à portée générale, constitue l'une des questions les plus controversées du droit communautaire".

scendo la possibilità di ricorrere per l'annullamento ai singoli che, ancorché non direttamente coinvolti, risultassero privi, sia a livello nazionale sia a livello comunitario, della possibilità di contestare la legittimità di atti di rilevanza generale che avessero nondimeno incidenza pregiudizievole sulla loro sfera giuridica (90). Quantunque il *revirement* giurisprudenziale fosse fondato sul richiamo al principio di effettività della tutela giurisdizionale e sull'elemento oggettivo della mancanza di altre tutele, la Corte di giustizia, con sentenza 1 aprile 2004, ha però annullato la pronuncia del Tribunale nel caso *Jégo-Quére* (91); e, in seguito a ciò, lo stesso Tribunale, benché fosse

(90) Cfr. Tribunale, sentenza 3 maggio 2002, causa T-147/97, *Jégo-Quére c. Commissione*, ove, appunto, si legge: "A tal proposito, si deve rammentare che la Corte stessa ha affermato che l'accesso alla tutela giurisdizionale è uno degli elementi costitutivi di una comunità di diritto e che esso è garantito all'interno dell'ordinamento giuridico basato sul Trattato CE dal fatto che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni ... La Corte fonda sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sugli artt. 6 e 13 della CEDU il diritto ad un'azione effettiva dinanzi ad un giudice competente ... Il diritto ad un'azione effettiva per ogni soggetto i cui diritti e la cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati è stato inoltre riaffermato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 ... Si deve quindi verificare se, in una causa come quella in esame, nel cui ambito un singolo contesta la legittimità di disposizioni di portata generale che incidono direttamente sulla sua sfera giuridica, l'irricevibilità del ricorso di annullamento priverebbe la ricorrente del diritto ad un'azione effettiva. ... Sulla base di quanto precede, è giocoforza concludere che i procedimenti previsti agli artt. 234 CE, da un lato, e 235 CE e 288, secondo comma, CE, dall'altro, non possono più essere considerati, alla luce degli artt. 6 e 13 della CEDU e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, idonei a garantire ai singoli un diritto di azione effettivo che permetta loro di contestare la legittimità di disposizioni comunitarie di portata generale direttamente incidenti sulla loro sfera giuridica. Certo, una simile circostanza non può autorizzare una modifica del sistema dei rimedi giurisdizionali e dei procedimenti stabilito dal Trattato e diretto ad attribuire al giudice comunitario il sindacato della legittimità degli atti delle istituzioni. In nessun caso essa consente di dichiarare ricevibile un ricorso di annullamento proposto da una persona fisica o giuridica che non soddisfa le condizioni prescritte dall'art. 230, quarto comma, CE ... Si deve tuttavia sottolineare che ... nessun motivo imperioso consente di sostenere che la nozione di persona individualmente interessata da una decisione ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE comporti l'obbligo per un singolo che intenda impugnare un atto di portata generale di essere identificato alla stessa stregua di un destinatario. Di conseguenza, e tenendo conto del fatto che il Trattato CE ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso ad affidare al giudice comunitario il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni ..., si deve riconsiderare l'interpretazione restrittiva, sinora adottata, della nozione di persona individualmente interessata da una decisione ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE. Alla luce di quanto precede, e al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei singoli, una persona fisica o giuridica deve ritenersi individualmente interessata da una disposizione comunitaria di portata generale che la riguarda direttamente, ove la disposizione di cui trattasi incida, in maniera certa ed attuale, sulla sua sfera giuridica limitando i suoi diritti ovvero imponendole obblighi".

(91) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 1 aprile 2004, causa C-263/02, *Commissione c. Jégo-Quére*, ove si legge: "... in conformità del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 CE, i giudici nazionali sono tenuti, per quanto possibile, ad interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto

stato esplicitamente sollecitato a rimettere in discussione la formula *Plaumann* in funzione di un diritto d'azione effettivo, con sentenza 16 febbraio 2005, nel caso *Fost Plus* (92), ha confermato che la presunta mancanza di un diritto d'azione effettivo non può essere impiegata per forzare i limiti dell'art. 230 del Trattato CE (ora 263 TFUE), che rappresentano un punto di equilibrio fra le competenze dell'Unione e quelle degli Stati membri.

Quantunque si tratti di giurisprudenza criticata per un approccio ermeneutico ingiustamente restrittivo della legittimazione all'azione (93), tuttavia « *the traditional Plaumann approach is therefore not*

comunitario di portata generale, eccettuando l'invalidità di quest'ultimo ... Tuttavia, un ricorso di annullamento dinanzi al giudice comunitario non può essere esperibile da un singolo che intenda impugnare un atto di portata generale quale un regolamento che non lo riguardi individualmente in modo analogo a un destinatario, ancorché fosse possibile dimostrare, in esito a un esame concreto da parte del detto giudice delle norme procedurali nazionali, che queste ultime non autorizzano il singolo ad intentare un'azione che gli consenta di contestare la validità dell'atto comunitario impugnato. Infatti, un sistema del genere richiederebbe che, per ogni caso specifico, il giudice comunitario esamini ed interpreti il diritto processuale nazionale, il che esulerebbe dalla sua competenza nell'ambito del controllo della legittimità degli atti comunitari ...».

