

Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*

di Gianluigi Pellegrino

Sommario:

0. Premessa e anticipazione delle conclusioni.

1. La sentenza n. 197/12 del Tar Lazio.

2. La necessaria equiordinazione di due contrapposte impugnazioni delle rispettive ammissioni alla gara.

3. Il rischio di violare insieme parità delle parti nel processo e parità delle armi nella gara. La rimessione al giudice comunitario (Tar Piemonte ord. n. 208/12).

4. Non può esserci ordine di esame. Ma sostanziale simultaneità.

5. Un'alternativa obbligata.

6. Rassegnazione o speranza?

0. PREMESSA E ANTICIPAZIONE DELLE CONCLUSIONI.

Può in premessa rinviarsi all'ormai lontano autunno del 2006, quando provammo a lanciare un sasso nello stagno sull'indirizzo allora di gran lunga prevalente di pregiudizialità, diremmo oggi "senza se e senza ma", del cd. ricorso incidentale escludente¹.

Da allora, è il caso di dire, tanta acqua è passata sotto i ponti. In dottrina come in giurisprudenza.

Sul primo versante, ad autorevolissime prese di posizione volte a ribadire la correttezza del tradizionale orientamento², si sono tuttavia accostate autorevoli e crescenti adesioni, se non su tutte le conclusioni che avevamo provato a prospettare, senz'altro sull'assoluta necessità dell'auspicato "ripensamento", in ragione di una condivisa insoddisfazione per lo stato delle cose³.

Il dibattito peraltro accompagnava, ora in senso critico ora in senso adesivo, la giurisprudenza che sulla questione veniva tumultuosamente a formarsi e sovrapporsi,

¹ G. PELLEGRINO *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento* in www.giustamm.it 29 novembre 2006, *La Plenaria e le tentazioni dell'incidentale* in www.giustizia-amministrativa.it, 14 aprile 2011.

² Per tutti R. VILLATA *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, in Dir. Proc. Amm. 2010, 285 ss; ed ancora prima R. VILLATA *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, idem 2008, 911 ss., 290 ss; ed ancora M. TROPEA *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli 2007.

³ Senza alcuna pretesa di esaustività possono richiamarsi A. CERRI *Spunti e riflessioni sull'ordine delle domande, l'ordine delle questioni e l'impugnativa incidentale escludente* in Riv. Dir. Proc., 2010 2v, quale adattamento di una più ampia trattazione destinata agli "Scritti in onore del prof. Alberto Romano"; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principali contesti la mancata esclusione del vincitore*, in Dir. Proc. Amm. 2009, 151; F. FOLLIERI *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale* in Dir. Proc. Amm. n. 3/11, 1151.

atteso che il giudice amministrativo faceva in tempo dapprima a raccogliere il sasso di quelle suggestioni, almeno sotto il profilo fondamentale delle necessarie ricadute del principio del giusto processo e di parità delle parti⁴, e poi però a rimandarcelo indietro, pure con gli interessi, tornando ad affermare quel peculiare privilegio in favore del mezzo incidentale⁵ che deriverebbe da aeree regole processuali, quand'anche idonee a partorire scoraggianti ingiustizie.

Questo essendo l'ultimo approdo della Plenaria del 2011, che pure si è cercato⁶ con qualche dichiarata forzatura di leggere in senso non del tutto contraddittorio almeno con i principi fondamentali affermati dallo stesso Consesso poco tempo prima⁷, l'inevitabile necessità di una riapertura della questione⁸ si è ora manifestata con prepotenza con due decisioni del giudice di primo grado⁹. Una (Tar Lazio n. 197/12) riaderendo alle conclusioni della Plenaria del 2008 e l'altra determinandosi a porre la questione in sede comunitaria.

