**Rito *ex* art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e ricorso incidentale**

Intervento al Convegno di Venezia del 9 novembre 2018

Parte prima – nozione e natura del ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale tradizionalmente viene inteso come lo strumento messo a disposizione del controinteressato per paralizzare l’azione del ricorrente principale, al fine di conservare i vantaggi che ritrae dal provvedimento da quest’ultimo impugnato con il ricorso principale.

Il ricorso incidentale nel processo amministrativo ha funzioni diverse rispetto al processo civile. In questo si vuole ottenere la concentrazione delle impugnazioni (art. 333 c.p.c.) facendo confluire tutti i gravami contro la stessa decisione nel processo instaurato con il primo gravame. Nel processo amministrativo, invece, si mette a disposizione del controinteressato un mezzo di tutela ulteriore rispetto alla mera memoria, a tutela di un interesse sorto in capo allo stesso solo in conseguenza della proposizione del ricorso principale.

L’art. 42 comma 1 cpa chiarisce subito la dipendenza del ricorso incidentale dal ricorso principale. Con il rimedio incidentale, infatti, si possono proporre domande se l’interesse sorge in conseguenza della proposizione del ricorso principale.

La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo discusso se il ricorso incidentale sia un’eccezione, cioè un rimedio dato al controinteressato per paralizzare il ricorrente principale, o se sia un’azione processuale autonoma, cosicché il controinteressato non mira solo all’inammissibilità del ricorso principale, ma ha interesse all’annullamento dell’atto impugnato, sia pure per motivi diversi dal ricorrente principale.

Secondo parte della giurisprudenza, si tratta di ricorso riconvenzionale, che utilizza il ricorso pendente per far valere un interesse connesso e contrapposto a quello già azionato. Esso presuppone un interesse futuro ed eventuale, collegato al possibile accoglimento del ricorso principale, cioè un interesse che allo stato non potrebbe essere azionato con separato e autonomo ricorso principale.

Altra giurisprudenza fa leva sull’accessorietà del ricorso incidentale rispetto a quello principale, nel senso che il ricorso incidentale è legato non solo all’esistenza, ma alla sorte del ricorso principale. Nel ricorso incidentale l’interesse a ricorrere si connette all’avvenuta notificazione del ricorso principale (tenuto conto del fatto che il ricorrente incidentale è ormai decaduto dal potere di proporre ricorso principale).

In giurisprudenza, a partire dall’A.P. n. 11/2008, è emersa la non univocità del ricorso incidentale. Questo ha i connotati di eccezione paralizzante l’azione principale, salvo che sia proposto dal controinteressato unico concorrente in gara oltre al ricorrente principale, perché qui vi sarebbe l’interesse di entrambe le parti alla decisione sul proprio ricorso e, quindi, il ricorso incidentale avrebbe valenza di impugnazione dell’altrui ammissione.

La dottrina critica tale impostazione, perché non è possibile sostenere che il ricorso incidentale abbia valenza impugnatoria se i concorrenti sono solo due e valenza di eccezione se riesce anche a paralizzare l’azione principale.

La dottrina maggioritaria sostiene che il ricorso incidentale è sostanzialmente volto ad introdurre nel giudizio in via di azione, sia pure accessoria, un’eccezione.

Una dottrina risalente afferma che il ricorrente incidentale ha un interesse a ricorrere virtuale, suscettibile di divenire attuale in caso di accoglimento del ricorso principale. Con il ricorso incidentale si mira non all’annullamento dell’atto, ancorché impugnato, ma alla declaratoria di inammissibilità, a seguito del suo accoglimento, del ricorso principale.

 Altra dottrina dice, invece, che l’accessorietà del ricorso incidentale è limitata alle impugnazioni incidentali tardive o proposte da chi aveva prestato acquiescenza al provvedimento impugnato, e non si estende alle impugnazioni incidentali autonome rispetto a quella principale (che potrebbero essere convertite in ricorso autonomo se il ricorrente principale dichiarasse di non avere più interesse a coltivare il giudizio).

Se il ricorso incidentale ha natura di eccezione e non di impugnazione, esso potrebbe essere proposto anche dalla stessa P.A., per contestare un proprio atto, ove ciò fosse necessario al fine di conservare l’atto impugnato dal ricorrente principale. Quindi, il ricorso incidentale è una particolare figura di eccezione di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse, con il corollario che il suo accoglimento non porta all’annullamento dell’atto impugnato.

Contro questa ricostruzione, altra dottrina ha osservato che il mancato annullamento degli atti gravati non basta ad escludere che il ricorso incidentale sia un’azione autonoma, essendo il giudice chiamato a valutare, sia pure in via virtuale, la legittimità degli atti censurati. Una tesi isolata afferma l’ammissibilità del ricorso incidentale solo in caso di atti scindibili (e quindi atti plurimi), perché solo così si può evitare l’idea di un ricorso non sorretto, al tempo della sua proposizione, da un interesse attuale.

La tesi dell’azione autonoma contesta che l’accessorietà del ricorso incidentale significhi che esso è un’eccezione: il ricorso incidentale reca una vera e propria domanda (la richiesta di provvedimenti favorevoli, mentre l’eccezione si limita alla richiesta di reiezione del ricorso principale), poiché con esso si mira non solo all’inammissibilità del ricorso principale, ma all’annullamento dell’atto impugnato, pur se per motivi diversi dal ricorrente principale, cosicché il giudice, se il ricorso incidentale è fondato, dovrà annullare l’atto con esso impugnato.

Nello stesso senso, altra dottrina invoca il divieto per il G.A. di disapplicare atti amministrativi: il ricorrente incidentale ha interesse all’annullamento dell’atto amministrativo per far venir meno l’interesse del ricorrente principale alla sua impugnazione. Viene così contestata la tesi dell’efficacia paralizzante del ricorso incidentale su quello principale, anche quando con quest’ultimo si articolino censure che agiscono sullo stesso piano, perché a riconoscere detta efficacia, si violerebbe il principio di perfetta parità delle parti nel processo.

Tale ricostruzione è stata criticata, perché si è detto che il ricorso incidentale non mira – al contrario di quello principale – all’annullamento/contestazione della legittimità di un provvedimento amministrativo, ma solo a sottrarre il suo autore alle conseguenze negative che potrebbero derivargli dall’accoglimento del ricorso principale.

La tesi dell’impugnazione ha a proprio fondamento la circostanza che per la proposizione del ricorso incidentale il controinteressato deve osservare una serie di regole (notifica, termini perentori) che invece non valgono per le eccezioni. Inoltre, il ricorso incidentale può essere convertito in ricorso autonomo ove di questo abbia i requisiti. Esso, tuttavia, ha gli effetti paralizzanti di un’eccezione. La contraddizione apparente si supera distinguendo tra rimedio usato per difendere la posizione di vantaggio (derivante dal provvedimento impugnato in via principale) e effetti che scaturiscono dal rimedio stesso.

Da ultimo, si è sostenuto che il ricorso incidentale è necessariamente dipendente e accessorio rispetto all’azione principale, perché si insinua in un processo già instaurato, con il solo scopo di conservare la posizione di vantaggio acquisita grazie al provvedimento oggetto del ricorso principale.

Il Codice del processo amministrativo ha risolto il problema della natura del ricorso incidentale quale mezzo di impugnazione autonoma, seppure connesso, quanto al sorgere dell’interesse a proporlo, alla notifica del ricorso principale, perché:

* all’art. 42, comma 2, rinvia, quanto alla disciplina del ricorso incidentale, al ricorso principale (contenuto, modalità di notifica, ecc.). Non costituisce prova contraria il fatto che per proporlo non occorre un nuovo mandato, poiché quello rilasciato per la costituzione in giudizio si intende comprensivo anche della proposizione del ricorso incidentale (salva prova contraria) e del resto la stessa regola vale per i motivi aggiunti, i quali, ove siano rivolti all’impugnazione di un nuovo atto, certamente hanno natura di nuova azione;
* all’art. 13 del d.lgs. n. 115/2002, come modificato dal cpa, ha previsto l’obbligo di versare, per il ricorso incidentale, il contributo unificato, contributo assolutamente non ipotizzabile per le eccezioni volte a paralizzare la pretesa attorea (es. tardività) e che, invece, analogamente è previsto per i motivi aggiunti recanti domande nuove. Del resto, proprio l’art. 13 cit. intende per ricorsi “quello principale, quello incidentale e i motivi aggiunti che introducono domande nuove”.