(92) Cfr. Tribunale, ordinanza 16 febbraio 2005, causa T-142/03, *Fost Plus c. Commissione*, ove si legge: «Il Tribunale rileva al riguardo che, come la Corte ha dichiarato nelle sue sentenze *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio ... e Commissione/Jégo-Quéré ...* mediante gli artt. 230 e 241, da un lato, e l'art. 234, dall'altro, il Trattato CE ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, affidandolo al giudice comunitario ... Nell'ambito di tale sistema, non potendo impugnare direttamente, a causa dei requisiti di ricevibilità di cui all'art. 230, quarto comma, CE, gli atti comunitari di portata generale, le persone fisiche o giuridiche hanno la possibilità, a seconda dei casi, di far valere l'invalidità di tali atti, vuoi in via incidentale in forza dell'art. 241 CE, dinanzi al giudice comunitario, vuoi dinanzi ai giudici nazionali e di indurre questi ultimi, non competenti ad accertare direttamente l'invalidità di tali atti ..., a rivolgersi al riguardo alla Corte in via pregiudiziale. Oltre al fatto che spetta, secondo la Corte, agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ..., la Corte ha altresì dichiarato che un'interpretazione delle norme di ricevibilità sancite all'art. 230 CE, secondo la quale il ricorso di annullamento dovrebbe essere dichiarato ricevibile qualora sia dimostrato, in esito ad un esame concreto da parte del giudice comunitario delle norme procedurali nazionali, che queste ultime non autorizzano il singolo ad intentare un'azione che gli consenta di contestare la validità dell'atto comunitario impugnato, non è ammissibile. Un ricorso diretto di annullamento dinanzi al giudice comunitario non potrebbe essere proposto nemmeno se si potesse dimostrare, dopo un esame concreto da parte di quest'ultimo delle norme processuali nazionali, che queste norme non autorizzano il singolo a intentare un'azione che gli consenta di mettere in discussione la validità dell'atto comunitario contestato ... Infatti, un sistema del genere richiederebbe che, per ogni caso specifico, il giudice comunitario esamini ed interpreti il diritto processuale nazionale, il che esulerebbe dalla sua competenza nell'ambito del controllo della legittimità degli atti comunitari Infine, in ogni caso, la Corte ha chiaramente stabilito ...che per quanto riguarda il requisito dell'interesse individuale imposto dall'art. 230, quarto comma, CE, anche se quest'ultimo dev'essere interpretato alla luce del principio di una tutela giurisdizionale effettiva ..., tenendo conto delle diverse circostanze atte ad identificare un ricorrente, tale interpretazione non può condurre ad escludere il requisito medesimo, espressamente previsto dal Trattato, senza eccedere le competenze attribuite da quest'ultimo ai giudici comunitari».

(93) Cfr. M. SLOTBOOM, *A comparison of WTO and EC Law. Do different treaty objectives and purposes matter for treaty interpretation?* Bruxelles, 2005, p. 207, ove si legge: «In

so much based on the distinction of open and closed class, but should be perceived as a way of preventing individuals from challenging regulations in substance thereby creating an “almost insurmountable barrier” to accessing the Community Courts under Article 230(4). Following this approach a private party is only individually concerned where it belongs to a closed class and pursued a particular course of action creating a causal link between the measure and the situation of the applicant. In other words, a private party is considered to be individually concerned where the act has to be regarded as a decision in substance, as the act was adopted on the basis of and with exclusive application to the situation of specific individuals. It should also be noted that, contrary to what has been suggested, it does not appear that modification of an individual right is necessary to establish individual concern » (94).

La formula *Plaumann* individua, dunque, quale esclusivo fattore di legittimazione all'azione giudiziaria la lesione di una qualsiasi concreta relazione di fatto tra il soggetto che agisce in giudizio e il bene della vita su cui incide il provvedimento dell'autorità, ancorché quella particolare relazione non sia definita dall'ordinamento giuridico quale situazione giuridica soggettiva. Di modo che, all'interno del sistema di giustizia europeo, l'interesse ad agire (personale, attuale e concreto, come dev'essere nella definizione giurisprudenziale dell'art. 100 c.p.c.) riassume in sé anche il ruolo che nel nostro ordinamento processuale è, invece, assegnato alla legittimazione, quale distinta condizione dell'azione.

Anche a livello comunitario, ove peraltro già si avverte la necessità di ampliare la legittimazione processuale in funzione di una maggiore effettività della tutela giudiziaria in accordo a una “*more liberal fashion*” (95), si esprime, perciò, un concetto di legittimazione

practice, the Plaumann formula has been applied very narrowly by the European courts. The strict approach adopted by the ECJ with regard to the notion of individual concern in relation to private parties ... has given rise to much criticism. Attempts ... by both the ECJ in Jégo-Quére and Advocate-General Jacobs in Unión de Pequeños Agricultores to overcome this criticism by relaxing the notion of individual concern were not followed by the ECJ in Unión de Pequeños Agricultores and the appeal in Jégo-Quére. In these cases, the ECJ reaffirmed its previous case law and stated that a regulation can only be of individual concern to private applicants if they meet the criteria set out in the above mentioned Plaumann formula”.

(94) Cfr. A.H. TÜRK, *Judicial review in EU Law*, Cheltenham, 2009, p. 67.

(95) Cfr. A.H. TÜRK, *op. cit.*, p. 75, il quale appunto descrive “*Four areas ... in which the Community Courts have applied the Plaumann formula in a more liberal fashion. The first area comprises cases in which the individual enjoys procedural rights in the adoption of an act. In the second category the individual enjoys a specific substantive protection of its legal position. The third and fourth concern respectively cases in which the Court has found that the act affected*

processuale difficilmente conciliabile con quello oltremodo restrittivo, e certo reazionario, da ultimo sostenuto dalla nostra Adunanza Plenaria.

A ogni buon conto, al riguardo vi è altresì da considerare che il rifiuto della Corte di giustizia di superare la formula *Plaumann* si giustifica in ragione degli *obiter dicta* della sentenza *Unión de Pequeños Agricultores*, ove significativamente si legge: “... la Comunità europea è una comunità di diritto nella quale le relative istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti al Trattato e ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali. Pertanto, i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall’ordinamento giuridico comunitario, poiché il diritto a detta tutela fa parte dei principi giuridici generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tale diritto è stato anche sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali ... Orbene, mediante gli artt. 173 e 184 del Trattato CE (divenuto art. 241 CE), da un lato, e l’art. 177, dall’altro, il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, affidandolo al giudice comunitario... Nell’ambito di tale sistema, non potendo, a causa dei requisiti di ricevibilità di cui all’art. 173, quarto comma, del Trattato, impugnare direttamente atti comunitari di portata generale, le persone fisiche o giuridiche hanno la possibilità, a seconda dei casi, di far valere l’invalidità di tali atti, vuoi in via incidentale in forza dell’art. 184 del Trattato, dinanzi al giudice comunitario, vuoi dinanzi ai giudici nazionali e di indurre questi ultimi, che non sono competenti ad accertare direttamente l’invalidità di tali atti ..., a rivolgersi al riguardo alla Corte in via pregiudiziale. Pertanto, spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva” (96).