Così schematicamente riassunte le turbolenze che il tema ha attraversato, spesso tornando al punto di partenza, è opportuno sin da ora anticipare che il senso ultimo del presente commento, come spero di riuscire a illustrare, non è tanto quello di aderire o meno alle conclusioni cui perviene la sentenza che si annota (oppure alla parabola argomentativa che l'altro giudice di primo grado ha seguito per investire la Corte di Giustizia¹⁰), bensì quello di enucleare, alla luce proprio del dibattito dottrinario e giurisprudenziale nel frattempo registrato, un punto di diritto che a me sembra irrinunciabile e che può così sinteticamente riassumersi: se due operatori economici concorrenti ad una gara, reciprocamente contestano i rispettivi provvedimenti di ammissione alla procedura (quale che sia il mezzo principale o incidentale che occasionalmente sono chiamati ad utilizzare), le due questioni non possono che essere ritenute dal giudice su un piano di assoluta equiordinazione. Di talchè nessun aprioristico ordine di esame può essere affermato. Ove i reciproci mezzi siano entrambi, ciascuno in sé considerato, rituali, ammissibili e fondati l'esito non potrà che essere speculare secondo la seguente alternativa: entrambi accolti, ovvero entrambi dichiarati improcedibili; e in tale ultimo caso, ove nel giudizio siano poste questioni afferenti alla fase di assegnazione dei punteggi, le stesse avranno necessario ingresso e il giudice dovrà pronunciarsi in merito.

⁴ Adunanza Plenaria n. 11 del 2008.

⁵ Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

⁶ Per questo indubbiamente affannoso tentativo si veda G. PELLEGRINO *La Plenaria e le tentazioni dell'incidentale* in www.giustizia-amministrativa.it, 14 aprile 2011.

⁷ Oltre alla citata Ad. Plen. n. 11 del 2008 si ricordi anche Ad. Plen. n. 1 del 2010 che l'assenza di una pregiudizialità dell'incidentale escludente dava addirittura per scontata.

⁸ Sia consentito ancora rinviare a G. Pellegrino *La Plenaria e le tentazioni dell'incidentale* cit..

⁹ Tar Lazio con la sentenza qui in commento e Tar Piemonte con l'ordinanza n. 208 del 2012 con cui la questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia

¹⁰ Tar Piemonte cit.

Doverosamente anticipate le conclusioni passiamo ad illustrare elementi e passaggi obbligati che a mio avviso alle stesse necessariamente conducono.

1. LA SENTENZA N. 197/12 DEL TAR LAZIO.

Per i profili che qui rilevano, la vicenda contenziosa definita in primo grado con la sentenza Tar Lazio n. 197/12 integra una tipica controversia relativa a procedura di evidenza pubblica.

La ricorrente principale seconda classificata ha impugnato l'esito della gara contestando che l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa. Pertanto ha impugnato l'aggiudicazione per illegittimità derivante dall'ammissione della controinteressata. Costituendosi in giudizio, le imprese componenti l'Ati aggiudicataria hanno proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale.

I concorrenti impegnati nella controversia costituiscono i soli partecipanti alla gara.

La parte aggiudicataria, ricorrente incidentale, richiamando l'Adunanza Plenaria n. 4/11 ha eccepito che in ragione della fondatezza del proprio ricorso incidentale "escludente", il ricorso principale deve essere dichiarato integralmente inammissibile o improcedibile.

La sentenza respinge tale eccezione scostandosi dalla Plenaria n. 4/11, e riandando alle conclusioni di cui alla precedente Plenaria del 2008.

In particolare, afferma il Tar, che la Plenaria n. 4/11 non possa che intendersi nel senso che l'incidentale escludente sia idoneo soltanto a inibire al ricorrente principale di contestare l'*esito* della gara a tutela del proprio interesse diretto all'aggiudicazione, ma non anche di contestare l'ammissione dello stesso ricorrente incidentale, quale unico altro concorrente in gara, a tutela di un subordinato interesse alla ripetizione della procedura. Interesse che risulta essere subordinato ma comune ai due contrapposti ricorrenti, le cui contrapposte domande pertanto in tale prospettiva devono essere accolte a tutela dell'"esigenza di rinnovare la procedura".

2. LA NECESSARIA EQUIORDINAZIONE DI DUE CONTRAPPOSTE IMPUGNAZIONI DELLE RISPETTIVE AMMISSIONI ALLA GARA.

Come accennato in premessa, non era stato difficile prevedere che l'arresto attinto dalla Plenaria del 2011 dovesse essere sottoposto ad una rimediazione o quanto meno ad una "lettura costituzionalmente orientata"¹¹.