\*\*\*\*

Parte seconda – il rito super-accelerato o super-speciale ex art. 120, comma 2-bis, cpa

Come da ultimo sottolineato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione del 26 aprile 2018, n. 4, il rito super-accelerato ex art. 120, comma 2-bis, cpa, è stato introdotto con finalità di porre un argine ai giudizi cd. retrospettivi, in cui la domanda di annullamento ha ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione, ma la controversia si incentra sui pretesi vizi di legittimità dell’ammissione (anche dello stesso ricorrente principale, ove vi sia un ricorso incidentale escludente), con conseguente retrocessione del procedimento, in caso di accoglimento, alla fase preliminare (della verifica dei requisiti).

Secondo quanto osserva la Plenaria, si dà così attuazione ai principi di efficienza, speditezza, economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara: si pensi, sul punto, allo spreco di tempo e energie lavorative, ovvero al rischio di perdita di finanziamenti, connessi alla regressione del procedimento – per effetto dell’accoglimento del giudizio “retrospettivo” – alla fase iniziale dell’ammissione. Nel contempo – aggiunge la dottrina, l’obiettivo è quello della più efficiente competizione tra gli aspiranti partecipanti alla gara, poiché questa si pone come una sorta di “mercato in miniatura”, dove merita tutela l’interesse sostanziale degli operatori di accedere alla gara stessa. Quindi, interesse dei singoli operatori, da un lato, interesse generale, dall’altro, anche se taluni lamentano che è soprattutto questo a venire in rilievo, avendo il nuovo rito previsto l’impugnazione di atti “solo marginalmente lesivi”.

Le questioni più dibattute nascenti dall’introduzione del nuovo rito, tra cui quella della proponibilità del ricorso incidentale da parte del concorrente/controinteressato, la cui ammissione è stata impugnata, con il corollario dell’individuazione del dies a quo da cui decorre il termine per proporre il suddetto ricorso, sottendono una questione di fondo: quella della riconducibilità o meno del nuovo rito super-speciale rispetto ai principi generali del processo, con particolare riguardo all’interesse a ricorrere e alla posizione sostanziale legittimante.

Una prima tesi muove dalla natura eccezionale del nuovo rito. Se l’interesse legittimo configurabile nelle gare pubbliche è quello ad ottenere l’aggiudicazione, l’imposizione di un onere di impugnazione degli atti di ammissione, in una fase in cui ancora non si è definita la posizione in graduatoria dei partecipanti, presuppone un interesse a ricorrere privo di attualità e concretezza, che, perciò, implica una significativa deviazione dai principi generali del processo. Ne seguono, quali corollari sul piano ermeneutico:

1. l’inapplicabilità al rito super-speciale, proprio per la sua natura non solo speciale, ma eccezionale e derogatoria rispetto anche ai principi fondamentali del processo, delle norme generali e, quindi, per quanto concerne ad es. il termine di impugnativa, l’inapplicabilità della disciplina sulla “piena conoscenza” acquisita aliunde ex art. 41 cpa, per quanto concerne, invece, il ricorso incidentale, l’inapplicabilità della disciplina generale di cui all’art. 42 cpa;
2. la necessità, comunque, di un’interpretazione costituzionalmente conforme del nuovo rito e, così, in ordine al termine di impugnativa, l’applicazione esclusiva della regola che fa decorrere il termine dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione (senza pubblicazione, pertanto, il termine non decorre), quale misura che salvaguarda di più il diritto di difesa del ricorrente (principale), già onerato dal dover forzosamente anticipare il ricorso al momento dell’ammissione. Qui, però, il parallelo con il ricorso incidentale rischia di non funzionare più, perché, come si vedrà meglio infra, secondo la giurisprudenza (C.d.S., Sez. III, n. 5182/2017), una lettura della nuova disciplina processuale conforme all’art. 24 Cost. porterebbe a ritenere che anche nel rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa si possa proporre il ricorso incidentale secondo il modello dell’art. 42 cpa (la norma generale, perciò, dovrebbe trovare applicazione).

Una diversa prospettiva, che trova appiglio nell’A.P. n. 4/2018, muove invece dalla constatazione che, con il rito super-speciale, il Legislatore ha riconosciuto autonoma rilevanza a un interesse procedimentale, quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti, accordandogli una rapida protezione giurisdizionale. Questo interesse deve essere distinto da quello generale alla correttezza e trasparenza della procedura di gara, poiché è specifico del singolo operatore economico ed è qualificato dall’ordinamento, che ne prevede le forme e le modalità di tutela.

In tal modo, la previsione di un interesse, in capo a ciascun partecipante alla gara, ad uno svolgimento corretto della gara stessa, affinché questa abbia luogo al netto di contestazioni attinenti al possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali in capo agli altri concorrenti, si salda con la ratio del nuovo rito, come sopra esposta, di far sì che l’eventuale giudizio sull’aggiudicazione non sia, per così dire, retrospettivo, ma si incentri – come evidenziano giurisprudenza e dottrina – sull’effettivo concorso competitivo delle offerte.

Si tratterebbe di un favor per l’invarianza della platea dei partecipanti alla gara già presente nel Codice del 2006 (alla stregua della novella del 2014), lì dove era stata prevista l’irrilevanza delle variazioni successive alla fase di ammissione, regolarizzazione ed esclusione delle offerte ai fini del calcolo delle medie nella procedura e per l’individuazione della soglia di anomalia (art. 38, comma 2-bis). E, come osserva l’A.P. n. 4/2018, non si tratterebbe di una novità assoluta, alla luce della disciplina sulle controversie in materia elettorale dettata dall’art. 129 cpa, in cui del pari il Legislatore ha accordato immediata protezione ad un interesse procedimentale (quello a partecipare al procedimento elettorale).

In questo modo si è realizzata la “giuridicizzazione” dell’interesse degli operatori economici ad accedere alla gara ad armi pari (e qui torna la concezione della gara come “mercato in miniatura”) e ad acquisire rapidamente certezza in ordine alla composizione della platea dei concorrenti: un interesse meramente  procedimentale e strumentale rispetto all’ottenimento del bene della vita (l’aggiudicazione) e che, però, ha un suo quid sostanziale, poiché la minore o maggiore ampiezza della platea dei concorrenti incide sulla chance del concorrente di ottenere l’aggiudicazione (così l’A.P. n. 4/2018, che per tal via sottolinea la differenza di tale questione rispetto alla tematica dell’impugnativa delle cd. clausole escludenti, lì dove l’obiettivo è quello della ripetizione della procedura).

A tale interesse, reso giuridicamente autonomo per scelta normativa, corrisponde il potere della stazione appaltante di valutare l’ammissibilità delle domande di partecipazione, cosicché, ove tale potere sia male esercitato, l’interesse stesso sarà leso e il concorrente potrà reagire sul piano processuale azionando il rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa.

Peraltro, la dottrina ha espresso dubbi sull’idoneità del nuovo rito a perseguire l’obiettivo avuto di mira, quello di realizzare l’intangibilità, in un ristretto arco temporale, delle ammissioni dei concorrenti alla gara, almeno laddove il concorrente impugni, con il ricorso ex art. 120, comma 2-bis, la propria esclusione. In questa ipotesi, o si afferma, come si vedrà infra, che tutti i partecipanti alla gara sono controinteressati in senso tecnico, ai quali il ricorso va notificato, oppure non scatterà la preclusione di cui al medesimo art. 120, comma 2-bis: infatti, il giudicato sulla sentenza di annullamento dell’atto di esclusione, ex art. 2909 c.c., non potrebbe comunque far stato nei confronti di chi è rimasto estraneo al processo, con il corollario che il concorrente non evocato (terzo pretermesso), qualora il soggetto escluso e poi riammesso dovesse aggiudicarsi l’appalto, potrebbe impugnare l’aggiudicazione facendo valere vizi derivati dall’illegittima ammissione, con conseguente frustrazione dell’obiettivo della novella. A questi dubbi ha provato a dare risposta altra dottrina, come si vedrà nella parte finale della trattazione.

\*\*\*\*

Parte terza – il ricorso incidentale nel rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa – la giurisprudenza

La questione della natura del ricorso incidentale torna in ballo con il problema della sua esperibilità nel rito super-accelerato di cui all’art. 120, comma 2-bis, cpa: problema su cui vertono le due tematiche (a loro volta inestricabilmente connesse) dell’ammissibilità di tale rimedio nel rito in discorso e del termine per la sua proposizione.

Un primo orientamento presente in giurisprudenza è quello espresso dalla III^ Sezione del Consiglio di Stato nella prima sentenza che si è occupata approfonditamente del problema: la n. 5182 del 10 novembre 2017.