Dimodoché i limiti alla legittimazione all’azione di annullamento in sede comunitaria si giustificano (e si ritengono ammissibili) sulla

the individual by virtue of its specific economic effects or by its specific effects on rights. In all these areas the Court has recognised individual concern to exist in certain circumstances and has thereby considerably widened the scope of the Plaumann formula beyond its classical application”.

(96) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*.

base dell'assunto che il *vulnus* di tutela giudiziale a livello comunitario debba comunque essere recuperato in sede periferica, enfatizzando il ruolo del giudice nazionale quale giudice decentrato del diritto comunitario. E, allora, la formula *Plaumann* conduce semmai a ridurre, piuttosto che a giustificare, i margini di manovra di una legislazione nazionale (e vieppiù di un'interpretazione giurisprudenziale) che abbia a restringere la legittimazione ad agire di chi si ritenga leso da provvedimenti viziati per violazione delle norme europee.

8. *Facciamo il punto* (97) (*Der Kampf ums Recht, ovvero il principio di effettività delle norme europee*).

Si legge nella fondamentale opera di Jhering: “*Law is an uninterrupted labour, and not of the state power only, but of the entire people. The entire life of the law, embraced in one glance, presents us with the same spectacle of restless striving and working of a whole nation ... Every individual placed in a position in which he is compelled to defend his legal rights, takes part in the work of the nation, and contributes his mite towards the realization of the idea of law on earth*” (98).

Trasferendo il concetto dalle astratte considerazioni di principio al problema concreto dell'individuazione del fattore di legittimazione processuale, si è affermato che « *Un tel état de droit en fait à des justiciables soucieux de “combattre pour le droit” (il n'est, et d'ingénieux) de larges possibilités de saisir utilement le Judge administratif pour assurer, autant (sinon plus) la sauvegarde de la légalité, que la satisfaction de leurs intérêts personnels* » (99).

Quantunque nel panorama europeo dei sistemi di giustizia amministrativa convivano due concezioni del processo — una prima, di tutela oggettiva, di garanzia della legalità dell'azione amministrativa nell'interesse collettivo; l'altra, di tutela soggettiva, focalizzata sulla

(97) Cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, cit., p. 140, che icasticamente si richiama al vocabolario marinaro, — immagino — a significare come sia, talvolta, difficile navigare nelle acque agitate del diritto amministrativo europeo, in ciò volendosi individuare la conformazione del diritto nazionale a quello europeo.

(98) Cfr. R. JHERING, *Der Kampf ums Recht*, nella traduzione inglese *The Struggle for Law* (di J. H. Lalor), Chicago, 1915, p. 2.

(99) Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 469.

protezione delle situazioni giuridiche soggettive (100) — è indubitabile però che il processo amministrativo realizza, senz'altro, in ogni Stato membro, anche un interesse obiettivo alla salvaguardia della legalità dell'azione dei pubblici poteri oltretutto di tutela della situazione giuridica soggettiva coinvolta nel disfunzionale esercizio d'una pubblica potestà (101).

Nel settore (le procedure di evidenza pubblica nell'assegnazione degli appalti) che ci interessa, il sistema di giustizia amministrativa europeo (per tale volendosi intendere l'insieme degli ordinamenti degli Stati membri tra loro collegati — secondo i principi *Rewe* di effettività e di equivalenza — dal criterio d'interpretazione conforme delle norme di diritto nazionale e, se possibile, dall'estensione delle norme processuali da uno all'altro degli ordinamenti nazionali, operando l'*analogia iuris* sui principi di diritto comunitario) realizza l'ideale jheringhiano di uno stato di diritto ove le singole persone, nel difendere i propri interessi, contribuiscono altresì alla realizzazione concreta del precetto astratto della legge.

Come bene si è detto nell'ordinamento anglosassone: “... *the rules governing who may initiate and intervene in judicial review proceedings are generous and permissive, suggesting that judicial should be understood as a mechanism for protecting the interest not merely of individuals directly affected by the administrative action but also of stakeholders more generally and even of the public at large ...*” (102). Ma ciò è possibile solo alla condizione di far scivolare la

(100) Cfr. F. SAIITA, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 238. D. AMIRANTE e F. ROSI, *La giustizia amministrativa in Francia*, in G. RECCHIA (a cura di) *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, cit., p. 157, (con riguardo all'ordinamento francese ma a valere universalmente) riassumono sinteticamente la contrapposizione tra i due processi nel seguente modo: “Per *contentieux objectif* si intende quello in cui il ricorrente pone una questione di diritto oggettivo, vale a dire della legalità (in senso generale); in relazione a tale azione possono essere fatti valere unicamente motivi di illegittimità. Per *contentieux subjectif* si intende invece quell'insieme di controversie riguardanti i diritti soggettivi e le situazioni giuridiche soggettive, nonché i rapporti contrattuali. Una felice espressione sintetizza tale criterio di classificazione come una contrapposizione fra contenzioso relativo al Diritto e contenzioso relativo ai diritti”.

(101) Cfr. A. SERIO, *La buona amministrazione nelle esperienze nazionali*, cit., p. 45, ove, appunto, si legge che “la tutela dell'interesse del singolo è da un lato valido strumento di controllo dell'operato della pubblica amministrazione e, dall'altro, determina un generale miglioramento del funzionamento dell'amministrazione”.

