**Morte dell’incidentale paralizzante**

**Sommario**: 1. Introduzione. 2. Il ricorso incidentale da mezzo di attacco a strumento difensivo. 3. La giurisprudenza comunitaria e quella interna dopo il 2011. 4. Anno 2019: requiem per il ricorso incidentale paralizzante. 5. Spunti di riflessione generale. 6. Quali conseguenze con la morte del ricorso incidentale?

1. Introduzione

La sentenza 5 settembre 2019 (causa C-333/18) della Corte di giustizia dell'Unione Europea è l’ultima delle pronunce del giudice comunitario in materia di ricorso incidentale paralizzante, e rischia di essere tale, cioè ultima, non solo per l’ordine cronologico ma soprattutto perché sembra avere detto la parola fine a questo istituto creato dalla giurisprudenza italiana. Secondo tale pronuncia il giudice dello stato membro che si trovi di fronte ad una controversia in materia di affidamento di contratti pubblici nella quale siano fondati sia il ricorso principale che quello incidentale, deve accogliere entrambi a prescindere dal numero dei concorrenti che hanno partecipato alla gara. A tale conclusione la Corte è pervenuta valorizzando l’interesse strumentale, comune ad entrambi i ricorrenti principale ed incidentale, alla ripetizione della gara medesima. L’accoglimento di entrambi i ricorsi può infatti indurre la stazione appaltante ad annullare la procedura viziata per bandirne una nuova. È evidente l’importanza di questa pronuncia, che induce ad un ripensamento complessivo dell’istituto e del suo utilizzo da parte del controinteressato al fine di conservare la posizione di vantaggio nel rapporto giuridico. Appare quindi opportuna una riflessione che, a partire dall’esame anche diacronico sull’uso di questo strumento giuridico, individui le conseguenze non solo processuali ma anche sostanziali di questa sentenza che, credo, possa definirsi “storica”.

2. Il ricorso incidentale da mezzo di attacco a strumento difensivo

Il ricorso incidentale è strumento tradizionalmente previsto a favore del controinteressato. Questi, titolare di una posizione di vantaggio creata da un provvedimento amministrativo attaccato da un ricorso principale, può a sua volta proporre ricorso in via incidentale per impugnare il provvedimento medesimo nella parte che non è stata gravata dal ricorrente, o per motivi diversi da quelli fatti valere da quest’ultimo. Con tale atto il controinteressato chiede che, nell’ipotesi in cui il provvedimento sia riconosciuto illegittimo, venga annullato nelle parti o per quei motivi che, una volta accolti, consentirebbero all’amministrazione di rinnovare il procedimento in modo da prevenire ad un risultato più vantaggioso per lui. In tal modo nel processo si introduce un ulteriore tema decisorio, più ampio rispetto a quello ricavabile dal ricorso originario. Il ricorso incidentale può investire anche atti non impugnati dal ricorrente principale, che siano funzionalmente collegati ad essi. Con il ricorso incidentale il controinteressato riesce a neutralizzare o, quantomeno, a limitare l’incidenza dell’eventuale accoglimento del ricorso principale sulla posizione di vantaggio che gli deriva dal provvedimento impugnato[[1]](#footnote-1).

La posizione del ricorrente incidentale si caratterizza poiché l’interesse al gravame non nasce con l’emanazione del provvedimento gravato in via principale; esso, anzi, gli riconosce una posizione di vantaggio. L’interesse nasce invece dalla proposizione del ricorso principale al quale, quindi, quello incidentale risulta subordinato nel senso che laddove il primo venga respinto o dichiarato inammissibile o irricevibile, il secondo diventerà improcedibile perché con il consolidamento del provvedimento vantaggioso verrà meno l’interesse del controinteressato ad ottenerne l’annullamento. Lo strumento del ricorso incidentale può essere utilizzato, ad esempio, dal titolare di una posizione vantaggiosa nell’ambito di una graduatoria concorsuale a fronte del ricorso avverso la stessa, *rectius* del provvedimento che ne fa approvazione e degli atti presupposti. Se il ricorrente principale lamenta la mancata attribuzione di un determinato punteggio che gli consentirebbe di scavalcare in graduatoria il concorrente collocato in posizione utile, quest’ultimo a sua volta può proporre ricorso incidentale per lamentare la mancata attribuzione di altro punteggio che gli permetterebbe di mantenere la posizione utile anche laddove venisse accolto il ricorso principale, e aumentasse quindi il punteggio del concorrente che l’ha proposto.

