

STEFANO CRESTA*

L'ORDINE DI TRATTAZIONE DEL RICORSO INCIDENTALI C.D. PARALIZZANTE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI NELLA (VARIEGATA) LETTURA GIURISPRUDENZIALE.

Sommario: 1. Introduzione: l'evoluzione giurisprudenziale. – 2. Il ricorso incidentale nel c.p.a. (cenni) – 3. Le Adunanze Plenarie n. 11/2008 e n. 4/2011 – 4. La sentenza n. 197/2012 del Tar per il Lazio, l'ordinanza di rimessione n. 208/2012 del Tar per il Piemonte e il monito delle Sezioni Unite (sent. n. 10294/2012) – 5. Conclusioni.

1. Introduzione: l'evoluzione giurisprudenziale

Molto prima delle storiche decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2008 (la n. 11) e del 2011 (la n. 4), la giurisprudenza si è dovuta confrontare sulla dibattuta problematica dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale in caso di procedure selettive.

Già a partire dagli anni novanta la giurisprudenza maggioritaria ha anticipato l'interpretazione poi compiutamente elaborata dall'Adunanza Plenaria nel 2011, ritenendo che il giudice fosse tenuto a dare la precedenza

* Avvocato.

alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale, nel caso in cui le stesse si riverberassero (nel senso di escluderli) sulla configurabilità della legittimazione e dell'interesse ad agire del ricorrente principale¹.

Al riguardo, riteneva la giurisprudenza che, nonostante il ricorso incidentale fosse di regola condizionato alla rilevata fondatezza del gravame principale, fosse altrettanto indiscutibile che, ove il ricorso incidentale fosse consistito in motivi che mettevano in discussione il titolo di legittimazione del ricorrente principale, quest'ultimo dovesse essere esaminato in via preliminare, atteso il carattere pregiudiziale che acquisiva.

I casi trattati dalla giurisprudenza, in particolare, attenevano al ricorso incidentale c.d. escludente (proposto in vicende contenziose riguardanti pubbliche gare d'appalto): quello in cui, come noto, il ricorrente incidentale assume che le ricorrenti principali avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura selettiva, con la conseguente sopravvenuta carenza di legittimazione a contrastare i risultati di una gara rispetto alla quale (in ragione dell'illegittima ammissione alla stessa) l'interesse azionato avrebbe assunto il carattere di interesse di mero fatto (come tale non tutelabile).

La fondatezza del ricorso incidentale, in tali casi, determinava l'accoglimento dello stesso, e la conseguente improcedibilità di quello principale (pur se in astratto, come detto, recante censure dotate di fondamento).

¹ Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 1986, n. 57; id., Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367; id., Sez. V, 6 giugno 2001 n. 3079; id., Sez. V, 8 maggio 2002 n. 2468; TAR Lazio, Sez. II, 13 dicembre 2001 n. 11368; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II 10/06/2002 n. 1190, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale che non è diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, la giurisprudenza è concorde nell'affermare l'esame prioritario del ricorso principale: da ultime, tra le tante, si vedano TAR Roma, Sez. II, 30 aprile 2012, n. 3891; TAR Milano, Sez. II, 2 settembre 2011 n. 2134.

In tali ipotesi (e solamente in quelle) la proposizione del ricorso incidentale costituiva un passaggio logico necessario ed insostituibile per contestare la legittimazione attiva del ricorrente².

L'esposto ragionamento scaturiva dall'interpretazione dell'essenza del ricorso incidentale come funzione paralizzante dell'azione principale: all'uopo, è stato espressamente ritenuto che *“Lo strumento del ricorso incidentale era dato al controinteressato per insorgere contro lo stesso provvedimento oggetto del ricorso principale, ma per profili diversi da quest'ultimo e tali da ampliare il "thema decidendum" originario, di modo che l'azione possa neutralizzare o quanto meno limitare l'incidenza di un eventuale accoglimento del ricorso principale sulla posizione di vantaggio derivante al medesimo controinteressato dal provvedimento impugnato; pertanto, da un lato vi è diversità dell'interesse fatto valere dal ricorrente incidentale, rispetto a quello del ricorrente principale, in quanto teso alla conservazione della propria posizione di vantaggio, e dall'altro lato il ricorso incidentale ha carattere condizionato o accessorio, nel senso che è subordinato all'esito del ricorso principale ma, d'altra parte, ben può condizionare a sua volta l'interesse del ricorrente principale, potendo portare alla sua sopravvenuta carenza quando vengano dedotti motivi che lo mettano in discussione, tanto che lo stesso ricorrente principale non trarrebbe più alcun vantaggio dall'accoglimento del proprio gravame, sicché in tal caso il ricorso incidentale assume carattere pregiudiziale³”*.