¹¹ Cfr. G. PELLEGRINO *La Plenaria e le tentazioni dell'incidentale* cit.. La possibilità di una lettura in qualche modo correttiva della decisione dell'alto Consesso che provavo ivi ad auspicare, è stata invero convergentemente contestata

Ed infatti, se, come diremo più avanti, sono probabilmente prospettabili soluzioni anche alternative a quelle cui ha aderito la sentenza del Tar Lazio, quel che ci sembra indubitabile è che non possa ammissibilmente affermarsi una pregiudizialità sempre e comunque decisiva del cd. ricorso incidentale escludente¹², come invece la Plenaria del 2011 è sembrata affermare, sia pure all'esito di un apparato motivazionale non del tutto lineare, né del tutto coerente con tale conclusione¹³.

Invero le pur autorevoli voci che sostengono la pregiudiziale prevalenza del ricorso incidentale escludente¹⁴ fanno sostanzialmente leva sulla nota regola processuale che afferma il carattere necessariamente preliminare dell'accertamento sulle condizioni dell'azione (art. 276, 2° co. cpc). Pertanto, si argomenta, siccome il ricorso incidentale escludente, una volta accolto, priva il ricorrente principale dell'ammissione alla gara riducendolo a *quisque de populo*, non può che derivarne sul versante processuale l'inammissibilità della sua azione ricorsuale.

Ebbene a me sembra difficilmente superabile l'obiezione che, specularmente, può muoversi nei confronti del ricorrente incidentale. Anche a quest'ultimo infatti può opporsi che ove sia fondata l'impugnazione principale che contesta la sua ammissione, verrebbe a trovarsi privo della legittimazione a contestare quella dell'altro concorrente (ricorrente principale).

Ed invero vale per entrambi il rilievo che il provvedimento di ammissione è a tutti gli effetti un atto amministrativo costitutivo di effetti che si consolidano se il provvedimento non è ritualmente contestato, senza che il giudice possa *ex officio* disapplicarlo. Pertanto la valutazione sulla legittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale può trovare ingresso nel contenzioso di annullamento solo sulla base di un ricorso incidentale che quell'atto amministrativo contesti.

Il mezzo incidentale quindi assume con ogni evidenza l'idoneità ad ampliare la materia del contendere, inizialmente circoscritta dal solo ricorso principale.

sia da quanti quella decisione hanno condiviso (cfr. G. TROPEA *I rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione* in *Giur. It.*, 2011, 7), sia da quanti quella decisione hanno criticato (Cfr. A. SQUAZZONI cit. sub nota n. 9). Peraltro a tale pur forzata lettura correttiva sembra aderire proprio la sentenza qui in commento là dove utilizzando anche espressioni testuali della Plenaria ne limita la riaffermazione dell'effetto paralizzante alle sole domande del ricorso principale volte a contestare l'*esito* della procedura e non quindi quelle che sarebbero idonee a tutelare un interesse alla sua ripetizione tra cui quella volta a condurre all'esclusione anche dell'unico altro concorrente (aggiudicatario e ricorrente incidentale).

¹² Cfr. G. PELLEGRINO *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento* cit..

¹³ Per una disamina in dettaglio della decisione si rinvia ancora per brevità a G. PELLEGRINO *La Plenaria e le tentazioni dell'incidentale* cit..

¹⁴ Tra gli altri R. Villata in numerosi scritti già ben precedenti a Plenaria n. 4/11 tra cui oltre quelli già citati R. Villata e L. Bertolazzi, in *Il processo amministrativo – commentario al D.lgs n. 104/2010* a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano 2011, 422-423, e successivi a tale decisione (cfr. R. VILLATA *Annotando gli annotatori* in *Dir. Proc. Amm. N.* 3/11); M. PROTTO *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario* in www.giustizia-amministrativa.it e *Urb. e appalti* n. 4/2012; G. TROPEA *I rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni aspetti discutibile) ordinanza di rimessione*.