L'interesse al ricorso incidentale si qualifica per essere di carattere potenziale, nel senso che sorge non con l'emanazione del provvedimento amministrativo ma con la proposizione del ricorso principale: ne segue quindi il suo carattere accessorio e condizionato, poiché costituisce un qualcosa di più rispetto alla negazione dei motivi dedotti dal ricorrente principale. Con esso infatti vengono fatti valere vizi del provvedimento che non hanno ridondato negativamente a carico del ricorrente incidentale, e che solo con la proposizione del gravame principale possono assumere effetti negativi per quest'ultimo. L'ammissibilità del ricorso incidentale è quindi condizionata dalla verifica dell'interesse ad agire, il quale va qualificato sotto un duplice profilo: un primo profilo, di carattere negativo, consiste nell'assenza di una lesione attuale che si sarebbe dovuta far valere in via principale; l'altro ha carattere positivo e riguarda la lesione che deriverebbe al ricorrente incidentale in seguito all'accoglimento del gravame principale. Il ricorso incidentale può quindi essere proposto da colui che, avendo ricevuto un vantaggio dal provvedimento impugnato, possiede un interesse qualificato alla conservazione del medesimo e tende, con l'inserimento nel giudizio di un *thema decidendum* accessorio rispetto a quello principale, ad eliminare ogni possibilità di accoglimento di quest'ultimo[[2]](#footnote-2).

Parte della dottrina inquadra il ricorso incidentale quale eccezione spettante al controinteressato che, in tal modo, può soddisfare un proprio interesse sorto solo a seguito dell’impugnazione principale e da questo dipendente. Secondo questa impostazione la proposizione del ricorso incidentale costituirebbe un onere per la parte interessata, che solo attraverso questo strumento potrebbe articolare determinate difese: ove infatti il controinteressato non intende limitare la propria difesa alla contestazione delle censure articolate dal ricorrente principale ma anche introdurre in giudizio motivi autonomi da quest’ultimo, unico strumento sarebbe appunto il ricorso incidentale. Altra dottrina inquadra invece questo istituto nella categoria della riconvenzione poiché si tratterebbe di un mezzo a difesa del convenuto, consistente nella proposizione della domanda che contraddice quella dell’attore principale e dipende dal titolo dedotto in giudizio. Secondo questa impostazione il ricorso incidentale non mira esclusivamente alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale ma tende ad una pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato in via incidentale, salva restando la valutazione delle ulteriori conseguenze sulla sorte del ricorso principale[[3]](#footnote-3).

Ulteriore dottrina distingue tra ricorso incidentale proprio e ricorso incidentale improprio: con il primo il ricorrente chiede a sua volta l’annullamento del provvedimento gravato in via principale, ma per motivi diversi in modo tale che all’esito del processo ne risulti un assetto di interessi a lui favorevole; con il secondo il ricorrente incidentale tende invece a paralizzare l’efficacia della domanda proposta con il gravame principale impugnando un atto presupposto su cui questo si fonda, o un atto della procedura che ha legittimato il ricorrente principale all’impugnazione[[4]](#footnote-4).

La prassi giudiziaria ha caratterizzato in modo particolare questo strumento[[5]](#footnote-5). Il ricorso incidentale viene infatti utilizzato nell’ambito di particolari tipi di processo per paralizzare l’azione proposta dal ricorrente principale. Ciò accade nel caso di impugnazione rivolta contro provvedimenti di aggiudicazione di pubblici appalti. In tali casi il ricorrente principale chiede che venga annullata l’aggiudicazione dell’appalto a favore del controinteressato per rinnovare il procedimento o subentrare egli stesso nell’aggiudicazione. Nella fattispecie, il soggetto controinteressato si identifica con l’aggiudicatario il quale, laddove si avveda che l’ammissione del ricorrente principale alla gara sia affetta da vizi, impugna a sua volta il provvedimento di aggiudicazione e gli atti di gara presupposti per fare valere detti vizi ed estromettere quindi il ricorrente principale dalla gara svolta. L’interesse al ricorso incidentale sorge in capo al vincitore della gara – controinteressato con l’impugnazione dell’aggiudicazione poiché prima di tale momento egli non subisce alcuna lesione dall’ammissione del concorrente non vincitore – ricorrente principale. L’accoglimento del ricorso incidentale determina la carenza di interesse del ricorrente principale poiché, se questo avrebbe dovuto essere estromesso dalla gara di appalto, evidentemente alcun interesse può vantare in ordine alla decisione del gravame che, anche in caso di accoglimento, non gli apporterebbe alcuna utilità dovendo essere escluso dalla gara. La giurisprudenza italiana ha stabilito che in tal caso debba essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale rispetto a quello principale, con inversione quindi del tradizionale ordine poiché il primo tende a fare valere la mancanza di una delle condizioni dell’azione in capo al ricorrente principale, ossia l’interesse al ricorso, e funziona pertanto come un’eccezione per paralizzare l’azione proposta dal medesimo[[6]](#footnote-6). Una volta dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso principale, ne segue che resta ferma l’aggiudicazione a favore del controinteressato.