Pur profilandosi come questioni di merito, quelle contenute nel ricorso incidentale, in tale ottica, producono effetti sulle condizioni dell'azione del ricorrente principale, e pertanto assumono una valenza

² Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ T.A.R. Lazio Roma, sez. III 04/03/2003 n. 1701, in www.giustizia-amministrativa.it.

processuale, nella specie pregiudiziale, rispetto all'esame del ricorso principale⁴.

Il descritto orientamento giurisprudenziale risalente trovava il suo fondamento nell'assunto in base al quale l'impresa che ha partecipato illegittimamente ad una procedura di gara è equiparabile a quella che non vi ha mai partecipato (o che è stata legittimamente esclusa).

Va, comunque, osservato come, in realtà, tale impostazione giurisprudenziale non potesse considerarsi omogenea, ma contenesse al suo interno “*sfumature*” diverse: la priorità del ricorso incidentale e la fondatezza dello stesso, infatti, non sempre secondo i Giudici di Palazzo Spada avrebbero potuto comportare l'inammissibilità del ricorso principale.

Si legge, ad esempio, nella pronuncia resa da Cons. Stato sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468 (ferma la priorità logica del ricorso incidentale), che “*potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali?*”.

È su tale passaggio motivazionale che si è formato un secondo orientamento giurisprudenziale che, fermo restando l'esame prioritario del ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione del ricorrente principale, riteneva invece che la fondatezza del ricorso incidentale non potesse comportare l'improcedibilità di quello principale, in quanto il ricorrente principale vanterebbe comunque un interesse secondario al rinnovo integrale della procedura selettiva.

⁴ In dottrina, si veda G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento* in www.giustamm.it, 2006.

Nel caso di una gara alla quale avessero partecipato due soli concorrenti, tale orientamento riteneva, quindi, pienamente sussistente l'interesse di ciascuno, ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore dell'altro concorrente e la riedizione della gara, anche nel caso in cui lo stesso non fosse nella condizione di poterne conseguire l'aggiudicazione⁵.

Il contrasto giurisprudenziale testè delineato ha portato, com'è noto, al primo intervento dell'Adunanza Plenaria nel 2008, di cui si tratterà nel prosieguo del presente scritto.

2. Il ricorso incidentale nel c.p.a. (cenni).

Pare opportuno dedicare un brevi cenni al ricorso incidentale, come "riscritto" dall'art. 42 del Codice del processo amministrativo, che sostituisce la precedente disciplina di cui agli art. 44, legge 1034/1971 e art. 37, r.d. 1054/1924⁶.

Come osservato da attenta dottrina, il Codice pare optare per l'identificazione nel ricorso incidentale di un'azione costitutiva, secondo quanto emerge dai seguenti indicatori:

⁵ Cons. Stato, sez. V 14/04/2006 n. 2095, in www.giustizia-amministrativa.it; in dottrina, si veda A. CERRI, *Spunti e riflessioni sull'ordine delle domande, l'ordine delle questioni e l'impugnativa incidentale escludente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010.