(102) Cfr. P. CANE, *Administrative Law*, cit., p. 277. Si è al proposito affermato da F. GOISIS e S. VALAGUZZA, *Il recepimento della direttiva 66/2007/EC nel Regno Unito*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 330 che “Una certa flessibilità nel concepire lo *standing* dipende anche dal fatto che esso riprende la tradizione del *judicial review* che è una giurisdizione volta ad affermare, insieme, le ragioni dell'interesse pubblico e quelle del privato ricorrente, per cui un rilievo determinante viene attribuito non solo (e non tanto) alla posizione di reale disagio del privato, quanto all'interesse

legittimazione processuale sul piano inclinato di un'interpretazione funzionalizzata all'effetto utile dell'effetto diretto dal livello dogmatico dei principi ispiratori del processo a quello degli strumenti in concreto volti a selezionare chi intende promuovere un processo amministrativo, con la finalità, di carattere eminentemente pratico, di impedire ai “*busybody from interfering with other people's affairs*” (103), da un lato, e di evitare che “*le grand nombre de requérants potentiels n'est pas un obstacle à la recevabilité du recours*” (104), dall'altro.

Orbene, se in Francia, ci s'interroga sulla possibilità di interpretare il “*déféré préfectoral [in ragione del quale] le préfet défère au tribunal administratif les actes administratifs des autorités décentralisées qu'il estime contraires à la légalité*” come istitutivo di un obbligo di agire, donde “*il este tenu d'en demander l'annulation s'il les [actes] estime illégaux*” (105), e se in quel sistema vi sono addirittura aperture a riconoscere la legittimazione ad agire ai “*contribuables de l'État, demandent l'annulation de mesures susceptibles de provoquer des dépenses à la charge de l'État et, par suite, d'accroître leurs obligations fiscales*” (106), ponendo in tal modo le basi di una sorta di azione popolare, e se parimenti nel sistema inglese costituisce *ius receptum* l'affermazione della legittimazione a impugnare gli atti di evidenza pubblica a un “*single public-spirited taxpayer*” (107), risulta davvero difficile far convivere in quel medesimo sistema giuridico (quello dell'Unione europea) un'interpretazione della legittimazione processuale che induca a negare l'azione giudiziaria all'impresa che pure abbia partecipato a una procedura di evidenza pubblica ma che, in virtù d'un errore commesso nella predisposizione degli atti di gara, ad altro non possa aspirare se non alla ripetizione della gara stessa; com'è appunto nella più recente interpretazione del Consiglio di Stato (108).

generale a ripristinare la legalità e la fairness nelle condotte di soggetti la cui azione è diretta al perseguimento di scopi pubblici”.

(103) Cfr. *England and Wales Court of Appeal, Kides v. South Cambridgeshire District Council (case No: C 2001 2382)*, in www.bailii.org.

(104) Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 495.

(105) Cfr. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 376.

(106) Cfr. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 495.

(107) *R. v. Inland Revenue Commissioners, e p National Federation of Self-Employed and small Businesses Ltd* [1982] AC 617, 644 E-G, citato in M. FORDHAM, *Judicial review handbook*, cit., p. 125.

(108) Si consideri al riguardo che — come bene evidenziato da J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European administrative law*, cit., p. 1222 — “*Those principles were*

Nella considerazione di ciò, quantunque appartenga all'autonomia procedurale degli Stati membri di valutare se costruire il proprio sistema di giustizia amministrativa in senso oggettivo (a tutela della legittimità dell'azione amministrativa) piuttosto che soggettivo (a tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese), là dove la gran parte dei sistemi si preoccupa, attraverso la selezione dei ricorrenti, di impedire l'azione giudiziaria solo a chi nessun interesse, nemmeno indiretto (a tal fine valorizzando anche quello del mero contribuente locale al perseguimento dell'efficacia della spesa pubblica), abbia alla decisione della controversia in esame, è coerente con il principio di effettività e soprattutto con il conseguente principio d'interpretazione conforme l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria che nega la legittimazione processuale anche a chi (l'impresa esclusa dalla gara in virtù dell'accoglimento di un ricorso giurisdizionale) ha un sicuro interesse, quantunque solo strumentale, alla decisione della vicenda dedotta in giudizio? Non è che il principio di effettività debba, invece, essere declinato nei diversi sistemi con l'affermazione della "Lotta per il diritto" consentendo il dispiegarsi della funzione del diritto attraverso il riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio nei confronti degli atti della pubblica amministrazione a chi non sia un mero "busybody"? E allora, se si legge il principio di effettività come consacrazione del fondamentale "*Der Kampf ums Recht*", si dovrà tenere nella doverosa considerazione che "*il contenuto e lo scopo del diritto è ... l'interesse, anziché il principio puramente formale di una volontà indifferente ai bisogni concreti della vita*" (109). Di modo che se si depotenzia l'interesse delle imprese che partecipano agli appalti al dato fenomenologico di un mero coinvolgimento di fatto privo di giuridica rilevanza, in realtà, si finisce con lo svilire la stessa norma di legge (che senza interesse non è capace di sopravvivere e soprattutto non è capace di sviluppare la sua capacità conformativa delle scelte dei privati). Ciò con chiara ed evidente trasgressione del principio di effettività (110), che è posto a

determined and shaped by the Court of Justice by way of an evaluative comparison of laws. This method allowed the Court of Justice to accept a general principle at Community level without requiring that the respective legal rule or legal principle already exists in all Member States".

(109) Cfr. F. VIOLA, *R. Von Jhering e la conoscenza del dritto*, in *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, p. 36.

(110) M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., p. 86, significativamente rammenta "*l'andamento storico del principio di effettività: nato nel diritto internazionale per l'accertamento dell'esistenza e dei poteri di uno Stato o di un governo, esso transita al diritto amministrativo tra Ottocento e Novecento per indicare il concreto potere di imperio dell'ammi-*

presidio della necessità di garantire l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee, perché — com'è noto — le norme di diritto sostanziale del diritto comunitario, quantunque dotate dell'effetto diretto e della forza del primato, nondimeno necessitano della collaborazione dei giudici nazionali, operanti come “*organi decentranti della giurisdizione comunitaria*” (111), per poter conseguire una piena esplicazione dei loro effetti (112).