La sentenza analizza la questione della tardività del ricorso incidentale “paralizzante” proposto in primo grado. Detta tardività è stata affermata dal giudice di prime cure (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226) in quanto il ricorso incidentale è stato proposto oltre il termine di trenta giorni che, in questa prospettiva, decorre non dalla notifica del ricorso principale (come prevede l’art. 42 cpa per il ricorso incidentale “ordinario”), ma dalla conoscenza del provvedimento di ammissione del ricorrente principale mediante pubblicazione sul profilo del committente ai sensi dell’art. 29 del d.lgs. n. 50/2016: decorrenza che è stabilita dall’art. 120, comma 2-bis, cpa per la proposizione del ricorso principale.

Il T.A.R. Campania ha individuato la ratio del rito super-accelerato per l’impugnativa dei provvedimenti di esclusione e di ammissione in una duplice esigenza: a) definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento anteriore all’esame delle offerte ed alla conseguente aggiudicazione (in questo senso è il parere del CdS sul Codice degli appalti pubblici); b) evitare l’impugnazione dell’aggiudicazione per vizi derivati dalla fase di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, per scongiurare una regressione del procedimento alla fase di ammissione, con pregiudizio alla speditezza ed economicità della gara (così il parere del CdS sul decreto correttivo). Secondo i giudici di primo grado, ammettere la proposizione del ricorso incidentale nel rito super-accelerato ex art. 120, comma 2-bis con decorrenza dalla notifica del ricorso principale viola sia il citato comma 2-bis, sia la ratio sottesa al nuovo rito che, come sottolineato sempre dal parere n. 782/2017 sul decreto correttivo, è di *“*neutralizzare per quanto possibile …l’effetto “perverso” del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)”.

Il Consiglio di Stato dissente da tale pronuncia, confutando gli argomenti addotti dal T.A.R. a sostegno delle proprie conclusioni.

In primo luogo, la decorrenza del termine per proporre il ricorso incidentale dalla notifica del ricorso principale, in applicazione della regola generale ex art. 42 cpa, non compromette la ratio legis sottesa al rito super-accelerato, poiché resta ferma la preclusione all’uso del ricorso incidentale quale strumento per far valere, in sede di impugnativa dell’aggiudicazione, censure relative alla fase di ammissione (preclusione che, come si è visto, è esplicitata dallo stesso comma 2-bis). Questa sarebbe la vera utilità perseguita con il nuovo rito, come si ricaverebbe dall’art. 1, lett. bbb) della legge delega (n. 11/2016).

Né vi sarebbe un pregiudizio alla rapidità di celebrazione del processo, poiché la decorrenza del termine per l’incidentale dalla notifica del principale importa un aumento non significativo dei tempi processuali (30 giorni). Peraltro tale aumento è quello che si verifica nel caso di differimento per la proposizione di motivi aggiunti, espressamente ammessa dal comma 6-bis dell’art. 120 cpa.

Un altro argomento è quello testuale: è lo stesso comma 6-bis, quale norma che disciplina esplicitamente il rito super-speciale sulle ammissioni ed esclusioni, a menzionare la proposizione del ricorso incidentale (ammettendo in questa ipotesi il rinvio della camera di consiglio stabilita per la discussione della causa). Ma, allora, il ricorso incidentale deve essere attivabile per impugnare “gli atti che costituiscono l’oggetto proprio di questa tipologia di rito” super-speciale, ossia le altrui ammissioni e, quindi, con la scansione dei termini delineata dall’art. 42 cpa (trenta giorni dalla notifica del principale).

Altro argomento testuale si rinviene, secondo il Consiglio di Stato, nel medesimo comma 2-bis. Questo, infatti, nel caso di mancata impugnativa nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell’ammissione, prevede una sola preclusione all’uso del ricorso incidentale: la preclusione di far valere con tale rimedio l’illegittimità derivata delle procedure di affidamento, ossia l’illegittimità derivata di atti ulteriori e a valle dei provvedimenti di ammissione e di esclusione dei concorrenti; si pensi alla valutazione delle offerte e all’aggiudicazione. (A questo riguardo, è rimasto isolato l’indirizzo che ha sostenuto che la preclusione riguarderebbe il ricorso principale e non quello incidentale, poiché solo con il primo si farebbe valere l’illegittimità derivata, mentre con il ricorso incidentale si farebbe valere non un vizio della procedura di gara, ma una causa di inammissibilità del ricorso principale).

Il comma 2-bis non contiene, invece, alcuna preclusione circa le ulteriori modalità di esplicazione del ricorso incidentale e, quindi, non preclude in alcun modo l’attivazione del rimedio nelle modalità ordinarie dettate dall’art. 42 cpa.

Tuttavia, l’argomento “forte”, secondo il Consiglio di Stato è quello sistematico: affermare che il termine del ricorso incidentale decorre dalla pubblicazione dell’altrui ammissione ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 significa sostanzialmente – afferma la Sezione Terza – espungere il ricorso incidentale “proprio” (cioè che trova la sua ragion d’essere nella proposizione del ricorso principale) dal rito super-accelerato ex art. 120, comma 2-bis, cpa.

Infatti, se il ricorso incidentale va proposto (al pari di quello principale), nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell’ammissione, esso finisce per essere svincolato e indipendente dal ricorso principale, non solo sotto il profilo del termine della sua proposizione, quanto sotto il profilo dell’essenzialità della sua cognizione, poiché il giudice sarà costretto a esaminare entrambi i ricorsi indipendentemente dai loro rispettivi esiti (equiordinazione delle questioni) e, quindi, dovrà esaminare l’incidentale anche in caso di acclarata infondatezza del principale. Ma in questo modo principale e incidentale danno vita ad azioni autonome e prive di reciproche implicazioni. È chiaro – conclude la Terza Sezione – che questo tipo di rimedio non ha nulla del ricorso incidentale in senso proprio, perché non costituisce più uno strumento di difesa riconvenzionale proponibile in via consequenziale al ricorso principale.

Una simile conclusione – obietta però il Consiglio di Stato – nel determinare l’espunzione dal rito super-accelerato del rimedio di cui all’art. 42 cpa, comporta in danno del resistente/controinteressato un vulnus delle sue facoltà di difesa, che non è bilanciato da vantaggi o ragioni sistematiche di pari rilievo. La parte intimata in giudizio, la cui ammissione viene contestata, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l’iniziativa avversaria. Soprattutto, il concorrente ammesso, che voglia tutelarsi dal (rischio) di eventuali iniziative avversarie volte a farlo escludere dalla gara, non potrebbe far altro che agire preventivamente, impugnando le altrui ammissioni (e di tutti gli altri, a questo punto), prima ancora di avere notizia di analoghe iniziative proposte da altri nei suoi confronti e senza poter verificare l’utilità difensiva della sua iniziativa processuale: ma una simile situazione è contraria all’art. 24 Cost., poiché è contraria alla regola di un esercizio proporzionato e ragionevole del diritto di difesa, cioè commisurato ad una valutazione di necessità e di preventiva stima dei costi e dei benefici: valutazione che, invece, è necessaria, perché essa suggerisce o sconsiglia l’attivazione onerosa dell’azione giudiziale.

La soluzione del decorso del termine di trenta giorni dalla notifica del ricorso principale, ex art. 42, comma 1, cpa., – conclude il Consiglio di Stato – riesce, invece, a conciliare le esigenze sottese al rito super-accelerato con i principi processuali di matrice costituzionale e con la stessa natura del ricorso incidentale. Essa, infatti:

1. tiene ferma la concentrazione in un unico giudizio, caratterizzato da snellezza e celerità secondo la disciplina del comma 6-bis, di tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione e di esclusione dei concorrenti;
2. è rispettosa dei principi di parità delle armi ed effettività del contraddittorio;
3. nel contempo, fa salva la natura del ricorso incidentale quale strumento di tutela dell’interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

    \*\*\*\*

L’orientamento giurisprudenziale ora riferito ha trovato adesione in una successiva pronuncia del T.A.R. Toscana (Sez. I, 30 gennaio 2018, n. 146), secondo cui l’art. 120, comma 2-bis non deroga all’art. 42 cpa: ciò, in coerenza con la natura stessa del ricorso incidentale, che opererebbe sul piano processuale a guisa di eccezione, volta a paralizzare il ricorso principale e a neutralizzare gli effetti del suo accoglimento. Il ricorso incidentale mira a mantenere inalterato l’assetto di interessi garantito dal provvedimento gravato in via principale (qui: il provvedimento di ammissione del controinteressato o di esclusione del ricorrente principale): perciò, è solo la proposizione del ricorso principale che, mettendo a rischio quell’assetto, fa sorgere in capo a colui che è controinteressato rispetto al ricorso principale l’interesse a proporre a sua volta l’impugnazione, in aderenza allo schema dettato in via generale dall’art. 42 cpa.