⁶ Per una disamina completa del ricorso incidentale si vedano F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo, Commento articolo per articolo al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, II ed. Dike, 2012; per un primo commento alla novella del codice del processo approntata dal primo decreto correttivo sia consentito rinviare a S. CRESTA e G.F. NICODEMO, *Il nuovo codice del processo amministrativo, Commento alle novità introdotte dal decreto correttivo*, Ed. Dike, 2011.

a) secondo l'art. 42, comma 2, il ricorso incidentale “*hai i contenuti di cui all'articolo 40*” e cioè gli stessi contenuti prescritti per il ricorso principale, tra i quali “l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato”;

b) l'art. 42, comma 1, qualifica il ricorso incidentale come strumento per “*proporre domande*”;

c) l'art. 42, comma 4, disciplina gli effetti sulla competenza territoriale della “*domanda introdotta con il ricorso incidentale*”⁷.

Il ricorso incidentale è quindi uno strumento processuale di cui sono titolari, *ex art. 42, comma 1, c.p.a.*, il resistente ed il controinteressato, idoneo ad ampliare il *thema decidendum*, tanto da dover essere assoggettato alle formalità di notificazione e contenutistiche del ricorso introduttivo e da poter cagionare l'individuazione di un diverso giudice competente a decidere l'intera causa.

Come espressamente chiarito dall'art. 42 c.p.a. infatti il ricorso incidentale è uno strumento per introdurre nuove e contrapposte domande nel giudizio instaurato dal ricorrente principale.

Pare importante sottolineare, ai fini della presente trattazione, come il Codice non detti alcuna regola in ordine alla *vexata quaestio* dell'ordine di esame, da parte del Giudice, della domanda principale e di quella incidentale e neppure sulle conseguenze che l'eventuale accoglimento del secondo provoca in ordine all'ammissibilità/improcedibilità del primo.

⁷ R. VILLATA – L. BERTONAZZI, Commento all'art. 42, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA e V. LOPILATO, Milano, 2011.

D'altra parte, soccorre il dato normativo previsto all'art. 276 c.p.c. che pone un principio processuale generale, applicabile a qualunque tipo di giudizio, secondo cui il Giudice nel decidere deve seguire l'ordine logico in cui le questioni si presentano, esaminando per prime quelle pregiudiziali di rito.

Parte della dottrina, ha ritenuto che tale previsione normativa potesse essere "calzante" anche per il caso del ricorso incidentale escludente, in quanto esso solleverebbe una questione appunto pregiudiziale che investe direttamente l'ammissibilità dell'iniziativa giudiziale, e che quindi va deliberato preventivamente, senza che al Giudice competa alcuna discrezionalità a riguardo⁸.

Va ricordato, ancora, che l'art. 42 non contiene, a differenza dell'abrogato art. 37, ultimo comma, Testo Unico Cons. Stato, alcun espresso riferimento all'accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale; l'abrogata previsione normativa, infatti, disponeva l'inefficacia del ricorso incidentale nel caso in cui lo stesso fosse stato proposto dopo che era intervenuta la rinuncia al ricorso principale, ovvero nel caso in cui il ricorso incidentale fosse stato ritenuto inammissibile⁹.

Come si dirà nel prosieguo, l'Adunanza Plenaria n. 4/2011 ha interpretato il "silenzio" legislativo come un'attenuazione della connotazione rigidamente "accessoria" del ricorso incidentale e della sua assoluta subordinazione al positivo esame del ricorso principale.

⁸ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 285 e ss.

⁹ Sull'interpretazione dottrinale dell'art. 37 si veda R. VILLATA, *Riflessioni, op. cit.*, E. CAPACCIOLI, *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1951, II; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Vol. I, Milano, 1962.

Pur non contenendo la norma in argomento alcuna espressione di questo tenore, la dottrina è invece orientata nel ritenere che l'art. 42, comma 14, c.p.a. nel prevedere che *“le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale”* accresca in realtà l'accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale¹⁰.

Ritenere il ricorso incidentale un ricorso “accessorio” rispetto a quello principale comporta importanti ricadute in tema di rapporto tra i due ricorsi e quindi anche sulla dibattuta questione dell'ordine di trattazione degli stessi.

3. Le Adunanze Plenarie n. 11/2008 e n. 4/2011.

Nel perdurante contrasto giurisprudenziale cui si è fatto cenno in precedenza, la questione dell'ordine di esame del ricorso principale ed incidentale nella materia dei contratti pubblici è stata rimessa all'Adunanza Plenaria¹¹.