Il richiamo alle categorie processualcivilistiche dovrebbe essere pertanto indirizzato alla domanda riconvenzionale, giammai all'eccezione pura e semplice. Sul punto mi sembra assai rilevante che vi sia piena adesione anche da parte dei più determinati e autorevoli sostenitori della pregiudizialità del ricorso incidentale escludente laddove rilevano come *“il difetto di legittimazione cagionato dall'accoglimento del ricorso incidentale escludente richiede la (implicita, forse) caducazione dell'atto endoprocedimentale di erronea ammissione dell'offerta presentata dal ricorrente principale o forse meglio dell'aggiudicazione definitiva nella parte in cui individua nel ricorrente principale il secondo classificato”*¹⁵.

Ciò peraltro risulta espressamente chiarito anche dall'art. 42 c.p.a., che in modo esplicito configura il ricorso incidentale esclusivamente come uno strumento per introdurre nuove e contrapposte “domande” nel giudizio instaurato dal ricorrente principale. Sul punto l'Adunanza Plenaria n. 4/11 ha invero troppo frettolosamente affermato che il codice avrebbe lasciato immutata l'impalpabile cangiante natura del ricorso incidentale che risultava dalla risalente e pregressa disciplina. Quando invece è esplicita la scelta codicistica di aver assegnato al ricorso incidentale la tipica ed esclusiva funzione di mezzo per la introduzione delle domande¹⁶.

Se allora della legittimità dell'ammissione del ricorrente principale il giudice può conoscere solo sulla scorta di domanda da proporsi con il ricorso incidentale (arg. ex art. 42 c.p.a.), è evidente che anche con riguardo a tale domanda devono valere le regole in tema di condizione dell'azione che si invocano a carico del ricorrente principale. Pertanto, se il ricorrente principale impugna l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale, anche a carico di quest'ultimo ci si dovrebbe domandare se la fondatezza di quella contestazione sia o meno idonea a privarlo delle condizioni legittimanti la proposizione della *domanda riconvenzionale* che introduce con il mezzo del ricorso incidentale. Si è in altri termini in ipotesi in cui “non si è più a far questione di legittimazione passiva, quanto piuttosto di attiva”¹⁷.

Del resto risultava già prima del codice francamente arduo ricondurre il ricorso incidentale escludente all'ipotesi dell'eccezione in senso proprio atteso che la parte intimata *“esercita un diritto ad un provvedimento di merito (accertamento dell'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale, e suo annullamento ndr) affermando e chiedendo un effetto giuridico ulteriore rispetto a quello richiesto dall'attore”*^{18 19}.

¹⁵ R. Villata “Annotando gli annotatori” cit..

¹⁶ Anche sul rilievo di tale portata dell'art. 42 c.p.a., opera un cenno di condivisione R. VILLATA *Annotando gli annotatori* cit..

¹⁷ A. SQUAZZONI cit. che evidenzia pure come l'Adunanza Plenaria n. 4/11 abbia dato semplicemente per scontato di non doversi interrogare sulla speculare questione che inciderebbe sulla legittimazione del ricorrente incidentale “solo perché ha deciso a priori di scartare l'opzione che muove dal principale e conduce a dichiarare inammissibile l'incidentale. E ciò sulla base, a ben vedere, della sola considerazione che un interesse di difesa meriti maggiore rispetto ad uno di pretesa”.

¹⁸ A. Squazzoni cit..

¹⁹ Sulla inconfigurabilità del ricorso incidentale quale pura eccezione anche prima del c.p.a. vedi più diffusamente G. PELLEGRINO *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, 2006 cit., dove si sono anche evidenziate le conseguenze inaccettabili che consegnerebbero ad una opzione contraria: si pensi ad esempio che con i

Ci si trova quindi, molto semplicemente, dinanzi a due speculari impugnazioni delle rispettive ammissioni.

La diversa collocazione processuale delle due parti in causa deriva esclusivamente dalla circostanza che per convenzione pretoria, in materia di attualità dell'interesse, si ritiene che le ammissioni possano essere impugnate solo all'esito della gara. L'impresa che non vince la gara impugna l'ammissione avversaria in uno con l'aggiudicazione, perché si ritiene che solo allora maturi un interesse concreto e attuale a contestarla. Specularmente, e in applicazione di identici principi, l'aggiudicatario (ricorrente incidentale) matura l'interesse ad impugnare l'ammissione di altro concorrente solo allorché questi proponga ricorso (principale) contro la sua aggiudicazione²⁰.