Parte minoritaria di dottrina e giurisprudenza ha però sostenuto, al contrario, che il ricorso incidentale debba sempre essere esaminato solo dopo lo scrutinio di quello principale poiché il fatto di riconoscere effetto paralizzante alla controimpugnazione proposta dall’aggiudicatario – controinteressato comporta a favore del medesimo un’eccessiva protezione e questo, in particolare, laddove i partecipanti alla gara siano soltanto due e risultino fondati sia il ricorso principale che quello incidentale. In tal caso l’accoglimento del ricorso incidentale non sembra privare di interesse il ricorrente principale poiché ove venisse annullata l’aggiudicazione, ne risulterebbe soddisfatto il suo interesse strumentale alla ripetizione delle operazioni di gara e ciò gli offrirebbe ulteriori occasioni di conseguire l’agognata aggiudicazione[[7]](#footnote-7).

Secondo un’opinione intermedia occorre distinguere in base al numero dei partecipanti alla gara. Se hanno partecipato solo due concorrenti, laddove si accerti la fondatezza sia del ricorso principale che di quello incidentale ed essi attengano alla stessa fase procedimentale, il giudice dovrebbe accogliere entrambi i gravami in modo da garantire un risultato utile a tutti e due i ricorrenti consistente nella ripetizione della gara. Tale soluzione non potrebbe darsi invece laddove i partecipanti fossero più di due poiché, in tal caso, ne risulterebbe avvantaggiato il terzo classificato in graduatoria che non partecipa al processo e questo risultato contrasterebbe con l’interesse sia del ricorrente principale, che di quello incidentale[[8]](#footnote-8).

La questione è stata deferita all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza della sez. V 5 giugno 2008, n. 2669. L’Adunanza, con sentenza 11 novembre 2008, n. 11, ha inizialmente optato per la seconda tesi. Secondo quest’ultima pronuncia infatti, in caso di partecipazione ad una gara di appalto di due soli concorrenti dei quali il secondo classificato in graduatoria impugni l’aggiudicazione mentre l’aggiudicatario, con ricorso incidentale, ne contesti l’ammissione alla procedura, ed entrambi i ricorsi risultino fondati, il giudice amministrativo, pur libero di scegliere nell’ambito dell’economia processuale se trattare prima il gravame principale o quello incidentale, deve sempre esaminarli entrambi e in caso di loro fondatezza accoglierli tutti e due, con annullamento della gara svolta. La conclusione si giustifica sul rilievo che, in tal caso, il ricorrente principale pur non potendo ottenere l’aggiudicazione della gara, in base al principio secondo cui “il più contiene il meno” conserva l’interesse minore e strumentale a vedere esaminate le sue censure avverso l’aggiudicazione per ottenerne l’annullamento e, conseguentemente, l’indizione di una nuova gara. In tal modo entrambi i ricorrenti ottengono un risultato utile consistente nella ripetizione della gara e poiché le posizioni delle due imprese sono perfettamente simmetriche e speculari, secondo questa pronuncia non può ritenersi corretta la soluzione per la quale l’accoglimento del ricorso principale renderebbe improcedibile il ricorso incidentale.

La Plenaria poi, con la successiva pronuncia 7 aprile 2011, n. 4, ha operato un significativo mutamento di indirizzo. Secondo questa pronuncia l’esclusione di un concorrente dalla procedura di gara lo priva della legittimazione a contestarne i risultati e tanto vale sia che l’esclusione venga disposta con un provvedimento della stazione appaltante il quale diventi inoppugnabile, sia che venga dichiarata “ora per allora” dal giudice nel corso del processo amministrativo, le cui sentenze hanno portata retroattiva. Nell’uno e nell’altro caso non appare sufficiente l’interesse alla ripetizione della gara per fondare la legittimazione del ricorrente incidentale poiché esso non si distingue rispetto a quello di un qualunque operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione, trattandosi di un’utilità meramente ipotetica posto che la stazione appaltante, all’esito di un annullamento della gara, non è obbligata a ripeterla e può decidere di ricorrere ad altri (e legittimi) strumenti per acquisire l’utilità legata al contratto pubblico in discussione. Secondo questo pronuncia l’indizione di una nuova gara si qualifica nei termini di mera possibilità, e la semplice possibilità di ricavare dalla decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante. Si tratta di una utilità meramente ipotetica o eventuale che richiede, per la sua compiuta realizzazione, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e atti ricadenti nella sfera discrezionale dell’amministrazione. L’interesse pratico alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra quindi *ex se* la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso poiché questa (mera) aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione. Solo il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse “finale” al conseguimento dell’appalto quanto, in via alternativa e subordinata, l’interesse “strumentale” alla caducazione dell’intera gara e alla sua riedizione. La situazione legittimante rappresentata dalla legittima partecipazione alla procedura costituisce condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso e la definitiva esclusione, così come l’accertamento giudiziale della illegittimità della partecipazione alla gara, impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. La sola partecipazione ad una gara, se non qualificata in detti termini e anzi qualificata in termini di illegittimità, assurge a mero fatto insuscettibile di creare una posizione legittimante al ricorso in capo al concorrente.