Il Collegio con la decisione n. 11/2008 ha aderito alla soluzione prospettata nell'ordinanza di remissione, ritenendo – fermo il preventivo esame del ricorso incidentale – che dovesse comunque essere esaminato anche il ricorso principale, a seguito di accoglimento del ricorso incidentale escludente.

¹⁰ F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 3, 1151.

¹¹ Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 giugno 2008, n. 2669, in www.giustizia-amministrativa.it

In particolare, nella decisione, si legge che *“Per i principi della parità delle parti e di imparzialità [...] quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima – preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara”*.

Come è evidente, quello espresso nel 2008 era un orientamento che attribuiva notevole centralità alla tutela dell'interesse c.d. "strumentale", cioè il perseguimento dell'utilità connessa alla ripetizione della gara al fine di conseguire una rinnovata *chance* di aggiudicazione: in caso di fondatezza di entrambi i ricorsi, appariva all'Adunanza Plenaria più giusta una decisione che imponesse l'annullamento dell'intera procedura e determinasse il conseguente rinnovo della stessa.

La decisione del 2008, benché espressamente confinata alla fattispecie di gara con due soli partecipanti, conteneva un principio più generale e garantista dell'interesse dedotto dalle parti: sia il ricorrente principale che quello incidentale, infatti, secondo la Plenaria avrebbero sempre mantenuto l'interesse all'esame del merito dei rispettivi ricorsi se suscettibili di caducare l'intera procedura.

La decisione del Supremo Consesso esprime un concetto molto chiaro, secondo cui il principio della parità delle parti impedisce una

soccombenza anche parziale di una delle stesse, in conseguenza dei criteri logici che il giudice ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni¹².

Successivamente, con la decisione n. 4 del 7 aprile 2011¹³, l'Adunanza Plenaria torna a confrontarsi sulla questione del rapporto tra il ricorso incidentale e principale, in materia di impugnazione dell'aggiudicazione di appalti pubblici. In tale pronuncia, il Supremo consesso attribuisce, invece, peso all'efficacia paralizzante del ricorso incidentale che, sorretto da questioni preliminari sul difetto di legittimazione del ricorrente principale, determina l'inammissibilità del ricorso principale.

L'argomentazione che conduce all'esposta conclusione muove dalla constatazione per cui la funzione difensiva del ricorso incidentale poggerrebbe la sua *ratio* in una decisione gradualistica della controversia che, per il richiamo esterno al citato art. 276 c.p.c. da parte del codice del processo amministrativo, legittima il giudizio logico sulla verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso.

Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale, secondo il Supremo consesso, deve, perciò, sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall'attore giacché *“la contestazione della legittimazione e dell'interesse al ricorso può emergere anche attraverso la proposizione del ricorso incidentale, qualora l'attivazione di tale strumento costituisca lo strumento necessario per accertare l'illegittimità dell'atto su cui si fonda la legittimazione asserita dall'attore principale”*.

¹² M. MARASCA, *Ricorso principale ed incidentale: secondo l'Adunanza Plenaria n. 4/2011*, in www.dirittoeprocesso.com

¹³ R. GISONDI, *L'Adunanza Plenaria ridefinisce il rapporto tra il ricorso incidentale escludente e il ricorso principale*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, 10/2011,1103

La doverosa verifica della legittimazione ad agire del ricorrente, trova ragione concreta ogniqualvolta l'interesse legittimo non è astratto ma correlato ad un attuale e concreto bene della vita; esso può sussistere, però, solo quando un soggetto ha legittimo titolo per la proposizione del ricorso (interesse concreto volto ad elidere gli atti di affidamento di un contratto pubblico prodottisi con l'aggiudicazione che si ritiene illegittima).

In coerenza con il quadro giurisprudenziale attuale¹⁴, in materia di affidamento di contratti pubblici, la legittimazione al ricorso spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva (salvi i casi di clausole di bando immediatamente lesive e/o escludenti, che, come noto, possono essere gravate anche da chi non ha potuto partecipare alla gara).