9. *La giurisprudenza della Corte di giustizia di codifica dei principi Rewe: equivalenza ed effettività.*

La fondamentale sentenza *Rewe* ha individuato per la prima volta i limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri, inaugurando, oltre trent'anni fa, un percorso interpretativo che non è più stato abbandonato. Vi si legge, con riferimento al principio di equivalenza, che “*secondo il principio della collaborazione ... è ai giudici nazionali che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta [e] in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale*” (113), e, con riguardo a quello di effettività, che “*i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini ren-*

nistrazione e gradualmente, dall'essere sostegno del potere amministrativo, diviene supporto delle garanzie effettive degli amministrati: la trasformazione si compie nella seconda metà del Novecento”.

(111) Cfr. A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 17.

(112) Cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, cit., p. 20.

(113) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*. Da ultimo, con sentenza 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, il principio è stato ricostruito nel seguente modo: “*Per quanto riguarda il principio di equivalenza, va rammentato che, secondo una giurisprudenza costante, esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno ...*”.

dessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare" (114).

Il principio di effettività è ora codificato dall'art. 19 del TUE, ove, appunto, si afferma che *"Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dall'Unione"*, e nel particolare settore (quello dei pubblici appalti) che ci interessa si concretizza nella prescrizione dell'art. 1. della Direttiva 2007/66/CE che obbliga *"Gli Stati membri [ad adottare] i provvedimenti necessari per garantire che ... le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace ... sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono"*. Il principio di equivalenza, per quanto non con diretto riferimento alle norme processuali ma con prescrizione di carattere generale, è codificato all'art. 18 del TFUE, ove, appunto, è affermato che *"Nel campo di applicazione dei trattati ... è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità"*.

Gli astratti principi *Rewe* si sono tradotti in prescrizioni (tali devono intendersi le sentenze della Corte di giustizia) specifiche sulla legittimazione all'azione, con l'affermazione che *"... anche se in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto comunitario richiede tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale ... Inoltre, spetta ai giudici nazionali interpretare le modalità procedurali applicabili ai ricorsi di cui essi sono investiti, quali l'esigenza di un rapporto giuridico concreto tra il ricorrente e lo Stato, per quanto possibile in modo tale che dette modalità possano ricevere un'applicazione che contribuisca al perseguimento dell'obiettivo ... di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario "* (115).

Giunti a questo punto, si tratta ora di riallacciare le fila del discorso. Vi è, infatti, da valutare, da un lato, come il principio di effettività di cui alla giurisprudenza *Rewe* si riverberi sull'autonomia processuale degli Stati membri, con riferimento al tema specifico dell'individuazione delle condizioni dell'azione giudiziaria a tutela di situazioni giuridiche soggettive euro-sensibili, e, dall'altro, come in

(114) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa C-33/76, cit.

(115) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*.

tale ambito eventualmente converga anche l'effetto osmotico delle norme processuali vigenti negli altri ordinamenti di giustizia amministrativa.

10. *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea (ancorché non sia un paradiso perduto).*

Si è autorevolmente sostenuto che « ... *l'autonomia procedurale degli Stati membri è soggetta alle continue incursioni della Corte di giustizia comunitaria che, con la sua giurisprudenza, ha delineato progressivamente i limiti di quella che si è qui identificata come una "competenza procedurale funzionalizzata" degli Stati membri: astretta, com'è, fra i vincoli che gli scaturiscono dai due criteri Rewe della parità di trattamento e dell'effettività, riletti alla luce del dovere di interpretazione conforme* » (116).

Ciò affermato con riguardo all'autonomia procedurale in generale, con riferimento, invece, a quella sua particolare espressione che è l'autonomia processuale, vi è di più. Dovendo operare il giudice nazionale come giudice decentrato dell'ordinamento comunitario, e quindi come organo di un più complesso sistema di giustizia sovranazionale, vi è un più invasivo elemento che incide sull'autonomia procedurale degli Stati membri in chiave euro-funzionale. Si tratta della conformazione dei diritti nazionali alla *lex alius loci*, quantomeno, riguardo a quegli aspetti del processo (e tra essi senz'altro vi rientra la legittimazione ad agire in giudizio) suscettivi di definire la funzione giurisdizionale. Solo in tal modo, infatti, è possibile assicurare il fondamentale principio della parità di tutti gli amministrati, quale che sia la loro nazionalità, di fonte alla legge.

Ogni qual volta è implicata nel processo una situazione giuridica soggettiva di derivazione comunitaria, il principio di effettività della funzione giurisdizionale (l'orientamento del processo in funzione dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee) esige che sia sempre consentito al privato, quantunque solo per mezzo del rinvio pregiudiziale, di poter accedere alla Corte di giustizia. E, al proposito, si è visto come la giurisprudenza europea negli talvolta l'accesso diretto dei privati al processo comunitario ai sensi dell'art.

(116) Cfr. D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 136.

263 TFUE, sul presupposto che quell'apparente difetto di tutela sia poi recuperato attraverso il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Rispetto al problema di individuare la latitudine dell'autonomia procedurale degli Stati membri in merito alla qualificazione della legittimazione processuale, la giurisprudenza comunitaria è, però, rilevante principalmente per ciò che nega piuttosto che per quanto afferma.