Pertanto entrambi i mezzi non contengono altro che contrapposte domande. Si ha quindi conferma del carattere assolutamente speculare delle reciproche impugnazioni delle rispettive ammissioni, introdotte con i rispettivi mezzi tipici assegnati dall'ordinamento (ricorso principale e ricorso incidentale) in ragione della sola differenza consistente nel momento in cui sorge l'interesse concreto e attuale alla contestazione.

Va da sé che tale occasionale collocazione processuale non può certamente incidere sulla sostanza dell'intensità della tutela apprestata in modo necessariamente paritario, che deve corrispondere alla ipotesi in cui le ammissioni potessero o dovessero, ad esempio, essere immediatamente e reciprocamente impugnate senza necessità di attendere l'esito della procedura. Due ricorsi autonomi nessuno dei quali potrebbe mai avere un trattamento privilegiato.

È a tale principio di doverosa giustizia processuale (e sostanziale) che chiaramente si riferisce il Tar Lazio nella sentenza in commento quando conclude che *“ragionando diversamente si giungerebbe alla conclusione di far dipendere le forme di tutela giurisdizionale – di imprese che si trovano, rispetto all'ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, nella medesima posizione, essendo entrambe prive dei requisiti di partecipazione – dagli sviluppi della procedura ad evidenza pubblica”*.

Da ciò deriva la necessità che le due contrapposte contestazioni delle rispettive ammissioni ricevano trattamento processuale del tutto paritario²¹.

Come pure non par dubbio che all'equiordinazione si accompagni un reciproco condizionamento delle domande. Sicché la effettiva e sola questione che in realtà va

sistemi delle medie e dei confronti a coppie la permanenza in gara di un determinato concorrente può essere decisivo per l'aggiudicatario al fine di mantenere l'aggiudicazione, di talché deve escludersi che in tali ipotesi il medesimo aggiudicatario possa allo stesso tempo perorarne l'illegittima ammissione al fine processuale di paralizzarne il ricorso principale, accedendo così all'inammissibile privilegio non dissimile dal sogno proibito di avere... botte piena e moglie ubriaca.

²⁰ Ancora una volta di tanto vi è conferma anche nell'art. 42 c.p.a. che non a caso individua i contenuti del ricorso incidentale nelle “domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale”.

²¹ Sul carattere speculare che manifestano le reciproche contestazioni delle rispettive ammissioni si soffermano anche autorevoli commenti pur adesivi alla soluzione di cui a Ad. Plen. n. 4/11, senza peraltro (così almeno pare a chi scrive) trarne la necessarie conclusioni: cfr. F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale* in *Corriere Giur.* n.1/2012.

risolta è quella degli effetti di tale reciproco condizionamento. Soluzione che ovviamente non può stare nel negare con un colpo di accetta l'equiordinazione che è nelle cose, nel diritto e quindi non può che essere anche nel processo²².

Il discorso sembra del resto trovare robuste fondamenta anche nella ricostruzione dogmatica dell'impugnazione incidentale nel processo amministrativo e nel suo rapporto con i gravami incidentali nel processo civile²³. Deve infatti evidenziarsi che l'impugnazione incidentale dell'ammissione del ricorrente principale si pone su un piano di equiordinata autonomia rispetto al ricorso principale (fermo il condizionamento derivante dalla fondatezza o meno dei reciproci mezzi); altrimenti dovrebbe evocare la categoria del condizionamento, esponendosi come tale a dubbi di ammissibilità²⁴ e risultando comunque destinata ad essere esaminata solo dopo l'esame dell'impugnazione principale (il che è l'esatto opposto di quanto ritenuto dalla Plenaria nelle conclusioni che qui si criticano).