La spiegazione elaborata dall'Adunanza vaglia la legittimazione e l'interesse al ricorso: *“a parere del Collegio, deve essere tenuta rigorosamente ferma la netta distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere “finale” o “strumentale” di tale vantaggio”*.

La legittimazione al ricorso ha il suo antecedente logico in una posizione legittimante, la quale accompagna un bene della vita tutelabile non solo dall'accoglimento di una domanda ma dall'utilità pratica che da

¹⁴ Recentemente si veda Cons. Stato, sez. V, 21/02/2011, n. 1082; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I 09/06/2011 n. 1493, in www.giustizia-amministrativa.it

essa ne deriva (ulteriore segnale di “osmosi” tra interesse legittimo e diritto soggettivo).

Quindi, l'accertata fondatezza del ricorso incidentale “escludente” - seppur contrastata da un'utilità pratica derivante, per il ricorrente principale, dalla caducazione dell'intero procedimento - produce l'effetto paralizzante che l'Adunanza Plenaria del 2008 voleva scongiurare; la legittimazione processuale del concorrente-ricorrente deriverebbe, in tal modo, dalla portata pienamente retroattiva dell'accertamento dell'illegittimità della sua ammissione alla gara¹⁵.

Come osservato giustamente in dottrina¹⁶, infatti, dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 derivano importanti conseguenze di carattere teorico, che investono gli stessi concetti di legittimazione al ricorso ed interesse al ricorso.

La prima conseguenza, presupposta dalla decisione in esame, è che la partecipazione alla gara, anche se avviene illegittimamente, è fonte di legittimazione al ricorso. In altre parole, l'impresa che viene ammessa a partecipare alla gara diventa, per ciò solo, titolare di una posizione differenziata rispetto al *quisque de populo*.

L'altro corollario che si ricava dalla decisione della Plenaria, non implicito ma individuato espressamente dalla stessa, è che l'interesse strumentale alla ripetizione della gara è sufficiente per ritenere esistente l'interesse al ricorso.

¹⁵ In tal senso, G. PESCATORE, *Brevi note in tema di ricorso incidentale escludente, legittimazione al ricorso ed ordine di esame delle questioni*, in www.lexitalia.it, 5/2012

¹⁶ M. MARASCA, cit.

L'Adunanza del 2011, invece pur considerando l'interesse, ne confina il rilievo solo in seguito all'eventuale positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

Non va dimenticato che la Plenaria del 2008 si fondava su un quadro normativo diverso rispetto a quello attuale e su cui si è espressa nel 2011.¹⁷

In ogni caso, pare condivisibile la critica espressa in dottrina secondo cui l'impostazione dell'Adunanza Plenaria del 2011, trascura quella che sembra essere una gerarchia di interessi imposta dalla normativa comunitaria e nazionale, sovvertendola, in modo da rendere superiore l'interesse pubblico e dell'amministrazione all'esecuzione dell'appalto, rispetto all'interesse parimenti pubblico, ma di cui sono portatori le imprese concorrenti, alla libera e giusta concorrenza¹⁸.

4. La sentenza n. 197/2012 del Tar per il Lazio, l'ordinanza di rimessione n. 208/2012 del Tar per il Piemonte e il monito delle Sezioni Unite (sent. n. 10294/2012).

La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 è stata recentemente messa in dubbio dal TAR per il Piemonte e dal TAR per il Lazio, che hanno sollevato dubbi sulla correttezza del principio enunciato dal Supremo

¹⁷ M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice amministrativo*, commento all'ordinanza del TAR Piemonte, Sez. II. 9 febbraio 2012, v. 208, in *Urb. e App.*, 4/2012, 437.

¹⁸ F. FOLLIERI, cit.

consesso, secondo cui, come si è detto, il ricorso incidentale interdittivo andrebbe sempre esaminato in via prioritaria rispetto al ricorso principale, e la sua fondatezza comporterebbe il venir meno della legittimazione ad agire del ricorrente principale.

