



# ORDINES

*Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2016

SAVERIO TASSONE

## **La Corte di giustizia torna sull'interpretazione dell'art. 267 TFUE: il caso *Puligienica (PFE)***

**ABSTRACT** - With the ruling *Puligienica* the European Court of Justice is back on two important issues, one concerning the interpretation of art. 1 par. 3 of directive 89/665 / EEC; and the other, the relationship between art. 99 cod. proc. amm. and art. 267 TFEU in relation to the obligation of the judge of the last instance to refer the preliminary ruling to the Court of Justice. The interpretation given by the Court of Justice in its judgment in question precludes the Italian administrative court to remit to the exclusive evaluation of the plenary meeting of the State Council the decision on the preliminary ruling to the European Court of Justice and/or the resolution of the litigation, omitting to apply the basic principle of uniformity with European Union law of the Member States.

**KEYWORDS** - *Puligienica*, interpretation, resolution, administrative court, 256 TFUE

SAVERIO TASSONE  
**La Corte di giustizia torna sull'interpretazione dell'art. 267  
TFUE: il caso *Puligienica (PFE)***

1. La Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Puligienica* (di seguito *PFE*)<sup>1</sup> è recentemente tornata su due importanti questioni, sottoposte dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, riguardanti: l'una l'interpretazione dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE, relativa alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori<sup>2</sup> con specifico riguardo ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo, l'altra il rapporto tra l'art. 99 cod. proc. amm., che vincola le singole sezioni del Consiglio di Stato a non discostarsi dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, e l'art. 267 TFUE in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Il caso concreto, da cui trae origine la sentenza in esame, riguarda la gara di appalto per l'affidamento dei servizi di pulizia e manutenzione delle aree verdi presso l'aeroporto civile di Trapani-Birgi. Le imprese partecipanti alla gara erano numerose; quella che nella procedura si era classificata seconda aveva proposto ricorso dinanzi al TAR Sicilia, chiedendo, tra l'altro, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e, in via consequenziale, l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore con la stipula del relativo contratto. Gli altri offerenti non avevano impugnato il provvedimento di aggiudicazione. Nel corso del processo l'impresa

---

<sup>1</sup> Dottore in Giurisprudenza, Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

<sup>1</sup> CGUE 5 aprile 2016, C- 689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*.

<sup>2</sup> Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

aggiudicataria dell'appalto aveva interposto ricorso incidentale, sostenendo il difetto di interesse della ricorrente principale alla impugnativa in quanto essa già dall'inizio della procedura difettava dei requisiti di ammissione alla gara di appalto e, perciò, avrebbe dovuto essere esclusa dal procedimento di aggiudicazione.

Il giudice amministrativo ha accolto i due ricorsi e, in conseguenza di tale decisione, entrambe le ricorrenti, sia quella in via principale che quella in via incidentale, sono state escluse a causa dell'inidoneità delle rispettive offerte rispetto ai documenti di gara. A seguito di questa sentenza è stata indetta una nuova procedura di aggiudicazione dell'appalto da parte della impresa appaltante.

La sentenza del TAR è stata successivamente impugnata dalla ricorrente principale innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e, ancora una volta, la ricorrente incidentale in primo grado ha proposto appello incidentale lamentando che il giudice di primo grado aveva disatteso i principi relativi all'ordine di esame dei ricorsi enunciati dalla sentenza del 7 aprile 2011, n. 4 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Secondo quest'ultima, infatti, quando il ricorso incidentale è "escludente o paralizzante", perché volto a contestare la legittimazione del ricorso principale, deve essere esaminato in via prioritaria da parte del giudice in quanto la fondatezza del ricorso incidentale preclude al giudice stesso l'esame di quello principale. In quella stessa sentenza l'Adunanza plenaria ha precisato che un ricorso incidentale può definirsi escludente quando contempla censure connesse all'accertamento dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara posseduti dal ricorrente principale oppure quando le censure si riferiscono ai requisiti oggettivi dell'offerta e, quindi, vi sono violazioni macroscopiche sin dall'origine, tali cioè da determinare necessariamente la mancata ammissione del concorrente-ricorrente principale alla procedura di gara.