Tale orientamento è stato poi confermato da una successiva pronuncia ancora della Terza Sezione del Consiglio di Stato (n. 1902 del 27 marzo 2018), di poco anteriore all’intervento dispiegato in materia dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 4/2018).

La Sezione esamina partitamente le questioni:

1. dell’ammissibilità stessa del ricorso incidentale nel rito super-accelerato di cui all’art. 120, comma 2-bis, cpa e quindi della compatibilità del rimedio con tale rito;
2. dell’individuazione del dies a quo dal quale decorre il termine per la proposizione del ricorso incidentale.

La prima questione ha ricevuto soluzione positiva da parte della sentenza appellata (T.A.R. Basilicata, Sez. I, 4 ottobre 2017, n. 621), che ha richiamato sul punto il successivo comma 6-bis. Questo, infatti, da un lato ha previsto la possibilità di rinviare la trattazione del ricorso ex art. 120 comma 2-bis cpa per consentire la proposizione del ricorso incidentale. Ciò è indice testuale dell’ammissibilità del ricorso incidentale anche nel rito super-speciale di cui si discute. Inoltre, il comma 6-bis, nel regolamentare il rito super-speciale, non pone alcuna limitazione all’applicabilità a questo della disciplina dettata dall’art. 42 cpa in via generale per il ricorso incidentale.

L’indirizzo giurisprudenziale opposto a quello seguito dal T.A.R. reputa che la menzione nel comma 6-bis del ricorso incidentale si riferisca a ricorsi incidentali che hanno un oggetto diverso dal provvedimento di ammissione alla gara, ad es. hanno ad oggetto la lex specialis di gara, interpretata in senso presupposto dal ricorrente principale. Ciò perché altrimenti il comma 6-bis consentirebbe l’impugnazione dell’atto di ammissione altrui oltre il termine stabilito dal comma 2-bis (e, quindi, il ricorrente incidentale godrebbe di un regime più favorevole rispetto al ricorrente principale, potendo egli agire in via incidentale oltre il citato termine).

Tuttavia, il T.A.R. Basilicata valorizza il dato testuale dell’art. 120, comma 2-bis, che come già detto, in ipotesi di mancata impugnazione dell’atto di ammissione nel termine ivi previsto (trenta giorni dalla pubblicazione), preclude solo il ricorso incidentale volto a far valere, in sede di impugnazione degli atti successivi (valutazione delle offerte, aggiudicazione), l’illegittimità derivata di tali atti per i vizi rivenienti dall’atto di ammissione. Inoltre osserva come il ricorso incidentale costituisca impugnazione dello stesso provvedimento oggetto del ricorso principale e, quindi, risponda all’esigenza di concentrare in un unico giudizio, snello e celere, tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti.

Avverso la decisione del T.A.R. Basilicata l’appellante ha mosso molteplici rilievi critici.

Anzitutto, l’introduzione del rito super-speciale intende evitare il proliferare di ricorsi incidentali plurimi e incrociati, sicché l’interesse al ricorso è individuato ex lege in correlazione all’esclusione del concorrente o all’ammissione degli altri concorrenti al prosieguo della gara. Pertanto, ogni operatore economico deve attivarsi giudizialmente per reagire a situazioni ritenute lesive (la propria esclusione o l’altrui ammissione) a partire da una data fissa e certa: ma ciò non è compatibile con l’ammissione di un ricorso incidentale escludente o paralizzante, che di fatto elude i termini di legge.

In secondo luogo, il principio di concentrazione di tutte le questioni attinenti all’ammissione o esclusione dalla gara sarebbe comunque garantito dal fatto che la legge attribuisce a tutti gli operatori economici il potere di ricorrere avverso l’altrui ammissione (tutti hanno ex lege interesse al ricorso quindi tutti possono impugnare).

L’appellante insiste poi che la menzione del ricorso incidentale nel comma 6-bis deve intendersi riferita a ricorsi incidentali aventi un oggetto diverso dall’atto di ammissione del ricorrente principale.

La Sezione Terza, a confutazione delle censure dell’appellante e a conferma dell’operato del giudice di primo grado, richiama le argomentazioni della precedente decisione n. 5182/2017. Il ricorso incidentale, dunque, è ammesso anche nel rito ex art. 120, comma 2-bis cpa, poiché:

1. la rapidità di celebrazione del contenzioso sulle ammissioni non è pregiudicata dall’ammissibilità del ricorso incidentale, che comporta un incremento dei termini pari a quello dei motivi aggiunti (trenta giorni);
2. la menzione del ricorso incidentale nel comma 6-bis fa intendere che il ricorso incidentale possa avere ad oggetto anche gli atti che sono l’oggetto proprio del nuovo rito super-accelerato (quindi, gli atti di ammissione);
3. la preclusione all’uso del ricorso incidentale riguarda esclusivamente le censure relative alla fase di ammissione dedotte in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione;
4. l’esclusione del ricorso incidentale comporterebbe una notevole e ingiustificata compressione delle facoltà difensive della parte resistente;
5. la concentrazione in un unico giudizio, snello e rapido, di tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione e esclusione dei concorrenti è coerente con la natura del ricorso incidentale, quale mezzo di tutela dell’interesse che sorge in dipendenza dal ricorso principale.

La Terza Sezione affronta quindi il problema del dies a quo per la proposizione del ricorso incidentale, con riguardo alla possibilità o meno di derogare al criterio della pubblicazione sul profilo del committente ex art. 29 del codice degli appalti pubblici in base al criterio della cd. piena conoscenza acquisita aliunde. Ciò, in particolare, qualora un rappresentante del ricorrente incidentale sia stato presente alla seduta di gara in cui è stata disposta l’ammissione del ricorrente principale.

Va, peraltro, precisato sul punto che questo non sta ad indicare una contraddizione nella sentenza tra l’adesione alla tesi dell’applicabilità dell’art. 42 cpa e poi l’invocazione, al contrario, dell’art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, poiché nella fattispecie concreta esaminata dai giudici di appello il ricorso incidentale è stato proposto tempestivamente anche assumendo il decorso del termine dalla pubblicazione di cui al citato art. 29.

In via generale, l’onere di immediata impugnazione dell’altrui ammissione ex art. 120, comma 2-bis, cpa è subordinato alla pubblicazione di tale atto, perché diversamente il concorrente sarebbe costretto a proporre un ricorso al buio. In questo settore, perciò, la cd. piena conoscenza acquisita aliunde, rilevante ai fini del decorso del termine di impugnazione, richiede un particolare rigore nel suo accertamento. Ciò, in ragione sia della specialità dell’art. 120, comma 2-bis, cpa, sia del fatto che la pubblicazione ex art. 29 del Codice appalti dei provvedimenti di ammissione/esclusione dei concorrenti assicura una conoscenza piena ed effettiva di tali provvedimenti. Ne deriva che la cd. piena conoscenza sussiste solo ove vi sia la prova concreta dell’effettiva conoscenza degli atti di gara acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti stessi.

Ma allora – prosegue il Consiglio di Stato – la mera presenza di un rappresentante dell’impresa alla seduta di gara in cui si dispone l’ammissione alla gara dell’altro concorrente, non basta a far decorrere il termine di impugnativa del provvedimento di ammissione, qualora manchi la prova della percezione effettiva ed immediata da parte del suddetto rappresentante delle illegittimità che possano aver inficiato la medesima ammissione.

Il punto fondamentale per la sentenza in esame è che all’impugnazione dell’altrui ammissione non può applicarsi la giurisprudenza relativa all’impugnativa del provvedimento di esclusione dalla gara. In questo caso, infatti, l’impresa concorrente conosce bene la propria domanda di partecipazione alla gara, con i relativi allegati, e quindi è certamente in grado di comprendere sin dalla seduta pubblica le ragioni della propria esclusione. Non è così, invece, per l’ammissione alla gara delle altre concorrenti, nel qual caso l’impresa deve poter conoscere la motivazione di tale ammissione alla luce della documentazione prodotta dalle altre imprese per la partecipazione alla gara, così da poter desumere eventuali ragioni di illegittimità dell’atto di ammissione.