3. La giurisprudenza comunitaria e quella interna dopo il 2011

Questa costruzione è stata messa in discussione dalla sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea 4 luglio 2013 (causa C-100/12) secondo la quale laddove alla procedura abbiano partecipato due soli concorrenti, il giudice deve esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale poiché ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri. In caso di accoglimento di entrambi i ricorsi la stazione appaltante dovrà ripetere la gara e in tal modo il ricorrente principale, se non potrà attuare il proprio interesse finale, vedrà però soddisfatto almeno quello strumentale alla riedizione della procedura. Nel caso citato la controversia riguardava un appalto per servizi di telecomunicazione nella quale entrambi i concorrenti contestavano la conformità dell’altrui offerta tecnica alle specifiche fornite dalla stazione appaltante.

Questo principio è stato recepito nell’ordinamento italiano e l’Adunanza Plenaria, con la sentenza 9/2014, ha precisato che l’obbligo di esaminare entrambi i ricorsi, principale e incidentale, resta circoscritto alle ipotesi in cui si controverte del medesimo procedimento; gli operatori economici rimasti in gara siano solo due e il vizio che affligge le offerte attiene alla stessa fase procedimentale. Secondo questa pronuncia le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza comunitaria si fondano sul principio di parità delle armi, sicché ove il ricorrente incidentale lamenti lo stesso motivo escludente dedotto da quello principale viene meno l’asimmetria, di origine procedimentale, tra la legittimazione a resistere dell’aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente non aggiudicatario che è incerta in quanto si fonda su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venir meno. L’identità del vizio dedotto da entrambe le parti comporta che il suo accertamento e la decisione di accoglimento sia riferibile sia all’una che all’altra parte del processo. Nelle altre ipotesi, caratterizzate dalla diversità dei vizi escludenti dedotti rispettivamente dal ricorrente principale e da quello incidentale, la caducazione dell’interesse al ricorso in capo al primo rende irrilevante e privo di interesse lo scrutinio sulla conformità a legge dell’aggiudicazione intervenuta. Solo nella prima appare allora configurabile, in capo al ricorrente principale, un interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Anche questo criterio ha però dovuto essere ripensato alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia 5 aprile 2016 (causa C-689/13), la quale ha enunciato la diversa regola per cui il ricorso principale deve essere comunque esaminato, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione dedotta. Assunto nella sua assolutezza il principio sembra prospettare addirittura una giurisdizione di diritto oggettivo, nella quale il giudice non deve verificare l’effettiva possibilità di conseguire il bene della vita da parte del ricorrente ed è onerato ad emettere la propria decisione scendendo direttamente al merito della causa.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza della terza Sezione 26 agosto 2016 n. 3708, ha ridimensionato la portata del principio. Secondo questa pronuncia un’interpretazione che postuli l’esistenza di un obbligo generale ed incondizionato di esaminare il ricorso principale, a prescindere da un esame sulla sussistenza di un interesse anche strumentale alla decisione, contrasterebbe già con l’art.1 della direttiva n. 89/665 CEE che, al terzo comma, presuppone che debba essere garantita la tutela giudiziaria a “chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”, postulando così che dall’accoglimento del ricorso derivi, quantomeno, il limitato effetto dell’indizione di una nuova procedura. D’altra parte la sentenza comunitaria non può essere interpretata come produttiva dell’effetto di scardinare il principio di cui all’art. 100 c.p.c. secondo il quale “per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse”. La novità introdotta dalla sentenza, secondo il Consiglio di Stato, va allora ravvisata nel fatto che l’esame del ricorso principale, a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “escludente”, è doveroso, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l’accoglimento produca come effetto conformativo un vantaggio anche mediato e strumentale per il ricorrente principale. Tale vantaggio può anche essere rappresentato dal successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, e tanto accade se il vizio dedotto a carico di un’offerta è comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, poiché dal suo accertamento deriverebbe o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare, l’esclusione anche di queste ultime in via di autotutela, con conseguente rinnovazione della procedura. Certo questa ipotesi urta con la considerazione che l’esercizio dell’autotutela, nel nostro ordinamento, ha carattere discrezionale e non vincolato. Non può automaticamente postularsi che, anche a fronte della situazione sopra descritta in cui il vizio presente in un’offerta è comune ad altre, la stazione appaltante necessariamente annulli l’intera gara. Essa potrebbe decidere, in base a considerazioni di interesse pubblico, di non procedere in tal senso e di aggiudicare comunque il contratto pubblico ad altre impresa graduata posteriormente alla prima ed alla seconda, verificandosi quindi l’anomala situazione per cui l’accoglimento del ricorso (sia principale che incidentale) apporta vantaggio ad un terzo rimasto estraneo al processo. L’esercizio dell’autotutela nella situazione di cui si tratta appare come risultato, seppure probabile, tuttavia non certo: viene quindi meno la condizione dell’azione rappresentata dall’utilità (certa, e non meramente possibile) derivante al ricorrente dall’accoglimento del ricorso.