Considerato che nella sentenza *Fastweb*<sup>3</sup>, riguardante un caso simile, la Corte di giustizia aveva ritenuto che l'orientamento enunciato dall'Adunanza plenaria nella citata sentenza del 2011 non fosse compatibile con la direttiva 89/665, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia ha interpellato i giudici di Lussemburgo circa la necessità o meno di applicare tale giurisprudenza al caso di specie.

2. Conviene qui ricordare che nella sentenza *Fastweb*, relativa ad un caso concernente una procedura di affidamento di appalti in cui le imprese partecipanti erano soltanto due, la Corte di giustizia ha interpretato l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665 nel senso che il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso principale dell'offerente qualora la legittimità dell'offerta di entrambi sia contestata per identici motivi e nell'ambito dello stesso procedimento. Ciascuno dei due ricorrenti è infatti titolare di un interesse legittimo all'esclusione reciproca dell'offerta con la conseguenza che l'impresa appaltante trovandosi davanti ad offerte irregolari potrebbe indire una nuova procedura di aggiudicazione dell'appalto.

Poiché nel caso *PFE*, a differenza che nel caso *Fastweb*, le imprese partecipanti alla procedura di gara erano numerose, benché solo due fra esse avessero proposto ricorso per ottenere la reciproca esclusione dalla stessa, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha chiesto alla Corte di giustizia se i principi enunciati in quel precedente si debbano applicare anche al caso pendente dinanzi ad esso.

In risposta al quesito posto dal giudice siciliano la Corte ha, innanzitutto, rilevato che il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, così come il numero dei partecipanti che hanno presentato i ricorsi e la divergenza dei motivi in essi dedotti, sono irrilevanti ai fini dell'applicazione dei principi enunciati nella sentenza

---

<sup>3</sup> CGUE 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*.

Fastweb. Da tale premessa la Corte ha, quindi, affermato che l'art.1, par. 1, 3° comma, e par. 3 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che il ricorso principale proposto dall'offerente escluso, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un appalto e l'esclusione di un altro offerente, qualora sia stato leso per una violazione o non corretta applicazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici, non può essere dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali (nella specie l'art. 99 cod. proc. amm.) che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'aggiudicatario.

Il giudice, quando entrambe le offerte sono inficiate da identico vizio che le rende inammissibili, non può infatti esaminare in via prioritaria il ricorso incidentale e dichiarare l'inammissibilità di quello principale senza che ciò leda l'uguaglianza tra le parti del giudizio amministrativo. Il vizio "identico", che afferisce ad entrambe le posizioni, sia quella del ricorrente principale che incidentale, riguarda la causa dell'esclusione dalla gara. L'identità, così come stabilito dalla sentenza Fastweb, riguarda vizi rientranti in una di queste tre categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi; b) requisiti generali e speciali di partecipazione all'impresa; c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione. Di fronte all'identità dei vizi il giudice può esaminare congiuntamente il ricorso principale e quello incidentale, accoglierli entrambi e, quindi, escludere le imprese dalla gara di appalto, dal momento che le loro offerte sono viziate ab origine e continuano ad esserlo per tutta la durata della procedura<sup>4</sup>.