Pertanto ove (come nel caso esaminato) il verbale della seduta di gara non contenga alcuna indicazione delle ragioni per le quali l’altro concorrente (il ricorrente principale) è stato ammesso alla gara, il verbale stesso sia assai sintetico e la seduta di gara abbia avuto nel suo complesso una durata ridotta, il termine per proporre ricorso incidentale contro l’altrui ammissione non potrà decorrere dalla conoscenza di detta ammissione da parte dell’impresa, realizzatasi nella predetta seduta di gara.

\*\*\*\*

Il rovesciamento dell’orientamento espresso in tema di ammissibilità del ricorso incidentale nel rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa dalle sentenze sopra riportate avviene con l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 26 aprile 2018, n. 4. Le argomentazioni della Plenaria vengono poi ulteriormente sviluppate dalla più recente giurisprudenza e in particolare dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato nella decisione n. 5036/2018 del 23 agosto 2018.

Nel caso analizzato, la sentenza appellata (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 703) ha accolto sia il ricorso principale, sia il ricorso incidentale. Il giudice di primo grado, peraltro, ha ritenuto che il ricorso incidentale fosse tardivo, in quanto proposto oltre il termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione del provvedimento di ammissione e dal perfezionamento dell’accesso (cioè proposto nel termine previsto dall’art. 42 cpa per il ricorso incidentale ordinario), ma ha rimesso in termini il ricorrente incidentale ritenendo sussistenti nella fattispecie i presupposti dell’errore scusabile, alla luce del diverso indirizzo seguito dalla già citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5182/2017 – sopravvenuta nelle more del giudizio – la quale aveva invece affermato l’operatività, anche nel rito ex art. 120, comma 2-bis, della disciplina ordinaria sulla proposizione del ricorso incidentale dettata dall’art. 42 cpa.

L’appellante principale (ricorrente principale nel giudizio di primo grado) contesta anzitutto che nel caso di specie ricorrano gli estremi dell’errore scusabile ex art. 37 cpa, non essendo la sentenza del Consiglio di Stato n. 5182/2017 idonea, di per sé, a prefigurare un’oscillazione giurisprudenziale che determini oggettive ragioni di incertezza, ai sensi dell’art. 37 cit., nell’esatta interpretazione della norma processuale. Peraltro, gli estremi dell’errore scusabile non ricorrerebbero neppure sotto l’aspetto soggettivo, poiché l’indugio nel proporre il ricorso incidentale, a fronte del descritto quadro normativo, rivelerebbe una condotta negligente del ricorrente incidentale e, perciò, la non scusabilità dell’errore.

Inoltre, mentre la sentenza n. 5182/2017 si riferirebbe al ricorso incidentale escludente, nel caso qui in esame il ricorso incidentale non avrebbe tale carattere, vista la presenza di altri operatori, i cui requisiti di qualificazione non sarebbero in contestazione. Difetterebbe poi l’interesse strumentale alla riedizione della gara. Il ricorso incidentale sarebbe quindi il mascheramento di un ricorso principale autonomo, per il quale però difetterebbe l’interesse, atteso che il concorrente è stato escluso dalla procedura.

Avverso la sentenza di primo grado viene proposto altresì appello incidentale, tramite cui l’appellante si duole, tra l’altro, del fatto che il T.A.R. abbia formalmente ritenuto irricevibile il ricorso incidentale e ne abbia recuperato l’ammissibilità solo grazie al meccanismo della rimessione in termini per la scusabilità dell’errore.

È da questo versante – notano i giudici di appello – che viene introdotta la questione dell’ammissibilità o meno del ricorso incidentale nel rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa. La pronuncia in esame si discosta dal precedente di cui alla sentenza n. 5182/2017, affermando che il concorrente, il quale abbia subito in via preventiva l’impugnazione da parte di altro concorrente della propria ammissione al prosieguo della gara e che intenda chiedere l’esclusione del ricorrente principale, deve proporre ricorso incidentale non sulla base delle modalità del ricorso incidentale “ordinario” ex art. 42 cpa e cioè nei trenta giorni a decorrere dalla notifica del ricorso principale (il quale fa sorgere l’interesse ad agire), ma dalla conoscenza, “nelle forme legali”, dell’ammissione del ricorrente principale.

Ne consegue – aggiungono i giudici di Palazzo Spada – che il rito super-accelerato ex art. 120, comma 2-bis, cit. non è compatibile con il ricorso incidentale escludente. Infatti, il comma 2-bis postula un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione che comporta una presunzione assoluta di insorgenza immediata dell’interesse a ricorrere. Ma ciò:

1. da un lato, come afferma lo stesso comma 2-bis, preclude l’ammissibilità di un ricorso incidentale escludente (recante la doglianza di invalidità derivata) proposto a valle dell’impugnazione in via principale dell’aggiudicazione;
2. dall’altro, conduce a negare la configurabilità di un ricorso incidentale “in senso proprio”, e cioè inteso quale risposta a un ricorso (principale) immediato avverso l’ammissione, proposto ai sensi e nei termini dell’art. 120, comma 2-bis.

In altre parole, il ricorso incidentale – per come disegnato dal cpa all’art. 42 – postula un interesse che sorge solo per effetto (“in dipendenza”) dell’avvenuta proposizione del ricorso principale. Nello schema dell’art. 120, comma 2-bis, invece, la presunzione assoluta e generalizzata di interesse a ricorrere in capo a ciascuno dei concorrenti (avverso le ammissioni di tutti gli altri) anticipa l’insorgenza dell’interesse alla proposizione del ricorso incidentale escludente al momento in cui il concorrente/ricorrente incidentale ha conoscenza dell’ammissione altrui.

Anche l’impresa di cui viene contestata (con il ricorso principale) la legittimazione a partecipare alla gara ha da subito (con presunzione assoluta) l’interesse a contestare l’ammissione al prosieguo della gara dell’impresa (ricorrente principale) che muove detta contestazione. In forza della riferita presunzione ex lege di insorgenza immediata dell’interesse a ricorrere, ambedue tali imprese hanno un interesse, simile, simmetrico e soprattutto simultaneo, alla reciproca esclusione.

Ma, allora, l’impresa che ipotizza la contestazione da parte di altra impresa della propria legittimazione a partecipare alla gara dispone, per far valere il suo simmetrico interesse a contestare l’ammissione altrui, dello stesso rimedio dell’altra impresa e cioè della possibilità di impugnare l’altrui ammissione nello stesso termine (trenta giorni) decorrente dallo stesso dies a quo (dalla pubblicazione dell’atto di ammissione). Il suo ricorso, se proposto per secondo, non sarà un ricorso incidentale, ma – concludono i giudici d’appello – un ricorso “formalmente autonomo”, anche se proposto in risposta ad altro ricorso (presentato per primo) ed a questo connesso.

In conclusione, nel rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa il ricorso “incidentale” è tale solo perché proposto per secondo, nel contesto di un processo già iniziato da altri, ma è nella sostanza un ricorso autonomo (o, secondo altra definizione, un ricorso incidentale improprio).

L’ora vista conclusione giurisprudenziale – aggiunge la sentenza – ha trovato recepimento nella decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018, la quale ha chiarito:

1. che la mancata attivazione dell’iniziativa processuale entro il termine di trenta giorni ex art. 120, comma 2-bis, cit. preclude al concorrente, oltre alla possibilità di dedurre censure contro l’atto di ammissione in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, anche quella di proporre il ricorso incidentale “paralizzante” contro il ricorso principale rivolto avverso l’atto di ammissione del ricorrente incidentale;
2. che l’art. 120, comma 6-bis, lì dove consente il rinvio della discussione della causa, tra l’altro, al fine della proposizione del ricorso incidentale, si riferisce ai ricorsi incidentali aventi un oggetto diverso dal provvedimento di ammissione del ricorrente principale (ad es.: la lex specialis, intesa in senso presupposto dal ricorrente principale);
3. che la diversa soluzione, volta a consentire la proposizione del ricorso incidentale per vizi afferenti l’ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine previsto dall’art. 120, comma 2-bis, non solo violerebbe il suddetto comma 2-bis, ma contrasterebbe con la ratio sottesa al nuovo rito super-speciale, che – come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere sul decreto correttivo – è quella di neutralizzare, per quanto possibile, l’effetto perverso del ricorso incidentale, anche in ragione della giurisprudenza comunitaria.