Il legislatore ha cercato di risolvere la problematica approfittando dell’emanazione del nuovo codice dei contratti per inserire, all’art. 120 del codice del processo amministrativo, la previsione di cui al comma 6 bis secondo cui tutte le controversie relative non solo alle esclusioni ma anche alle ammissioni delle offerte dovevano essere proposte, e decise, prima dell’esame delle offerte medesime in modo tale da evitare che avverso l’aggiudicazione potessero farsi valere vizi derivati dalla (asseritamente) illegittima ammissione dell’aggiudicatario. La previsione, nonostante la conferma della sua legittimità in sede comunitaria[[9]](#footnote-9), è stata poi abrogata dall’art. 1, comma 4, lett. a) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55 (cd. “sbloccacantieri”). La problematica torna quindi nella responsabilità della giurisprudenza.

4. Anno 2019: requiem per il ricorso incidentale paralizzante

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 11 maggio 2018, n. 16, ha rimesso alla Corte di Giustizia il quesito “se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall’aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate. In particolare chiede la Plenaria “se l’articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 possa essere interpretato nel senso che consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell’autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell’interesse dedotto con il ricorso principale dal concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell’ordinamento e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell’interesse affermato (art. 2697 c.c.) e limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.).

La Corte di Giustizia, con sentenza 5 settembre 2019, ha statuito che l’articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un appalto ed inteso ad ottenere l’esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile (*rectius* improcedibile) in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali nazionali quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi. La conclusione viene motivata con l’esistenza di un legittimo interesse del ricorrente principale all’esclusione dell’offerta dell’aggiudicatario poiché non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l’amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l’impossibilità di scegliere un’altra offerta regolare e proceda di conseguenza all’organizzazione di una nuova procedura di gara. L’ammissibilità del ricorso non può neppure essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l’amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura poiché, secondo il giudice comunitario, è sufficiente l’esistenza di una probabilità in tal senso.

È irrilevante, ai fini dell’applicazione del diritto comunitario, la circostanza che non siano intervenuti in giudizio gli offerenti che si sono classificati, nella graduatoria di gara, in posizione deteriore rispetto al ricorrente principale poiché va ritenuto irrilevante il numero di partecipanti alla procedura di gara così come quello dei ricorrenti nonché la divergenza dei motivi da loro dedotti.

Il principio di autonomia processuale degli Stati membri non può giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti comunitari (sentenza dell’11 aprile 2019, PORR Építési Kft., C-691/17, EU:C:2019:327, punto 39). Il principio di effettività del diritto comunitario prevale quindi sui principi processuali interni.

La Corte ha dunque messo una pietra tombale sul ricorso incidentale paralizzante. Si tratta ora di vedere quali saranno le conseguenze nell’ordinamento italiano di questo ultimo e, credo, definitivo arresto comunitario.

5. Spunti di riflessione generale

Veniamo ora alle prime conclusioni che possiamo trarre.

Un primo elemento di riflessione mi sembra gravitare attorno al concetto di interesse al ricorso.