La fase di valutazione delle offerte si articola con modalità estremamente differenti, a seconda che il metodo di aggiudicazione prescelto sia quello al prezzo più basso o all'offerta economicamente più vantaggiosa. Il criterio del prezzo più basso conduce ad aggiudicare l'appalto all'impresa che, a prescindere dalle caratteristiche tecniche dell'opera, del prodotto o del

---

<sup>4</sup> Cfr. G. CORSO, G. FARES, F. FOLLIERI, F. JACINTO, M. TRIMARCHI, *Corso di Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 155 s.

servizio offerto, abbia offerto il prezzo minore. Per contro, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a dispetto del nome, comporta una valutazione non solo economica ma anche qualitativa, conducendo ad aggiudicare l'appalto all'offerta ritenuta complessivamente migliore. In assenza di alcuna indicazione normativa, dunque, la scelta tra i due metodi risulta rimessa alla discrezionalità dell'ente aggiudicatore, salvo il normale obbligo di motivazione<sup>5</sup>.

3. La seconda questione sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, articolata in tre parti, riguarda l'interpretazione dell'art. 267 TFUE in rapporto all'art. 99, 3° comma, cod. proc. amm., laddove quest'ultimo vincola tutte le sezioni ed i collegi del Consiglio di Stato al principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, anche qualora esso dovesse essere incompatibile con il diritto dell'Unione europea. In particolare il giudice del rinvio chiede se, qualora le sezioni o il collegio del Consiglio di Stato dubitino della conformità con il diritto europeo di un principio enunciato dall'Adunanza plenaria, prima di eseguire il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, essi siano tenuti a rimettere la questione all'Adunanza stessa o, invece, se essendo giudici nazionali di ultima istanza debbano necessariamente rinviare la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. Qualora la Corte si pronunciasse in questo secondo senso, il giudice a quo chiede se ogni sezione e ogni collegio del Consiglio di Stato possano o debbano dare immediata applicazione al diritto dell'Unione nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia o se, invece, anche in tali casi essi siano tenuti a rimettere la decisione del ricorso all'Adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima l'applicazione del diritto dell'Unione. Infine il giudice del rinvio affronta il tema della compatibilità

---

<sup>5</sup> M.P. CHITI e G. GRECO *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, 235 s.

del sistema processuale amministrativo italiano con i principi di ragionevole durata del giudizio e soprattutto con l'esigenza di garantire in ogni Stato membro una sollecita e piena applicazione del diritto europeo in modo da assicurare il rispetto del principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale non solo sostanziale ma anche processuale.

Come è noto l'art. 267 TFUE ha istituito un sistema di cooperazione fra la Corte di giustizia e gli organi giurisdizionali nazionali i quali hanno il compito di dare applicazione al diritto dell'Unione<sup>6</sup>. Ricordando e sviluppando la propria costante giurisprudenza in proposito, nella sentenza in PFE la Corte ha ribadito che i giudici nazionali hanno la più ampia facoltà di sottoporle una questione di interpretazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione<sup>7</sup> e che «tale facoltà si trasforma in obbligo per i giudici che decidono in ultima istanza, fatte salve le eccezioni riconosciute dalla giurisprudenza della Corte»<sup>8</sup>. Secondo quanto prevede il par. 3 dell'art. 267 TFUE, infatti, l'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali è obbligatorio quando essi sono giudici di ultima istanza, categoria nella quale deve essere evidentemente ricompreso il Consiglio di Stato, mentre per tutti gli altri giudici è invece uno strumento facoltativo, sia che si pronuncino in prima istanza o in appello. Di conseguenza, sempre secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, una norma di diritto nazionale non può impedire ad un organo giurisdizionale nazionale, a seconda del caso, di avvalersi della facoltà di cui trattasi o di conformarsi a suddetto obbligo<sup>9</sup>. Inoltre, secondo i giudici di Lussemburgo il mancato rispetto dell'obbligo di rinvio da parte del

---

<sup>6</sup> In generale sull'art. 267 TFUE si rinvia a L. DANIELE, *Art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 2103 ss.

<sup>7</sup> Così già CGUE 16 gennaio 1974 C-166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf*, punto 3.

<sup>8</sup> CGUE *PFE*, punto 32; in precedenza 6 ottobre 1982 C-283/81, *Cilfit e a.*, punto 21.