Nondimeno, la sentenza n. 5036/2018 riconosce la sussistenza, nella fattispecie oggetto di esame, degli estremi dell’errore scusabile, giustificante la rimessione in termini. Ciò, perché la sentenza della Sezione Terza n. 5182/2017 cit., intervenuta in pendenza dei termini per la proposizione del ricorso, era di suo idonea, per provenienza e autorevolezza, a ingenerare, a fronte del contrario indirizzo giurisprudenziale fino ad allora emerso, un’obiettiva incertezza, non imputabile alla parte, sull’effettiva portata dell’art. 120, comma 2-bis. Si trattava, infatti, della prima occasione in cui i giudici di Palazzo Spada hanno affrontato funditus la questione e della prima loro pronuncia espressa in materia, alla quale, pertanto, non avrebbe potuto non attribuirsi un impatto sulla giurisprudenza di primo grado, attesa la funzione nomofilattica riconosciuta dall’ordinamento alle statuizioni del Consiglio di Stato.

\*\*\*\*

Parte quarta – ricorso incidentale nel rito super-accelerato: la dottrina

La dottrina è stata da subito critica nei confronti dell’indirizzo giurisprudenziale (C.d.S., n. 5182/2017 cit.) favorevole a ritenere tempestivo il ricorso incidentale escludente proposto dall’intimato nel termine di trenta giorni decorrente dalla notifica del primo ricorso, ex art. 42 cpa, non condividendo alcuna delle argomentazioni addotte a sostegno di tale indirizzo.

Quanto al primo argomento, secondo cui la ratio del rito super-accelerato è solo quella di precludere contestazioni relative alla fase di ammissione nel successivo e diverso giudizio sull’aggiudicazione e tale ratio non è incisa dalla proposizione del ricorso incidentale nel termine di trenta giorni ex art. 42 cpa, si tratta – viene obiettato – di argomento condivisibile, ma per nulla decisivo.

Viene fortemente contestata, invece, l’attendibilità del secondo argomento, che fa leva sul dato letterale del comma 6-bis, lì dove ammette il rinvio della trattazione della causa per proporre motivi aggiunti o il ricorso incidentale. Il comma 6-bis, secondo l’indirizzo criticato, consentirebbe di gravare nel rito super-speciale con il ricorso incidentale gli atti propri di questa tipologia di rito, cioè le altrui ammissioni e, per conseguenza, ciò dovrebbe avvenire con la scansione dettata dall’art. 42 cpa: ma – si ribatte – è del tutto scorretto ricavare da una disposizione meramente procedurale, qual è il comma 6-bis, il contenuto del ricorso incidentale, perché, ad es., quest’ultimo potrebbe avere ad oggetto l’impugnativa, ad opera del concorrente la cui ammissione sia stata impugnata, della lex specialis di gara nella parte in cui avrebbe la portata escludente pretesa dal ricorrente principale.

Dal punto di vista dell’elaborazione dogmatica, il ricorso incidentale nel rito ex art. 120, comma 2-bis, potrebbe avere ad oggetto l’impugnativa dell’ammissione del primo ricorrente se si ripescasse la risalente teoria secondo cui il ricorso incidentale è rimedio per tutelare un interesse autonomo e non originato necessariamente dal ricorso principale. In quest’ottica, allora, la proposizione del primo ricorso riapre a vantaggio del notificato i termini per proporre, sotto forma incidentale, quello che in realtà è un ricorso principale. Ma la tesi prevalsa in dottrina e giurisprudenza – come si è visto più sopra – è quella per cui l’interesse a proporre il ricorso incidentale sorge solo a seguito della proposizione del ricorso principale, tant’è vero che se il ricorrente incidentale agisse per primo, la sua impugnazione sarebbe inammissibile per carenza di un interesse attuale. Lo stesso Legislatore – come si è detto all’inizio – ha accolto questa impostazione all’art. 42 cpa, affermando che con il ricorso incidentale si propongono domande, il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

Ma allora, se il ricorso incidentale dell’incidentale ha solo la forma e in realtà è un ricorso principale, non può ammettersi un ricorso incidentale di tal tipo, ove proposto dopo la scadenza dei termini entro cui si sarebbe dovuto agire in via principale: infatti, chi può proporre ricorso principale, deve farlo (e farlo entro i relativi termini). E al fondo di questo ragionamento – sottolinea la dottrina – vi è il principio di parità delle parti: principio che impedisce di riservare ad una delle parti un trattamento più favorevole, con il consentirle l’impugnazione al di là del termine di decadenza.

Traendo le somme del discorso in relazione al rito super-speciale, nel giudizio ex art. 120, comma 2-bis, cpa tutti i concorrenti possono, se lo vogliono, impugnare le altrui ammissioni, nel termine che decorre dalla pubblicazione dell’elenco degli ammessi, ai sensi dello stesso comma 2-bis. Ciò sta a dire – se non si accetta la tesi della previsione di un’azione giudiziale che prescinde dall’interesse ad agire – che nel rito in esame la posizione azionata (e lesa) è l’interesse legittimo alla corretta composizione della platea dei concorrenti ammessi al prosieguo della gara. Data questa premessa, non si può allora ammettere che un concorrente attenda la prima impugnazione per contestare a sua volta, in via incidentale, l’ammissione altrui, dando così corso ad un’ipotesi di “incidentalità impropria”: ove si opinasse diversamente, infatti, si consentirebbe ad un soggetto, che avrebbe già potuto (e dovuto) proporre il ricorso (principale), di eludere il relativo termine decadenziale e di superare, così, la preclusione maturata.

Da ultimo, la dottrina ha contestato anche il terzo argomento della giurisprudenza in esame: quello per cui l’ammissibilità del ricorso incidentale nel termine di cui all’art. 42 cpa sarebbe motivata dall’esigenza di non privare la parte intimata di uno strumento di difesa per paralizzare in via riconvenzionale l’iniziativa giurisdizionale avversaria e di non obbligarla, in contrasto con l’art. 24 Cost., ad agire in via preventiva senza poter saggiare l’utilità difensiva di tale sua anticipata iniziativa processuale.

In contrario, si rileva, anzitutto, che nel rito super-speciale il ricorso incidentale non può avere attitudine paralizzante. Infatti, la tesi della priorità, nell’ordine di esame delle questioni, da assegnare all’esame del ricorso incidentale escludente, muove dall’assunto per cui l’asimmetria processuale sarebbe il riflesso della diversità delle posizioni della parti nel diritto sostanziale (il ricorrente incidentale è, infatti, l’aggiudicatario della gara): ma questo argomento non vale per il rito ex art. 120, comma 2-bis, cit., nel quale i soggetti coinvolti nel processo si trovano in una condizione identica: quella di concorrente ammesso. Nel caso di specie, perciò, non vi sarebbe nessuna perdita, per la parte, di uno strumento con efficacia paralizzante, visto che il rimedio quest’efficacia paralizzante non ce l’avrebbe.

Quanto, poi, al contrasto con l’art. 24 Cost., per la costrizione che ne deriva in capo alla parte, onerata ad impugnare in via preventiva senza attendere l’altrui impugnazione in via principale, questa è una critica che si rivolge al Legislatore per il modello processuale prescelto: un modello che, come detto, impone ai concorrenti di ricorrere contro le altrui ammissioni in un momento in cui non sono in grado di sapere se l’iniziativa assunta è utile. Ma la critica a tale modello – che impone di ricorrere entro un dato termine e a prescindere dall’interesse – non può risolversi nell’introdurre una regola che consenta a un concorrente di ricorrere oltre detto termine, quando avrà interesse.

\*\*\*\*

Altra opzione dottrinale è assai critica nei confronti di ambedue gli indirizzi giurisprudenziali emersi in relazione alla questione dell’ammissibilità del ricorso incidentale – come disegnato dall’art. 42 cpa – nel rito ex art. 120, comma 2-bis.

Il primo indirizzo, contrario a detta ammissibilità, oltre che sui già visti argomenti di carattere testuale e formale (le preclusioni e le facoltà dettate dai commi 2-bis e 6 bis), poggia sull’argomento sostanziale per il quale è dirimente la ratio del rito super-speciale, consistente nella pronta definizione di un giudizio che ha come scopo la cristallizzazione della platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte: pronta definizione che, al contrario, slitterebbe se si ammettessero le impugnazioni incidentali.

Il secondo indirizzo, favorevole invece ad ammettere il ricorso incidentale ex art. 42 cpa anche nel nuovo rito super-speciale, fa leva, oltre sulle argomentazioni testuali e sostanziali che si sono sopra esposte, sul dato ulteriore che l’espunzione del ricorso incidentale dal rito ex art. 120 comma 2-bis obbliga il giudice, nel caso della proposizione di più impugnazioni – a questo punto tutte principali – a dover scrutinare in via autonoma tutti i mezzi, indipendentemente dai rispettivi esiti. Inoltre, non vi è nessuna previsione ostativa esplicita che precluda la proposizione del ricorso incidentale nei confronti degli atti di ammissione e tale argomento letterale tanto più varrebbe, ove si consideri che l’art. 42 cpa è norma generale, cosicché la possibilità di derogarvi deve essere espressamente prevista.