Al fine della nostra indagine, sono più interessanti i contorni, per così dire, esterni del perimetro della legittimazione processuale all'azione di annullamento *ex art. 263 TFUE* piuttosto che il contenuto di tale legittimazione. E ciò perché la giurisprudenza comunitaria delinea l'autonomia processuale degli Stati membri in funzione inversa al deficit di effettività della giustizia somministrata. Sicché, l'indagine sulla misura dell'autonomia processuale degli Stati membri è un problema inverso (117): si tratta di una grandezza non misurabile se non in via indiretta attraverso il rilevamento del grado di effettività del processo. Ma come tutti i problemi inversi si tratta di un c.d. problema mal posto, nel senso che non esiste una soluzione unica del problema: com'è nel celebre mito della caverna di Platone, infiniti oggetti possono avere la stessa ombra sul muro. Fuori di metafora, ogni singolo ordinamento nazionale risponde in modo differente al problema della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive euro-sensibili (e quindi può autonomamente scegliere le regole del proprio processo), purché però sia sempre uguale il grado di effettività della giustizia complessivamente somministrata al soggetto leso.

Ciò che è reso evidente nella motivazione della sentenza *Salamander*, ove, appunto, si afferma che “*il principio della parità di tutti gli amministrati per quanto riguarda i presupposti per adire il giudice comunitario mediante ricorso di annullamento postula che tali presupposti non dipendano da circostanze proprie del sistema giurisdizionale di ciascuno Stato membro [sicché], in forza del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 5 del Trattato, gli Stati membri*

(117) R. Guzzi, *Introduzione ai metodi inversi*, Milano, 2012, in prefazione, al proposito, così si esprime: “*il problema diretto è quello di calcolare l'output dato dall'input convoluto con la descrizione matematica del sistema. Il goal del problema inverso è quello di determinare l'input o il sistema che danno luogo all'output misurato*”. Nel caso concreto, si tratta di misurare l'autonomia processuale (input) a partire dal grado di effettività (output).

sono tenuti a contribuire a realizzare il sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti istituito dal Trattato CE e inteso ad affidare al giudice comunitario il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie” (118), e nella sentenza *Unión de Pequeños Agricultores*, ove è affermato che: “... in conformità al principio di leale collaborazione sancito dall’art. 5 del Trattato, i giudici nazionali sono tenuti, per quanto possibile, ad interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l’esercizio delle azioni in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all’applicazione nei loro confronti di un atto comunitario di portata generale, eccettuando l’invalidità di quest’ultimo” (119).

Sicché “*the degree of judicial protection available to an individual is made dependent on the ability and creativity of the national judge to provide such a remedy*” (120).

Di più, in conseguenza di quanto affermato nella sentenza *British American Tobacco* (121), con la quale si è consentito a un privato di contestare la validità di una direttiva nell’ambito di una controversia dinanzi a un giudice nazionale prima della scadenza del termine fissato per la sua trasposizione e in mancanza di provvedimenti di recepimento adottati nell’ordinamento nazionale, vale a dire dunque di un atto sostanzialmente ancora non efficace nell’ordinamento nazionale, ancorché in tal modo si sarebbe consentito di eludere le disposizione dell’art. 230 del Trattato CE (ora 263 TFUE), si è addirittura sostenuto che la giurisprudenza della Corte di giustizia imporrebbe ora ai giudici nazionali l’obbligo di assicurare rimedi effettivi che consentano ai privati di censurare atti comunitari ogni

(118) Cfr. Tribunale, sentenza 27 giugno 2000, causa T-172/98, *Salamander c. Parlamento e Consiglio*.

(119) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*.

(120) Cfr. K LENAERTS e T. CORTHAUT, *Judicial Review and European Constitutionalism*, in T. TRIDIMAS - P. NEBBIA, *European Union Law for the Twenty-first Century*, Oxford, 2004, 1, p. 29. Analogamente, F. BERROD, F. MARIATTE, *Le pourvoi dan l’affaire Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil: le retour de la procession d’Echternach*, in *Europe*, 2002, 12, p. 7.

(121) Cfr. Corte di giustizia, sentenza 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*.

qual volta costoro difettino di legittimazione per impugnare gli stessi dinanzi al giudice comunitario (122).

Ebbene, ancorché il principio generale dell'ordinamento europeo non sia il minimo comune denominatore delle regole nazionali, certo è che quell'*idem sentire* dei più significativi ordinamenti processuali nazionali è, quantomeno, rappresentativo del concreto grado di effettività del sistema processuale europeo nel suo complesso. Vi è, infatti, da considerare che il principio di effettività, per così come delineato dalla giurisprudenza comunitaria, non costituisce un obiettivo statico individuato una volta per tutte dalla norma europea, un valore per così dire assoluto, bensì un traguardo dinamico che la giurisprudenza della Corte di giustizia sospinge di volta in volta in avanti per migliorare le prestazioni complessive del sistema. E, allora, ben si può affermare che, se dall'alto, l'autonomia processuale degli Stati membri è conformata dalla sempre più compiuta dottrina *Rewe*, dal basso quell'evoluzione è sospinta dalla contaminazione orizzontale tra gli ordinamenti, secondo il procedimento di osmosi interstatuale che costituisce l'effetto dell'apertura laterale alla *lex alius loci*.

Poiché il principio di parità degli amministrati di fronte alla legge esige l'uniformazione, oltreché della norma sostanziale secondo il principio *Cassis de Dijon*, anche delle norme processuali che ne misurano il grado di effettività, i limiti verticali all'autonomia procedurale che derivano dalla dottrina *Rewe* debbono essere rafforzati dai limiti orizzontali provenienti dall'apertura laterale alla *lex alius loci*. Ciò che significa che il principio di equivalenza, tradizionalmente inteso quale divieto di discriminazione tra controversie assoggettate a differenti discipline processuali all'interno del medesimo ordinamento giuridico nazionale, deve essere amplificato sino a estendere quel divieto di discriminazione anche a controversie assoggettate a disuguali discipline processuali da parte di differenti ordinamenti nazionali, all'interno dei quali il giudice è tuttavia chiamato a operare come giudice decentrato di un unico ordinamento comunitario sovranazionale (123).

(122) Cfr. P. NIHOUL, *Le recours des particuliers contres les actes communautaires de portée générale. Nouveaux développements dans la jurisprudence*, in *Journal des Tribunaux - Droit européen*, 2003, 11, 39.