<sup>9</sup> In precedenza v. CGUE *Rheinmühlen-Düsseldorf*, cit., punto 4; C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 42, nonché C-173/09, *Elchinov*, punto 27.

giudice nazionale di ultima istanza può determinare la responsabilità per danni dello Stato membro per violazione del diritto comunitario<sup>10</sup>.

Sulla base di questo insieme di precedenti giurisprudenziali la Corte di giustizia ha ora affermato che l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione nazionale per cui una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, «qualora non condivide l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale»<sup>11</sup>. In altri termini, ciò comporta che l'art. 99, 3° comma, cod. proc. amm., che impone il rinvio prioritario all'Adunanza plenaria, non può essere interpretato in modo tale da impedire ad una sezione del Consiglio di Stato e a quelle del Consiglio amministrativo della Regione siciliana, sezioni staccate del Consiglio di Stato<sup>12</sup>, in quanto giudici di ultima istanza, di adire in via pregiudiziale la Corte ai sensi dell'art. 267, 3° comma, TFUE.

Proseguendo nell'esame delle questioni la Corte ha poi ricordato che, la sentenza resa in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale per ciò che attiene l'interpretazione e/o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione per la definizione della controversia principale. Pertanto, il giudice a quo è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale all'interpretazione delle disposizioni in questione

---

<sup>10</sup> CGUE 30 settembre 2003 C-224/01, con commento di G. DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, 133 ss.

<sup>11</sup> CGUE *PFE* punto 36.

<sup>12</sup> Il d.lgs. del 24 dicembre 2003, n. 373 – Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella Regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato (GURI n. 10 del 14 gennaio 2004, 4), all'art. 1, par. 2, prevede che le sezioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana costituiscono sezioni staccate del Consiglio di Stato e, all'art. 4, par. 3, che, in sede giurisdizionale, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia.



fornita dalla Corte, discostandosi eventualmente dalla giurisprudenza nazionale che risulti non conforme al diritto dell'Unione<sup>13</sup>.

Richiamando il principio del primato del diritto dell'Unione, quale affermato in particolare nella storica sentenza *Simmenthal*<sup>14</sup>, la Corte ha pertanto concluso la sua motivazione ribadendo l'obbligo del giudice nazionale di garantire la piena efficacia delle norme UE, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contraria della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

I giudici amministrativi devono quindi applicare i principi precedentemente enunciati nella sentenza *Fastweb* e valutare nel merito se l'appalto sia stato o meno legittimo e ciò anche qualora il ricorso principale, proposto dall'offerente che miri ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia stato dichiarato irricevibile per le norme processuali interne che, appunto, prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto dall'offerente aggiudicatario.

La sentenza *PFE* conferma, dunque, la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE nell'ambito dei rapporti di cooperazione tra essa e i giudici nazionali, in particolare le Corti supreme degli Stati membri. Con la particolarità che questo caso tocca i rapporti tra l'adunanza plenaria e le sezioni del Consiglio di Stato e cioè aspetti concernenti l'organizzazione interna del giudice amministrativo supremo, nelle sue diverse composizioni.

---

<sup>13</sup> La Corte ha affermato che «di conseguenza, il giudice nazionale che abbia assolto, quale giudice di ultima istanza, il suo obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte a titolo dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione», punto 38 della sentenza; in precedenza v. CGUE 4 dicembre 2010 C-173/09 *Elchinov* cit., punti 29 e 30.

<sup>14</sup> CGUE 9 marzo 1978 C-106/77, *Simmenthal*, punti 21 e 24.