In realtà come detto l'opzione deve essere per l'equiordinazione anche in virtù delle ulteriori ragioni che si passano ad illustrare, restando poi da verificare gli effetti del reciproco condizionamento in caso di rispettiva fondatezza, che abbiamo anticipato nelle premesse e su cui torneremo nei paragrafi conclusivi.

3. IL RISCHIO DI VIOLARE INSIEME PARITÀ DELLE PARTI NEL PROCESSO E PARITARIA CONCORRENZA IN GARA. LA RIMESSIONE AL GIUDICE COMUNITARIO (TAR PIEMONTE ORD. N. 208/12).

Non meraviglia, alla luce di quanto esposto, che l'insoddisfazione per le conclusioni raggiunte dalla Plenaria n. 4/11 abbia suggerito ad altro giudice di primo grado la rimessione della questione alla Corte di giustizia europea²⁵. Ed infatti, senza qui analizzare nel dettaglio eventuali criticità in rito o in termini di completezza delle questioni prospettate²⁶, che tale rimessione porta con sé, a noi sembra evidente che un trattamento processualmente sperequato tra due contrapposte e del tutto analoghe impugnazioni (quelle rivolte avverso le rispettive ammissioni) si traduca in una violazione delle regole di parità in un settore regolato da principi comunitari della parità di accesso alla tutela.

²² L'evidente equiordinazione e il reciproco condizionamento delle due contrapposte domande viene con forza e, a me sembra, insuperabilità di argomentazioni illustrata da A. Cerri, cit. e A. Squazzoni, cit. che in nota 62 evidenzia come *“La conclusione del resto è conseguenza logica ovvia ove si rifletta sul fatto che se la censura escludente è prospettata solo da una delle parti assume carattere prioritario e condizionante, onde se le censure escludenti sono prospettate da entrambe non possono che assumere carattere equo ordinato e reciprocamente condizionante”*.

²³ Cfr. A. Pajno *“Appunti a proposito del ricorso incidentale condizionato nel processo amministrativo”* in *Giurisprudenza di merito*, anno VII num. 2, Milano 1975, pagg. 110 e ss.

²⁴ Cfr. A. Pajno cit.

²⁵ Tar Piemonte, Torino sezione II, ordinanza 9 febbraio 2012.

²⁶ Per una nota critica alla decisione del Tar Piemonte, cfr. M. PROTTO cit..

La violazione poi si ripercuote direttamente nell'ambito della concorrenza sol che si rifletta che ben vi può essere il caso in cui la parte ricorrente principale contesti non solo l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario ma anche e direttamente l'esito della stessa con riguardo all'assegnazione dei punteggi e quindi alla formazione della graduatoria. Ebbene non riesce davvero a potersi far rientrare in canoni elementari di giustizia e parità delle armi, l'assunto che ove entrambe le contrapposte impugnazioni delle rispettive ammissioni siano fondate, se non si possa giungere ad un loro simultaneo accoglimento possa poi negarsi di fare giustizia quanto meno con riguardo alle censure relative alla fase di gara e all'assegnazione dei punteggi. Con l'aberrante risultato che godrebbe di maggiore tutela il concorrente che ha beneficiato di determinazioni illegittime non solo in sede di ammissione alla gara (come del resto il suo concorrente e ricorrente principale) ma anche in sede di assegnazione del bene della vita (illegittimità che invece il ricorrente incidentale lamenta di aver subito e non già goduto). In tal modo una stazione appaltante che ammettesse illegittimamente tutti i concorrenti avrebbe la certezza di poter determinare in modo del tutto arbitrario il vincitore anche in spregio a tutte le regole rinvenienti dalla *lex specialis* (assegnando ad esempio punteggi falsi e di favore) atteso che nessun concorrente sarebbe mai in grado di chiedere l'intervento correttivo del giudice, perché l'aggiudicatario potrà sempre paralizzarne l'azione contestando con ricorso incidentale la sua ammissione, pur essendo anche l'ammissione del medesimo aggiudicatario ugualmente illegittima e ritualmente contestata dal ricorrente principale. In tal modo verrebbero a crearsi bacini di concorrenza (quale indubbiamente è una gara pur svolta tra concorrenti che dovevano essere tutti esclusi) privi di qualsivoglia possibilità di tutela sul rispetto almeno delle regole interne alla gara. Profilo questo a ben vedere non sollevato né illustrato nell'ordinanza di rimessione al giudice comunitario, ma rispetto al quale quel giudice non potrebbe certamente restare insensibile.