La nozione di interesse al ricorso fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria appare diversa da quella della giurisprudenza italiana. Secondo quest’ultima, il vantaggio in capo al ricorrente conseguente all’accoglimento del ricorso deve essere certo, nel senso che la vittoria processuale deve comportare in modo certo l’acquisizione di un’utilità, che può consistere o nell’ottenimento del bene finale o anche solo nella rimessa in discussione del rapporto controverso con il conseguimento di una nuova opportunità (chance) di accedere al primo. Secondo la giurisprudenza comunitaria, invece, il vantaggio può anche essere solo potenziale nel senso che a qualificare l’interesse al ricorso è sufficiente la mera probabilità di conseguire un vantaggio consistente, nel caso di specie, nella rimessa in discussione del rapporto controverso. Nel diritto comunitario l’interesse al ricorso viene quindi giustificato anche dalla mera probabilità di conseguire un risultato, con prevalenza del principio di effettività che giustifica la disapplicazione e dei principi di diritto interni degli stati membri dell’Unione. Si delinea così una situazione duplice, tale per cui laddove vengano in discussione posizioni giuridiche di derivazione comunitaria il ricorso deve essere dichiarato ammissibile anche laddove l’interesse al medesimo si qualifichi nei termini di una mera probabilità di accedere o al bene finale, o a una nuova chance di ottenerlo; la definizione interna di interesse al ricorso resta valida invece s riferimento a posizioni e situazioni non regolamentate dal diritto comunitario. È facile pensare che tale situazione non possa reggere a lungo e che la nozione di interesse al ricorso elaborata dalla giurisprudenza comunitaria finirà col penetrare anche nel nostro ordinamento, così come si è verificato per altri istituti di derivazione comunitaria quali il risarcimento del danno per l’illegittima azione amministrativa.

Ma ancor prima che una questione di interesse al ricorso si pone una questione di legittimazione alla causa intesa come titolarità, da parte del ricorrente, di una posizione giuridica tutelata dall’ordinamento[[10]](#footnote-10). La giurisprudenza italiana afferma che non è sufficiente la partecipazione ad una gara a determinare la legittimazione all’impugnazione dei relativi atti, ma occorre anche che detta partecipazione sia legittima nel senso che non sia stata contestata da alcuno e si sia perciò consolidata, oppure che la sua legittimità sia stata acclarata in giudizio con sentenza definitiva. Accanto all’elemento fattuale della (mera) partecipazione, per la giurisprudenza interna occorre anche l’elemento giuridico della legittimità della stessa, essendo indifferente quest’ultima derivi dalla mancata impugnazione da parte degli altri concorrenti dell’atto di ammissione o dell’accertamento della legittimità di quest’ultimo in sede giudiziaria.

Diversamente invece la giurisprudenza comunitaria, nella casistica in esame, sembra prescindere dall’elemento giuridico ritenendo sufficiente che la partecipazione vi sia stata in fatto. Solo a fronte di un esclusione divenuta definitiva il concorrente che partecipato alla gara non è ammesso ad impugnarne gli esiti (C.G.U.E. 21 dicembre 2016, causa C-355/15). In realtà il concetto di legittimazione sembra completamente assente nella giurisprudenza comunitaria che si è occupata dell’argomento, essendo probabilmente obliterato dal principio di effettività del diritto comunitario.

6. Quali conseguenze con la morte del ricorso incidentale?

La soluzione di accogliere ricorso principale e incidentale laddove alla gara abbiano partecipato più di due concorrenti finisce con il rimettere alla stazione appaltante la scelta di annullare la procedura o aggiudicare il contratto in gara al terzo concorrente, che non ha partecipato al processo. L’autotutela infatti non è doverosa e la stazione appaltante ben potrebbe decidere di mantenere ferma la gara e, con essa, la graduatoria finale di talché, eliminati reciprocamente i primi due concorrenti-ricorrenti principale ed incidentale, l’aggiudicazione del contratto pubblico finirebbe per avvantaggiare il concorrente graduato al terzo posto, e non potrebbe nemmeno essere contestata dagli altri due che, ormai espulsi dalla gara, hanno perduto la loro legittimazione. Insomma, si potrebbe dire che tra i due che “tra i due litiganti il terzo gode”! Per evitare questa bizzarra conclusione si potrebbe ipotizzare che, ove il vizio che ha portato all’accoglimento di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, sia comune anche alle altre offerte la sentenza di annullamento contenga, quale ordine di conformazione alla stazione appaltante, quello di provvedere all’annullamento integrale della procedura. Quest’ultima soluzione però cozza contro i principi in tema di autotutela e, inoltre, potrebbe configurare una estensione del processo amministrativo al merito quando, in materia di affidamento dei contratti pubblici, la giurisdizione amministrativa è solo esclusiva e non di merito. E come potrebbe poi il giudice ordinare l’esibizione dell’offerta di concorrenti che non sono stati evocati in giudizio ed ai quali occorrerebbe dare possibilità di replicare in ordine alla validità delle proprie offerte? Si tratta di ostacoli che non sembra possibile superare, almeno a legislazione vigente, in nome del principio di effettività del diritto comunitario poiché cozza contro il carattere soggettivo della nostra giurisdizione postulando, invece, un giudizio di diritto oggettivo. Come si rapporta il principio di soggettività della nostra giurisdizione con i principi affermati dal giudice comunitario? Detto carattere soggettivo della giurisdizione italiana può costituire un controlimite all’ingresso del diritto comunitario?