La dottrina afferma però che la risposta alla questione in esame va data partendo dalla nozione di interesse ad agire con riferimento ai provvedimenti di ammissione e di esclusione.

Nel processo amministrativo, tradizionalmente l’interesse ad agire è condizione dell’azione e deve essere personale (il vantaggio che è volto a conseguire non è di un terzo), diretto (la decisione giudiziale produce effetti immediati e diretti nella sfera del ricorrente) e attuale (sussistente alla proposizione del ricorso, nonché al momento della sua decisione). Non è, invece, indispensabile che sia finale o pieno (diretto al conseguimento del bene della vita cui si aspira), potendo essere solo strumentale (volto alla riedizione del potere amministrativo, per la chance di ottenere così il bene cui si aspira).

Ma il rito super-speciale ha stravolto i riferiti caratteri dell’interesse ad agire, onerando ogni concorrente a impugnare le altrui ammissioni prima e a prescindere dal provvedimento di aggiudicazione. Perciò, nel tentativo di recuperare i connotati classici dell’interesse ad agire, si è sostenuto che anche in questo rito il ricorrente aziona un interesse diretto, concreto e attuale, finalizzato alla diminuzione del numero dei concorrenti rivali e, per conseguenza, all’incremento delle sue possibilità di aggiudicarsi la gara. In buona sostanza, si tratterebbe di un nuovo bene della vita, diverso dal conseguimento dell’aggiudicazione e che, invece, consisterebbe nelle maggiori chances di ottenerla. Questo interesse, quindi, sussisterebbe anche allorché, a fronte di più concorrenti, sia contestata l’ammissione di uno solo di essi, poiché anche tramite l’esclusione di un solo rivale il concorrente-ricorrente aumenterebbe le proprie chances di conseguire l’aggiudicazione.

L’ora visto discorso sull’individuazione dell’interesse ad agire nel rito super-speciale deve però fare i conti con la natura ed il contenuto del ricorso incidentale. Questo viene prospettato dall’art. 42 cpa come un rimedio attraverso il quale il controinteressato mira a tutelare la propria posizione di vantaggio, che gli deriva dal provvedimento impugnato in via principale e che sarebbe compromessa dall’accoglimento del ricorso principale. L’interesse al ricorso incidentale, perciò, sorge nel disegno legislativo solo a seguito della proposizione del ricorso principale ed è di segno opposto rispetto a quello per la cui tutela è stato proposto il ricorso principale. Esso consta di due elementi: il primo, negativo, è l’assenza di una lesione attuale; il secondo, positivo, è la presenza di una lesione virtuale, derivante dall’eventuale accoglimento del ricorso principale.

Per verificare l’ammissibilità o meno del ricorso incidentale nel rito super-speciale, si possono ipotizzare, allora, le seguenti due situazioni:

1. il ricorso incidentale proposto nell’ambito del giudizio in cui il ricorrente principale ha impugnato l’ammissione dell’altro concorrente;
2. il ricorso incidentale proposto nell’ambito del giudizio in cui il ricorrente principale ha impugnato la propria esclusione dalla gara.

Ipotesi 1): ove il partecipante ad una gara impugni l’ammissione di un altro concorrente, quest’ultimo – secondo la dottrina – non può a propria volta proporre ricorso incidentale, volto a censurare l’ammissione del ricorrente principale, nel termine di trenta giorni decorrente dalla notifica del ricorso principale ex art. 42 cpa.

In detta ipotesi, infatti, l’interesse che il ricorrente incidentale intende far valere preesiste alla proposizione del ricorso principale, perché sussiste sin dal momento in cui è stato adottato l’atto di ammissione del ricorrente principale. L’art. 120, comma 2-bis, infatti, tipizza in capo a tutti i concorrenti l’interesse a censurare le ammissioni degli altri partecipanti alla gara e tale interesse ha natura originaria ed autonoma, dunque è indipendente dall’altrui ricorso. Ma, allora, l’applicazione dell’art. 42 cpa va esclusa, poiché il ricorrente incidentale fa valere un interesse che non sorge in dipendenza della domanda proposta con il ricorso principale – come nello schema dell’art. 42 – ma preesiste a siffatta domanda. Ne discende che non può ammettersi che l’altrui impugnazione riapra il termine per gravarsi, in via (solo formalmente) incidentale, contro atti che avrebbero dovuto essere attaccati in via principale (e nei termini del ricorso principale): infatti, anche il concorrente, la cui ammissione è contestata con il primo ricorso, ha da subito interesse a contestare l’ammissione altrui e, quindi, è “insensibile” rispetto alle azioni giudiziali proposte nei suoi confronti da altri concorrenti (che non gli riaprono i termini).

Non serve – conclude la dottrina – obiettare che il ricorrente incidentale fa valere un interesse diverso e autonomo da quello all’esclusione del concorrente (cioè dall’interesse azionato dal ricorrente principale), che consiste nella propria permanenza in gara, da conseguire paralizzando l’azione principale. In contrario è, infatti, necessario richiamare l’indirizzo giurisprudenziale ormai diffuso, per il quale anche nell’ipotesi di ricorso incidentale fondato, il giudice dovrà esaminare il ricorso principale, laddove dall’accoglimento di questo possa derivare un’utilità, anche solo strumentale, al ricorrente principale.

Anche in base a questa prospettazione dottrinale, perciò, nel rito super-speciale il ricorso incidentale non ha efficacia paralizzante, almeno nell’ipotesi 1).

Ipotesi 2): ove il partecipante alla gara impugni in via principale la propria esclusione, secondo la dottrina ciascuno degli altri concorrenti avrà l’onere di proporre ricorso incidentale per far valere nuovi e diversi profili che confermino la carenza in capo al ricorrente principale dei requisiti di partecipazione.

Qui occorre muovere dalla profonda alterazione nei rapporti processuali tra i concorrenti introdotta dal nuovo rito super-speciale, con la previsione di un interesse autonomo e originario all’esclusione degli altri concorrenti, ma con il suo confinamento in una specifica fase della procedura di gara. Nel caso di specie a fronte di un ricorrente principale che impugna la propria esclusione, il ricorso incidentale è finalizzato a paralizzare l’azione principale, neutralizzando gli effetti del suo accoglimento e mirando a mantenere inalterato l’assetto di interessi delineato dal provvedimento di esclusione (quello gravato, appunto, con il ricorso principale). In questo contesto, pertanto, il ricorso incidentale è realmente come lo definisce l’art. 42 cpa, perché l’interesse al mantenimento dell’atto di esclusione sorge solo con l’impugnativa, da parte del concorrente/ricorrente principale, della propria esclusione. Detto interesse non può giustificare, invece, un’azione proposta in via preventiva ed autonoma dal concorrente non escluso, poiché costui, fino a quando l’altro concorrente (l’escluso) non impugna la propria esclusione, vede il suo interesse soddisfatto dal predetto atto di esclusione.

A questa ricostruzione taluno ha obiettato che gli altri concorrenti potrebbero far valere il loro interesse a che il partecipante resti escluso impugnando, con un autonomo ricorso principale, il provvedimento di riammissione alla gara, che sarà disposto dalla stazione appaltante in caso di accoglimento del ricorso del partecipante escluso. L’obiezione non è tuttavia condivisibile, perché contrasta con la ratio del rito super-accelerato, consistente nel concentrare le controversie relative ai profili di ammissione in un tempo breve ed in una fase ben definita del procedimento ad evidenza pubblica.

L’ammissibilità del ricorso incidentale “paralizzante” nell’ipotesi 2) ha però risvolti innovativi anche sul piano dell’individuazione dei controinteressati nel giudizio promosso dal ricorrente principale, ex art. 120, comma 2-bis, avverso la propria esclusione. Infatti, i controinteressati in un simile giudizio sono tutti gli altri concorrenti, poiché tutti gli altri concorrenti, essendo portatori di un interesse alla diminuzione del numero dei partecipanti alla gara (l’interesse tipizzato dal nuovo rito), hanno un interesse giuridicamente qualificato alla conservazione del provvedimento di esclusione. Pertanto, ove gli altri concorrenti siano indicati nominativamente nel provvedimento di esclusione, o siano comunque facilmente individuabili, gli stessi assumeranno la qualità di controinteressati processuali in senso formale e in senso sostanziale, con il corollario di essere parti necessarie del processo. La conclusione è ovvia: per essere ammissibile, il ricorso con il quale il ricorrente principale impugni la propria esclusione, dovrà essere notificato non solo all’Amministrazione, ma ad almeno uno dei concorrenti (controinteressati), salva l’integrazione successiva del contraddittorio nei confronti degli altri.