In particolare, il TAR per il Piemonte (affrontando, come la citata Adunanza Plenaria, una controversia attinente alla diversa materia degli appalti pubblici) ha sollevato il dubbio che l'applicazione di tale principio di diritto processuale elaborato dall'Adunanza Plenaria, potrebbe determinare nella sostanza una violazione del principio di parità delle parti, di non discriminazione e di libera concorrenza, principi, come noto, tutelati dall'ordinamento comunitario. A ben vedere, infatti, la Direttiva n. 1989/665/CEE (modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE) prescrive, all'art. 2, par. n. 1, lett. *b*, a tutti gli Stati membri di *“dotarsi di procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime, così da evitare effetti discorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese”* attraverso l'annullamento delle decisioni illegittime.

Alla luce di tale principio, l'interesse alla (sola) rinnovazione della gara deve poter trovare tutela giurisdizionale, pena l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio sia sostanziale, sia processuale *“all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata (così come dimostrato dalla fondatezza del ricorso principale) in modo non corretto o non legittimo”*.

Il TAR per il Piemonte, in sostanza, tenta di ripristinare – attraverso la rimessione all’organo della Giustizia Comunitaria – la posizione assunta dalla precedente Adunanza n. 1/2008.

Anche il TAR per il Lazio (sentenza 10 gennaio 2012, n. 197¹⁹) ha affermato come il principio espresso dal Supremo consesso nel 2011 non sia del tutto condivisibile, ovvero che esso non possa trovare applicazione in ogni caso, dovendo piuttosto trovare un temperamento nella valutazione della singola vicenda controversa, così da *“evitare di giungere a soluzioni illogiche ed irragionevoli dei casi concreti sottoposti all’esame del giudice amministrativo”*.

Secondo il Collegio capitolino, infatti, occorre scongiurare il rischio che per effetto dell’accoglimento del ricorso incidentale sia preclusa la cognizione di quello principale laddove le peculiarità della procedura di affidamento facciano ritenere effettivamente sussistente un interesse alla rinnovazione della procedura di gara, ossia un interesse comunque *“concreto, giuridicamente tutelato, distinto e diverso rispetto a quello finalizzato ad ottenere l’aggiudicazione dell’appalto”*.

In particolare, il TAR laziale afferma che la Plenaria n. 4/2011 non possa che intendersi nel senso che il ricorso incidentale escludente sia idoneo soltanto a inibire al ricorrente principale di contestare l’esito della gara a tutela del proprio interesse diretto all’aggiudicazione, ma non anche di contestare l’ammissione dello stesso ricorrente incidentale, quale unico

¹⁹ Commentata da G. PELLEGRINO, *I rapporti fra ricorso principale e incidentale ancora sotto i riflettori nazionali e comunitari*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Roma, n. 1/2012, 159 ss.

altro concorrente in gara, a tutela di un subordinato interesse alla ripetizione della procedura.

Gli orientamenti espressi da tali Collegi territoriali non sono stati accolti in modo uniforme dalla dottrina.

Parte della stessa si è schierata a favore della visione maggiormente garantista degli interessi del ricorrente, di cui si sono fatti portatori i Tar piemontese e capitolino; in particolare è stato affermato che infatti *“L’esame non può che essere contestuale e paritetico. Con i medesimi effetti di come se fosse simultaneo nel tempo. Nessuna gerarchia di esame vi può essere tra domande equiordinate e contrapposte. I mezzi operano sullo stesso piano con la conseguenza che solo ragioni eventuali di economia processuale, possono talvolta consentire l’esame di uno solo di essi, come può senz’altro avvenire nell’ipotesi tipica di manifesta infondatezza del ricorso principale”*²⁰.

Altra dottrina ritiene, invece, di condividere i principi espressi dall’Adunanza Plenaria, in quanto corrispondente alle esigenze di economia processuale²¹.

Per quanto riguarda specificamente l’ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia formulata dal TAR per il Piemonte, sono state innanzitutto sollevati in dottrina dubbi sulla correttezza formale e sostanziale dell’ordinanza stessa²².

In merito, si ricorda che una precedente statuizione del Consiglio di Stato aveva negato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi

²⁰ G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2012

²¹ G. FIDONE, *Accoglimento del ricorso incidentale escludente e inammissibilità del ricorso principale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 12/2011, 1298.