(123) E. PICOZZA, *Effettività e giusto processo*, in S. STICCHI DAMIANI - FRANCESCO VETRÒ (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 65, propone una più lata interpretazione del principio di non discriminazione processuale, teorizzando che "... Il processo di comparazione deve essere invece effettuato tra un istituto del diritto sostanziale o processuale di uno Stato membro e un istituto del diritto sostanziale o processuale dell'ordina-

Ciò non significa, però, l'abiura del principio di autonomia procedurale, bensì la sua funzionalizzazione all'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee. Sicché, nella misura in cui l'uniformazione delle regole processuali non è imposta dalla necessità di livellare il grado di effettività del processo dei differenti ordinamenti nazionali nella sua funzione servente al rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, nessuna costrizione potrà l'ordinamento comunitario sulla scelta del legislatore nazionale di differenziare il proprio processo da quello degli altri Stati membri.

Nella considerazione di quanto sopra esposto, passando dalle astratte considerazioni di principio alla disamina dei singoli elementi nodali della struttura del processo, certo può il legislatore nazionale scegliere un sistema di tutela giurisdizionale di tipo soggettivo in luogo di quello oggettivo, perché, quantunque quest'ultimo sia più rispondente al perseguimento dell'obiettivo di garanzia dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee, nondimeno l'alternativo sistema di tutela soggettivo consente comunque di realizzare l'obiettivo comunitario di uno stato di diritto (secondo il modello jheringhiano), ove il singolo, nel difendere i propri interessi, contribuisce altresì alla tutela della legalità obbiettiva. E, in effetti, se per vero quando la Corte di giustizia ha voluto limitare l'autonomia procedurale degli Stati membri quel suo intervento si leggeva in una logica di garanzia dell'effettività del diritto comunitario piuttosto che quale strumento di tutela delle situazioni giuridiche soggettive (124), sicché, quantomeno agli albori, l'affermazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale era, appunto, intesa in senso oggettivo, certo è indubitabile che oggi il processo amministrativo in chiave comunitaria si focalizza, piuttosto, sulla tutela del soggetto concretamente leso, nel doveroso rispetto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (125).

mento comunitario, che si ritenga adeguatamente corrispondente [dimodoché] le garanzie offerte dallo Stato membro non debbono essere inferiori a quelle in concreto offerte dal diritto comunitario, altrimenti lo Stato membro può risultare inadempiente".

(124) Cfr. E. PICOZZA, *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in Id. (a cura di) *Processo amministrativo e diritto comunitario*, 2003, p. 9, il quale appunto sostiene che "Fino alla seconda metà degli anni ottanta, tuttavia la Corte di giustizia aveva concepito il principio di effettività della tutela più in funzione della garanzia dell'effettività del diritto comunitario, che in funzione della garanzia del singolo, che beneficiava solo di riflesso dell'effetto utile del diritto comunitario".

(125) Cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 550, il quale appunto sostiene che "Nel sistema delle garanzie dell'Unione, segnato inizialmente più dall'obiettivo di assicurare la funzionalità dell'integrazione, che dalla prospettiva di garanzia per i singoli, si è

Nondimeno, l'ordinamento europeo non ha del tutto ripudiato quella sua originaria impostazione, perché l'azione del singolo è ancora oggi strumento indispensabile per realizzare l'effetto utile dell'effetto diretto del diritto comunitario (126); e, in considerazione di ciò, la conformazione teleologica del processo (anche) alla tutela della legalità mal si concilia con eccessive restrizioni all'esercizio dell'azione giudiziaria, che si traducono, peraltro, anche in una (inammissibile) barriera all'accesso alla Corte di giustizia.

Come bene affermato dal legislatore spagnolo vi è da “*evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisión de numerosos recursos contencioso-administrativos, comportan la subsistencia de infracciones administrativa, en pugna con la Justicia*” (127).

Di modo che assume ruolo centrale nella delimitazione dell'autonomia processuale degli Stati membri il condizionamento che la scelta di un singolare criterio di legittimazione processuale ha sulla possibilità del soggetto coinvolto di pervenire al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e, quindi, in ultima analisi, sul funzionamento del sistema processuale di tutela delle situazioni giuridiche soggettive comunitarie e, attraverso di esse, della legalità europea.

In tale ambito, dunque, quanta parte dell'autonomia procedurale eventualmente sopravviva all'ingerenza del legislatore comunitario attraverso il ricorso ai poteri impliciti, da un lato, e all'interpretazione dei criteri *Rewe* da parte della Corte di giustizia, dall'altro, è destinata a essere ulteriormente erosa dalla conformazione alle regole processuali degli altri ordinamenti nazionali.

Sicché, quantomeno con riguardo al criterio di selezione di chi concretamente può agire in giudizio (ciò che misura il grado di effettività di un processo), ciascun ordinamento nazionale, pena la perdita della sua funzionalizzazione al diritto europeo, deve conformarsi, quantomeno, al minimo comune denominatore di garanzia

rafforzato il riconoscimento del diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva”, quantunque si sia sostenuto da G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni della Rivista Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 46, che non è il caso di “*farsi abbagliare da tali richiami [perché] l'effettività del diritto comunitario è sempre il fine, mentre l'effettività della tutela è il mezzo*”.

(126) Cfr. R. KOVAR, *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décision du droit communautaire*, in A. BLECKMANN, P. DELANNAY (a cura di), *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, p. 245.

(127) Cfr. la “*Exposición de Motivos de la Ley [reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 1956]*”.

giurisdizionale che si registra attraverso l'analisi comparata dei processi nazionali.