A tal proposito la Corte di giustizia già nel caso *Melki*<sup>15</sup> si era pronunciata sulla compatibilità con l'art. 267 TFUE della normativa francese, istitutiva di un procedimento incidentale di controllo di legittimità costituzionale delle leggi, nella misura in cui il carattere prioritario di tale procedimento abbia l'effetto di impedire – tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all'organo giurisdizionale nazionale competente, quanto, eventualmente, dopo la decisione di siffatto organo giurisdizionale su detta questione – a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo. Anche in questo caso la Corte di giustizia, richiamando la giurisprudenza *Simmenthal*, ha riaffermato il principio del primato del diritto dell'Unione ed ha stabilito tre condizioni fondamentali. Innanzitutto il giudice nazionale deve poter sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento ed anche, eventualmente, al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che egli ritenga necessaria. Il giudice nazionale deve, inoltre, poter adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione ed eventualmente (terza condizione) deve poter disapplicare la disposizione legislativa nazionale in questione ove ritenga che sia contraria al diritto dell'Unione.

Questa giurisprudenza è stata confermata nel più recente caso *A. c. B* in cui la Corte ha esaminato la questione sottoposta dalla Corte di cassazione austriaca riguardante la compatibilità di alcuni aspetti processuali dell'ordinamento nazionale con i diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> CGUE 22 giugno 2010 cause riunite C-188/10 e C-189/10 *Aziz Melki e Selim Adbeli*.

<sup>16</sup> CGUE 31 ottobre 2014 C-112/13 *A. c. B.*; in dottrina v. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, 2089 ss.; G. MARTINICO, *Il caso A. c. B. e il suo impatto sul rapporto fra Corti: un diritto*

Secondo la normativa austriaca i giudici ordinari di appello o di ultima istanza, qualora ritengano che una disposizione di legge nazionale sia contraria ad una norma della Carta, sono obbligati a presentare, nel corso del procedimento, alla Corte costituzionale una domanda di annullamento con efficacia erga omnes della disposizione stessa, anziché limitarsi a disapplicarla. Per effetto di questa disciplina i giudici austriaci non possono quindi disapplicare di propria iniziativa la norma interna in contrasto con il diritto europeo ma devono sempre attendere la pronuncia dell'organo costituzionale.

Ancora una volta la Corte di giustizia ha confermato il principio del primato del diritto dell'Unione e ha dichiarato incompatibile con il diritto europeo il sistema di controllo di legittimità costituzionale austriaco nella misura in cui impedisce ai giudici nazionali di sottoporle, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria. L'applicazione del diritto europeo deve sempre essere garantita ed il giudice nazionale deve disapplicare la disposizione legislativa nazionale quando, al termine di un procedimento incidentale, quest'ultima risulti contraria al diritto dell'Unione.

Al termine di questa breve nota si può concludere che la sentenza PFE si pone in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia applicazione dell'art. 267 TFUE, configurandosi come un ulteriore tassello nella regolamentazione dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto degli Stati membri<sup>17</sup>.

---

*per tre giudici*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 950 ss.; L. RAIMONDI *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, in *www.dirittocontemporaneo.it*, luglio/ settembre 2014.

<sup>17</sup> In questo senso v. anche E. CIMIOTTA *Ancora sulla portata e gli effetti dell'art. 267TFUE. In margine al caso Puligienica* in <http://www.europeanpapers.eu>, 25 luglio 2016.

Il ragionamento seguito dalla Corte evidenzia e sottolinea l'esigenza di salvaguardare il primato delle disposizioni del diritto dell'Unione, oggetto di interpretazione in via pregiudiziale attraverso l'utilizzo del rinvio, sulle contrastanti disposizioni o statuizioni del diritto nazionale. Da ciò consegue l'obbligo per il giudice nazionale di garantire piena ed immediata efficacia alle norme dell'Unione, anche disapplicando le contrastanti norme interne di diritto processuale ed «eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione». In conclusione, l'interpretazione resa dalla Corte con la sentenza in commento impedisce che il giudice amministrativo italiano rimetta all'esclusiva valutazione dell'adunanza plenaria la decisione circa il rinvio pregiudiziale alla Corte e/o la definizione della controversia, compromettendo il fondamentale principio dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione negli Stati membri.