Si può ritenere, in alternativa, che l’accoglimento del ricorso principale assieme a quello incidentale comporti unicamente l’annullamento dell’aggiudicazione, senza emanazione di ordini di conformazione alla stazione appaltante. Ne seguirebbe però che quest’ultima sarebbe sostanzialmente arbitra di decidere le sorti della procedura di gara, dettando desse il compito di verificare l’opportunità di annullare o meno l’intera gara. Ove la stessa non venga annullata e l’aggiudicazione disposta a favore del terzo concorrente, i primi due graduati, ricorrenti principale ed incidentale, potrebbero impugnare tale provvedimento? La loro esclusione dalla procedura implicherebbe la mancanza di un interesse qualificato ad impugnare l’aggiudicazione disposta a favore del terzo graduato, ma è possibile ipotizzare una soluzione diversa. La decisione sul se annullare o meno la gara viene infatti assunta dalla stazione appaltante effettuando un giudizio di legittimità ed opportunità e ponendo così in essere un momento di azione discrezionale. L’aggiudicazione a favore del terzo concorrente dovrebbe dunque essere preceduta da un tratto di azione amministrativa discrezionale che culmina nella decisione sul se procedere o meno all’autotutela e di questa decisione, si può ipotizzare, la stazione appaltante deve rendere conto in uno specifico provvedimento nel quale vengano esplicate le ragioni dell’attivazione, o della mancata attivazione, del potere di annullamento della procedura di gara. Tale tratto di potere pubblico va ad incidere anche sulle posizioni dei ricorrenti principale ed incidentale,ormai esclusi dalla procedura, i quali hanno dunque un interesse qualificato (a livellocomunitario) a che la gara venga tutta. Si può quindi ipotizzare che questi, a fronte dell’aggiudicazione al terzo concorrente, possono impugnare (non tale ultimo provvedimento, ma) la decisione della stazione appaltante di non addivenire all’annullamento della procedura di gara. All’accoglimento di tale ricorso seguirebbe inevitabilmente la caducazione dell’aggiudicazione eventualmente disposta al terzo concorrente.

La soluzione del dilemma potrebbe quindi darsi nei termini seguenti.

A fronte di un ricorso principale e un ricorso incidentale tendenti alla reciproca esclusione, il giudice deve sempre accogliere entrambi ed annullare l’aggiudicazione.

Ove i partecipanti alla gara siano solo due (appunto i ricorrenti principale ed incidentale) la sentenza avrà unicamente un contenuto di annullamento, poiché rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la scelta se indire o meno una nuova procedura di gara con gli stessi contenuti di quella annullata. Può essere, infatti, che nelle more le sue necessità siano state soddisfatte in altri modi o che, addirittura, siano venute meno. Si tratta di scelte che rientrano in un’ampia discrezionalità, sfociante nel merito, della stazione appaltante che non può essere sindacato se non in caso di manifesta irragionevolezza o travisamento e, comunque, non può essere oggetto di alcun ordine giudiziario a carattere conformativo.