4. NON PUO' ESSERCI ORDINE DI ESAME. MA SOSTANZIALE SIMULTANEITA'.

In definitiva è in primo luogo fuorviante affrontare la questione avendo riguardo *in generale* al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Questi sono solo mezzi per introdurre domande nel giudizio, le quali a loro volta possono avere il più variegato oggetto. Possono non essere su un piano di equiordinazione, ed allora *nulla quaestio* ovviamente ad affermare la pregiudizialità di una sull'altra. Ma là dove siano in posizione speculare e quindi equiordinata, la stessa ricerca di una qualche pregiudizialità dell'una sull'altra risulta francamente arbitraria.

L'esame non può che essere contestuale e paritetico. Con i medesimi effetti di come se fosse simultaneo nel tempo²⁷.

Nessuna gerarchia di esame vi può essere tra domande equiordinate e contrapposte. I mezzi operano sullo stesso piano con la conseguenza che solo ragioni eventuali di economia processuale possono talvolta consentire l'esame di uno solo di essi, come può senz'altro avvenire nell'ipotesi tipica di manifesta infondatezza del ricorso principale.

Ma sul versante delle regole generali nessuna priorità di principio può essere affermata²⁸. Va da sé peraltro che ove all'esame (si ripete equiordinato) uno dei due mezzi per ragioni proprie risulti inammissibile (ad esempio tardivo) o infondato, nessuna rilevante questione si pone.

Ove invece siano **entrambi fondati**, si pone appunto la questione degli effetti del reciproco condizionamento che passiamo conclusivamente ad affrontare.

5. UN'ALTERNATIVA OBBLIGATA (LE QUESTIONI DELLA LEGITTIMAZIONE E DELL'INTERESSE STRUMENTALE).

Affermata la necessaria equiordinazione delle due contrapposte impugnazioni rivolte avverso le rispettive ammissioni, gli esiti in caso di loro fondatezza non possono che essere di due tipi:

- simultaneo accoglimento, ed in tal caso il reciproco condizionamento opera nel senso che l'unico comune interesse assistibile da parte del giudice è quello strumentale alla ripetizione della gara;
- ovvero simultanea declaratoria di improcedibilità di entrambi i mezzi contrapposti.

Prima di illustrare nel dettaglio i rispettivi presupposti delle due uniche soluzioni che sembrano plausibili, ci si deve soffermare sulla rilevante questione della legittimazione a ricorrere in materia di pubbliche gare che è il profilo su cui è incentrata la decisione della Plenaria del 2011, anche se affrontato con riguardo alla sola posizione del ricorrente principale.

²⁷ In altri termini è irrinunciabile che “il giudice (contrariamente a quanto accade nei fatti) affronti (le speculari questioni, ndr) in una sorta di contestualità giuridica” cfr. A. Squazzoni, cit.

²⁸ Come è noto pur in assoluta coerenza con tutto quanto si è esposto nel testo, una ipotesi di non equiordinazione dei due mezzi è stata tratteggiata avendo riguardo alla eventualmente diversa sub fase procedimentale rispetto alla quale si lamenta la mancata esclusione del concorrente (in tal senso Ad. Plen. n. 1/10, o ancor prima Cons. St. sez. V n. 5811/07). Ipotesi questa anch'essa superata in tronco ovviamente da Ad. Plen. n. 4/11 che ha optato per il prioritario esame del ricorso incidentale in quanto tale. In realtà è ipotesi indubbiamente assistita da suggestione solo che si rifletta che se la tutela fosse immediata all'esito di ogni sub fase, la tesi mostrerebbe tutta la sua insuperabilità. Di contro vi possono essere opzioni che valorizzino una natura più propriamente finalistica della procedura e come tali equiparino comunque tra di loro ogni ipotesi di richiesta esclusione. E' tema che in ogni caso qui non si tratta nel dettaglio, essendo il cuore della presente analisi la disamina degli effetti giuridici di due contrapposte questioni che si postula abbiano ad oggetto equipollenti pretese espulsive. (Per maggiori cenni alla peculiare ulteriore questione sia consentito rinviare a G. PELLEGRINO Nota a CdS n. 58/11 dal titolo *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*).