11. *L'obbligo di interpretazione conforme.*

La giurisprudenza inglese, nell'interpretare il concetto di "*sufficient interest*" ha affermato che « *the draftsman ... avoided using the expression "a person aggrieved", although it lay ready to his hand. He chose instead ... ordinary English words which, on the face of them, leave the court an unfettered discretion to decide what in its own good judgment it considers to be "sufficient interest" on the part of [a claimant] in the particular circumstances of the case before it. For my part I would not strain to give them any narrower meaning* » (128).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (che pure nel passato era giunta a diversa conclusione, in tal modo dando atto che la norma di rito è suscettibile anche di una diversa letterale interpretazione), ancorché si tratti, anche nel nostro ordinamento, di dare contenuto al (plurisenso) vocabolo "*interesse*", invece, noncurante di quanto statuito dalle direttive ricorsi in merito al riconoscimento della legittimazione processuale a "*chiunque abbia o abbia avuto interesse all'aggiudicazione di un determinato appalto*" e comunque dei limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri e dell'obbligo d'interpretazione conforme, quantunque con ogni evidenza negare la censurabilità degli atti di una gara significhi legittimare trasgressioni (talvolta anche palesi) dell'ordinamento comunitario sugli appalti pubblici, ha, invece, ritenuto di assegnare al concetto di "*interesse*" un significato che lo deprime della funzione di controllo della legalità dell'azione amministrativa, quantunque (come sovente accade proprio nella materia degli appalti pubblici) in pregiudizio dell'interesse pubblico.

È oltremodo evidente che l'Adunanza plenaria ha in tal modo del tutto obliterato l'obbligo d'interpretazione conforme del diritto nazionale, tradendo quell'onere di funzionalizzazione dei "*giudici decentrati*" del diritto comunitario (129) all'effetto utile dell'effetto diretto, che aveva indotto attenta dottrina ad esprimere l'auspicio

(128) *R. v. Inland Revenue Commissioners, e p National Federation of Self-Employed and small Businesses Ltd* [1982] AC 617, 644 E-G, citato in M. FORDHAM, *Judicial review handbook*, cit., p. 391.

(129) Cfr. A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 17.

che “partendo dall’esigenza di interpretazione uniforme [del diritto sostanziale] e passando attraverso il meccanismo ... dell’interpretazione conforme del diritto processuale nazionale, in collegamento con il criterio di equivalenza applicato al contrario, non si possa giungere davvero (o, quanto meno, avvicinarsi molto) ad un diritto processuale uniforme all’interno del territorio dell’Unione europea” (130).

Malgrado una diversa (quella suggerita dall’Adunanza plenaria del 2008) interpretazione fosse agevole — per così dire, “*although it lay ready to his hand*” — il Consiglio di Stato, da ultimo, ha invece preferito dirottare il processo su un nuovo concetto di “*interesse*”, che emancipa il giudizio da ogni considerazione dell’interesse pubblico alla corretta gestione delle procedure di evidenza pubblica e che risulta essere assolutamente difforme da come quella stessa parola è intesa nell’ordinamento comunitario e nelle principali tradizioni giuridiche che in quell’ordinamento convivono formando l’*humus* comune di un principio generale del diritto al quale il nostro processo, per espressa previsione normativa (131), deve adeguarsi.

12. Considerazioni conclusive.

Ora, se l’interesse legittimo si può definire come quella “*posizione di vantaggio fatta a un soggetto dell’ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell’attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene*” (132), e se con riguardo agli interessi legittimi economici il bene della vita suscettivo di essere condizionato dall’esercizio d’una pubblica potestà è la concorrenza all’interno del mercato degli appalti pubblici (com’è reso evidente dal fatto — che qui ci interessa — che il fine cui sono conformate le procedure di evidenza pubblica dalla disciplina comunitaria degli appalti è la concorrenza (133)), è

(130) Cfr. D.U. GALETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, cit., p. 33.

(131) Cfr. art. 1 del codice del processo amministrativo, ove appunto si legge che “*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi ... del diritto europeo*”.

(132) Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, p. 129.

(133) D.U. GALETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, cit., p. 129, evidenzia come “*le direttive in materia di appalti pubblici hanno come obiettivo specifico l’instaurazione del mercato comune in materia e non la semplice predisposizione di strumenti di ricorso efficaci a tutela dei terzi danneggiati dalle aggiudicazioni*”.

difficile comprendere la ragione per cui il ricorrente che abbia partecipato illegittimamente a una gara di appalto e che rivendichi il diritto di escludere da quella gara il concorrente diretto che del pari sia stato illegittimamente ammesso alla gara al solo scopo di costringere la stazione appaltante a rinnovare l'esercizio del potere con l'assegnazione dell'appalto all'interno di una nuova procedura di evidenza pubblica improntata al rispetto delle regole della concorrenza, non sia titolare di un interesse legittimo (anziché di un mero interesse di fatto giuridicamente irrilevante) tale da legittimarlo a influire sul corretto esercizio della pubblica potestà in modo da rendere possibile la realizzazione del suo interesse a quella frazione di mercato in cui egli (indubitabilmente) opera.

Se questa è (se non la preferibile quantomeno) una delle possibili interpretazioni del combinato disposto degli artt. 100 c.p.c. e 39 d.lgs. n. 104/2010, il principio del primato, l'obbligo di interpretazione conforme e l'esercizio della residua autonomia procedurale nel rispetto dei principi *Rewe* di equivalenza e di effettività oltreché l'apertura laterale dei diritti nazionali alla *lex alius loci* depongono inequivocabilmente a favore dell'obbligo del giudice amministrativo nazionale di adeguarsi a una lettura della norma sulla legittimazione processuale nel senso che ha un interesse (giuridicamente rilevante) all'impugnazione dell'aggiudicazione dell'appalto l'impresa che, quantunque abbia partecipato illegittimamente alla procedura di evidenza pubblica e quindi non possa ambire all'aggiudicazione dell'appalto, sia nondimeno interessata al rispetto della concorrenza nell'ambito di un segmento di mercato su cui essa (indubbiamente, avendo partecipato alla gara) si trova a operare, ancorché l'obiettivo (il bene della vita) che in tal modo essa può conseguire sia ottenibile solo attraverso la rinnovazione della procedura di evidenza pubblica.

comunitariamente illegittime: questo è, infatti, soltanto uno dei mezzi finalizzati a garantire una maggiore effettività del diritto comunitario sostanziale”.