Se i concorrenti alla gara sono più di due nasce la necessità di verificare se, in relazione ai vizi e ai motivi dedotti nel ricorso principale ed incidentale (entrambi oggetto di accoglimento), sia opportuno annullare l’intera gara o, invece, aggiudicare il contratto pubblico in questione al concorrente collocato al terzo posto della graduatoria finale della procedura. Anche queste sono valutazioni che competono alla stazione appaltante e sulle quali il giudice amministrativo, che si ripete in materia esercita i poteri della giurisdizione esclusiva ma non di merito, non può incidere in termini di conformazione. Il giudice però può disporre che la stessa appaltante provveda a verificare l’opportunità di annullare la gara in autotutela. Si tratta di un nuovo tratto di potere rispetto al quale le imprese ricorrenti (sia in via principale che in via incidentale) vantano un interesse giuridicamente qualificato al controllo giudiziario, perché il soddisfacimento effettivo del loro interesse strumentale può avvenire unicamente con la riedizione della gara. Esse pertanto sono fornite sia di legittimazione che di interesse ad un eventuale ricorso avverso la decisione della stazione appaltante di non annullare la gara. Essa, si può ritenere, a fronte di una pronuncia giudiziaria che accoglie sia il ricorso principale che quello incidentale relativamente ad una gara con più di due concorrenti, è onerata ad effettuare tale verifica sul se annullare la gara o invece aggiudicare il contratto pubblico al terzo candidato in graduatoria. In assenza di una previsione di legge in proposito, la cui emanazione appare a questo punto opportuna, la relativa statuizione non può che essere contenuta nella sentenza che accoglie entrambi i ricorsi principale ed incidentale. L’ordine conformativo, contenuto nei limiti dell’indicazione alla stazione appaltante di valutare se annullare la gara, non pare violare i limiti della giurisdizione esclusiva (si ripete, non estesa al merito) e, in particolare, sembra rispettosa del divieto posto al giudice amministrativo ex art. 34, comma 2, del codice processo amministrativo, di pronunciarsi in riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Certamente si tratta di un meccanismo che inciderà negativamente sui tempi di durata delle procedure e ritarderà l’esecuzione delle opere; inoltre è suscettibile di moltiplicare il contenzioso, basti pensare che se la decisione di non procedere all’annullamento della gara è contestabile dai concorrenti-ricorrenti principale ed incidentale esclusi dalla stessa, correlativamente la decisione di annullare la procedura sarà impugnabile dal concorrente collocato in terza posizione nella graduatoria ed interessato a mantenere ferma la gara svolta, per conseguire l’affidamento del contratto pubblico. Queste conseguenze mi sembrano però inevitabili alla luce dell’ormai consolidata giurisprudenza comunitaria in materia di ricorso incidentale e mi sembra anche in grado di garantire l’effettività della difesa giudiziaria a tutti gli attori che, nella vicenda, vantano un qualche interesse qualificato.

In conclusione, si può dire che la vicenda del ricorso incidentale paralizzante è indicativa di come il moltiplicarsi delle fonti a livello sovranazionale renda complesso e, soprattutto, incerto nelle sue conclusioni il lavoro degli operatori giuridici. Per arrivare ad una qualche conclusione sono occorsi infatti anni di lavoro e molte pronunce, sia a livello nazionale che comunitario, e non è ancora finita poiché occorre definire le conseguenze dei pronunciamenti comunitari se non a livello processuale, sicuramente a livello sostanziale. In altri termini occorre ancora definire cosa accade ad una procedura di gara con tre o più concorrenti in esito ad una sentenza che accoglie ricorso principale e incidentale escludendo i primi due partecipanti. Questo lavoro vuole essere un piccolo contributo alla soluzione del problema, ma si tratta di una questione che richiederà ancora tempo, energie e pronunce giudiziarie per essere definita e presumibilmente necessiterà di un intervento legislativo.

**Alessandro Cacciari**

**Consigliere del T.A.R. Toscana**

Pubblicato il 12 ottobre 2019

1. S. Cassarino, Il processo amministrativo, Giuffrè, Milano 1984, pp. 325 ss.; E. Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano 2016, p. 906; A. M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Jovene, Napoli 1995, pp. 1443-1444; R. Garofoli-G.Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, Neldiritto, Roma 2016, pp. 2019 ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. R. Giovagnoli-Marco Fratini: il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel giudizio di primo grado e in appello, Giuffrè, Milano 2008, pp. 6-29. [↑](#footnote-ref-2)
3. R. Chieppa, Il codice del processo amministrativo, Milano, Giuffrè 2010, pp. 292 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. E. Picozza, Il processo amministrativo, Giuffré, Milano 2009, pp. 302-303. [↑](#footnote-ref-4)
5. F. Caringella-S. Mazzamuto-G. Morbidelli, Manuale di diritto amministrativo, Dike, Roma 2016, pp. 1848 ss. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cons. Stato V, 21 giugno 2006 n. 3689. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cons. Stato V, 13 novembre 2007 n. 5811 in Giustamm.it n. 12/2007 con nota adesiva di Gianluigi Pellegrino. [↑](#footnote-ref-7)
8. T.AR. Lazio Roma I, 25 luglio 2006 n. 6372. [↑](#footnote-ref-8)
9. C.G.U.E. ord.za 14 febbraio 2019 (causa C-54/18). [↑](#footnote-ref-9)
10. Sulla legittimazione alle causa S. Cassarino, cit., pp. 605 ss.; E. Casetta, cit., pp. 857 ss.; P. Virga, Diritto amministrativo II, Giuffrè, Milano 2001, pp.275 ss. [↑](#footnote-ref-10)