²² Sul punto si rinvia a M. PROTTO, *Ordine di esame*, cit.

dell'art. 267, ritenendo che la regola affermata nella sentenza dell'A.P. “è compatibile con i principi, espressi dalla direttiva c.d. ricorsi n. 2007/66/Ce, della non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto e della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire un'asserita illegittima lesione della sua posizione”²³.

Per quanto qui d'interesse, tale dottrina ha rilevato come “Non sembra che la risposta della Corte di giustizia CE potrà essere diversa da quella che già si evince dalla stessa Plenaria n. 4/2011” in quanto “la nozione di “interesse all'affidamento di un determinato appalto pubblico” non può che implicare una verifica che tale interesse sia “legittimo” nel senso di essere fondato su ragioni legittime, e non sia un interesse di mero fatto. E sotto tale profilo, l'interesse all'affidamento di un appalto pubblico spetta solo a chi ha tutti i requisiti per partecipare alla gara, non può spettare a chi dalla gara è stato escluso o deve essere escluso. Pertanto, chi è stato legittimamente escluso non ha un interesse all'affidamento della gara fondato su ragioni legittime, con la conseguenza che, sul piano processuale, non ha legittimazione a contestare la gara”.

Si osserva che, da ultimo, la decisione dell'Adunanza Plenaria è stata criticata dalle Sezioni Unite (sentenza 21 giugno 2012, n. 10294²⁴) secondo cui “Suscita perplessità l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nell'affermare in materia di procedure di gara il principio secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato

²³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in www.giustizia-amministrativa.it; per un commento alla decisione si veda G. FIDONE, cit.

²⁴ In www.lexitalia.it, n. 6/2012, con commenti di O. CARPARELLI, *Le Sezioni Unite bacchettano l'Adunanza Plenaria* e di G. PELLEGRINO, *Aggiudicatario iperprotetto. Il monito delle Sezioni Unite sull'incidentale*, ai quali si rinvia.

prioritariamente, finisce - al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione - per sanzionare una sola impresa 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?.

Tale considerazione, unitamente alle altre rinvenibili nella motivazione, non è però bastata a giustificare la cassazione della decisione dell'Adunanza Plenaria impugnata *“in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate”.*

4. Conclusioni.

Con il presente scritto, si è cercato di tratteggiare una sintesi dell'ancora discussa questione della pregiudizialità del ricorso incidentale rispetto a quello principale

Come si è detto, la problematica dell'ordine di trattazione degli anzidetti ricorsi, e delle conseguenze che tale ordine comporta, pareva essersi risolta definitivamente con la decisione assunta dalla citata Adunanza Plenaria n. 4/2011; così non è stato, in quanto i Tribunali Amministrativi hanno assunto recentemente posizioni quantomeno dubbiose circa la correttezza dell'impostazione del Supremo Consesso. Il recente monito

delle Sezioni Unite in ordine al *vulnus* del principio della parità delle parti è certamente condivisibile.

La questione, in particolare, si è spostata in sede Europea, a seguito della sua rimessione da parte del Tribunale Amministrativo piemontese alla Corte di Giustizia Europea, che sarà chiamata a decidere se i principi espressi dall'Adunanza Plenaria possano considerarsi lesivi, come pare, della parità della parti processuali e della concorrenza.

In attesa del responso della Corte, sembra che i dubbi sollevati dal Collegio piemontese possano essere condivisi, in quanto affermare sempre e comunque la pregiudizialità del ricorso incidentale escludente – indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura selettiva – può sostanziarsi in un'ingiusta ed irreparabile lesione degli interessi del ricorrente principale.

S. CRESTA, *L'ordine di trattazione del ricorso incidentale C.D. paralizzante in materia di appalti pubblici nella (variegata) lettura giurisprudenziale*, 4 Businessjus 12 (2012)

Unless otherwise noted, this article and its contents are licensed under a
Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>

Se non altrimenti indicato, il contenuto di questo articolo è rilasciato secondo i termini della licenza
Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.