Risulta perciò superato il tradizionale indirizzo giurisprudenziale, per il quale il ricorso contro l’esclusione da una gara pubblica, proposto prima dell’aggiudicazione, non va notificato ai controinteressati, sia perché a tale stadio del procedimento di gara non esiste in capo agli altri concorrenti un interesse protetto, che potrebbe venir leso dall’accoglimento del ricorso, sia perché il loro interesse non emerge direttamente dal provvedimento impugnato. Tale indirizzo, infatti, si basava sull’argomento che l’unico interesse rilevante fosse quello all’aggiudicazione dell’appalto, mentre la riduzione del numero dei concorrenti avrebbe dato luogo ad un vantaggio meramente fattuale ed indiretto.

Invero, l’insegnamento tradizionale ha considerato l’interesse a competere con un numero inferiore di operatori economici, onde accrescere le proprie chances di conseguimento dell’utilità finale, un interesse di mero fatto e non un interesse legittimo: prima dell’aggiudicazione definitiva della gara non potevano identificarsi – secondo questo insegnamento – situazioni soggettive di interesse protetto in posizione antagonista rispetto a chi è ammesso alla gara, o contesta l’esclusione dalla gara. Quindi l’accoglimento del ricorso contro l’atto di esclusione e la conseguente riammissione in gara del concorrente (già) escluso non avrebbero leso alcun interesse giuridicamente rilevante degli altri concorrenti e per tale ragione si è costantemente escluso l’obbligo di notificare ai concorrenti ammessi il ricorso proposto dall’aspirante non ammesso avverso la propria esclusione.

Non è più così nella logica del rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa, dove il Legislatore ha attribuito rilevanza giuridica ad una nuova tipologia di interesse: quello alla riduzione della platea dei concorrenti e al conseguente aumento delle chances di aggiudicazione dell’appalto. Rispetto alla proposizione di un ricorso (principale) avverso l’esclusione dalla gara, tutti gli altri concorrenti hanno un interesse protetto, uguale e contrario a quello azionato dal ricorrente principale e perciò: 1) possono proporre ricorso incidentale; 2) gli deve essere notificato il ricorso principale, trattandosi – quali controinteressati – di parti necessarie del processo.

\*\*\*\*

Parte quinta – brevi riflessioni indotte dall’Adunanza Plenaria n. 4/2018

La questione del ricorso incidentale nel rito ex art. 120, comma 2-bis, cpa viene affrontata dall’Adunanza Plenaria n. 4/2018 non quale questione principale, ma in quanto argomento da cui potrebbe desumersi – in ipotesi – il superamento della tradizionale impostazione giurisprudenziale circa l’onere di immediata impugnazione delle sole clausole cd. escludenti del bando di gara.

Si potrebbe, in sostanza, ritenere che il nuovo rito super-accelerato deponga a favore di un’interpretazione evolutiva del tradizionale orientamento in materia di impugnazione delle clausole del bando di gara, che estenda l’onere di immediata impugnazione a tutte le clausole attinenti alle regole formali e sostanziali della gara, pur prive di portata escludente, a partire dalla clausola del bando inerente la scelta del criterio di aggiudicazione. Ed è questa problematica che la Plenaria viene chiamata ad affrontare ed a risolvere (negativamente).

L’Adunanza Plenaria, come detto, accoglie la tesi della proponibilità del ricorso incidentale nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione (esclusione) di cui al medesimo art. 120, comma 2-bis, cpa, escludendo l’applicazione dell’art. 42. Nel percorso argomentativo seguito a tal proposito, i giudici di Palazzo Spada mettono l’accento sul carattere eccezionale del rito super-accelerato rispetto al regime “ordinario” del processo in materia di appalti, a sua volta derogatorio rispetto sia al rito ordinario, sia al rito accelerato ex art. 119 cpa. Essendo le relative norme di stretta interpretazione, il rito è utilizzabile esclusivamente quando si discuta del possesso dei requisiti soggettivi, tecnico-professionali ed economico-finanziari necessari per l’ingresso nella gara: in questo senso, è significativo anche che non sia stata accolta la proposta di estendere il rito alla composizione della commissione.

Il rito super-accelerato non è, pertanto, utilizzabile quando la stazione appaltante abbia già espresso un giudizio di valore sull’offerta nel confronto con le altre offerte e, quindi, neppure se il raggiungimento di una soglia minima di punteggio sia condizione per accedere a una fase successiva della procedura. Infatti, “una volta che l’offerta sia stata valutata, anche solo parzialmente, l’oggetto sostanziale della controversia è il giudizio sull’offerta stessa, e non l’esclusione del concorrente, che è solo un riflesso del punteggio attribuito”.

L’accento posto sull’eccezionalità e sul carattere derogatorio del rito ex art. 120, comma 2-bis, è del tutto coerente con l’opzione di escludere l’applicabilità, a tale rito, del regime “ordinario” dettato per il ricorso incidentale dall’art. 42 cpa. Peraltro, il restringimento dell’applicazione di tale rito al solo caso previsto espressamente dalla norma, cioè all’adozione del provvedimento ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, sembra voler limitare al massimo i rischi di illegittimità e illogicità che ampia parte di dottrina e giurisprudenza hanno addebitato alla novella: rischi che, ad ogni modo, la Plenaria respinge decisamente, giustificando l’anticipata emersione, sul piano giuridico, dell’interesse (procedimentale) alla definizione della platea di soggetti alla gara prima dell’esame delle offerte con l’incidenza di tale platea (se più o meno vasta) sulle chances di aggiudicazione di ogni singolo concorrente.

Restano, tuttavia, alcune perplessità, già affacciate dalla dottrina espressasi in argomento e che nemmeno l’intervento della Plenaria sembra aver dissipato.

In primo luogo, a fronte di una tutela dell’interesse pubblico oggettivo alla partecipazione alla gara dei soli concorrenti in possesso dei requisiti e dell’interesse generale all’intangibilità delle ammissioni dei ricorrenti entro un ristretto arco temporale, vi è il sacrificio imposto all’interesse legittimo dei concorrenti, giacché questi non godono più del rimedio del ricorso incidentale per far valere i vizi dell’ammissione del ricorrente principale: non ne godono né nel giudizio ex art. 120, comma 2-bis, cit., perché, come già visto, quello che possono proporre è un ricorso autonomo, esperibile nel termine stabilito dal predetto comma 2-bis, né tantomeno nel giudizio sugli atti successivi della gara (e in specie sull’aggiudicazione), in ragione della preclusione prevista anch’essa dal comma 2-bis.

In secondo luogo, anche a voler configurare un interesse differenziato e qualificato di ciascuna impresa a concorrere con il minor numero possibile di altri operatori economici, la protezione accordata a tale interesse dal Legislatore appare insoddisfacente, non essendo seriamente ipotizzabile – come ha scritto un’attenta dottrina – che un’impresa acceda indiscriminatamente agli atti di tutte le imprese partecipanti al fine di verificare la possibilità di un’impugnativa “a tappeto” della loro ammissione.

Ancora, nell’ipotesi del ricorso contro l’altrui ammissione, non vi è spazio per il ricorso incidentale vero e proprio ma quelli proposti sono tutti ricorsi principali. Perciò, i ricorsi debbono essere tutti esaminati, a prescindere dall’esito di ciascuno di essi, senza la possibilità di un effetto paralizzante, vigendo la regola dell’equiordinazione delle questioni. Ma ciò, se pare conforme al principio di concentrazione dell’esame di tutte le questioni attinenti all’ammissione, appare di non facile conciliazione con l’altro obiettivo della novella, di avere un rito snello e celere.

Lo stesso problema si pone nell’ipotesi del ricorso contro la propria esclusione. Qui è vero che l’altro concorrente potrebbe fruire, secondo la dottrina sopra riportata, del ricorso incidentale cd. escludente, ma il giudizio dovrà comunque essere instaurato (dal ricorrente principale) nei confronti di tutti gli altri partecipanti alla gara: ed allora anche tale modalità di instaurazione del giudizio appare sì conforme al principio di concentrazione dell’esame delle questioni, ma di ardua conciliazione con la previsione di un rito snello e celere.

**Pietro De Berardinis**

Consigliere Tar Veneto

Pubblicato il 13 novembre 2018