La Plenaria ha in termini di sintesi concluso che l'impresa che abbia partecipato alla gara ma il cui provvedimento ammissivo venga poi censurato dal giudice, deve ritenersi in posizione analoga a quella di una impresa che non vi abbia partecipato affatto, né si sia candidata a tal fine.

Ebbene se si accede a tale opzione si potrebbe dubitare che anche nel caso delle due sole imprese in gara le reciproche impugnazioni espulsive possano essere accolte, atteso che ciascuna delle due imprese in ragione della fondatezza del ricorso dell'altra si troverebbe priva di legittimazione²⁹; salvo a non voler affermare che proprio il carattere giuridicamente simultaneo dell'esame comunque consentirebbe il loro accoglimento perché nessuna delle due pronunce di merito potrebbe presupporre l'altra.

Ma a me sembra che la questione della legittimazione possa avere esito diverso da quello attinto dalla Plenaria del 2011, non già nel senso che qualsiasi impresa di settore possa impugnare gli atti di una gara cui pure non ha dato alcun segno di voler partecipare, ma nel senso che la legittimazione (intesa quale titolarità di una posizione differenziata rispetto all'esercizio del potere amministrativo) possa riconnettersi alla tempestiva domanda di partecipazione. Mentre l'esito della stessa domanda (ammissione o meno) rilevano piuttosto sul fronte dell'interesse al ricorso in rapporto alle domande formulate. Del resto tale conclusione sembra implicitamente costituire il presupposto della diffusa giurisprudenza che premette l'esame delle censure strumentali alla ripetizione dell'intera gara rispetto alle censure incidentali volte a perorare l'esclusione per ragioni formali del ricorrente principale. Il che non sarebbe consentito se si ritenesse che il carattere eventualmente illegittimo dell'ammissione privi in radice di legittimazione a impugnare qualsivoglia atto della procedura.

Sicchè potrebbe affermarsi che già chiedendo tempestivamente di prender parte ad una gara, l'impresa si differenzi dalla generalità degli operatori di settore acquisendo così la legittimazione a impugnare gli atti della procedura. Del resto altrimenti (e pur estremizzando) si dovrebbe affermare che un'impresa che ha chiesto di partecipare non avrebbe titolo nemmeno ad impugnare gli atti della procedura che danno luogo alla sua eventuale esclusione. Né si dica che in tal modo si vorrebbero aprire le porte all'affermazione che un'impresa che ha solo chiesto di partecipare ad una gara possa poi impugnare qualsiasi atto della procedura, perché in realtà ciò che risolve ogni profilo anche su questo piano è il differente fronte dell'interesse (ferma restando l'acquisita legittimazione). Ed infatti se la domanda di partecipazione viene respinta e non è impugnata con successo, certo l'impresa non ha interesse a contestare ad esempio la successiva fase dei lavori della commissione sull'attribuzione dei punteggi, e così via.

²⁹ A. SQUAZZONI, cit. dubita di tale conclusione affermando che anche in tal caso il simultaneo accoglimento sarebbe necessitato non potendo il giudice dichiarare inammissibile una impugnazione dopo averla ritenuta fondata. Peraltro è prospettiva che l'A. esamina in modo esclusivamente ipotetico, atteso che poi diffusamente critica l'approdo della Plenaria del 2011 in punto di legittimazione.

Su tali presupposti può affermarsi che quanto meno non si pone un problema di legittimazione con riguardo alla ditta che, pur esclusa, impugni l'ammissione dell'unico altro partecipante. E quindi ovviamente anche nel caso della reciproca impugnazione dei due soli ammessi.

Piuttosto in tali fattispecie potrebbe porsi un problema di effettiva configurabilità di una ipotesi di tutelabile interesse strumentale. Ci si potrebbe infatti, con qualche suggestione, domandare se effettivamente perorare, non già una illegittimità degli atti inditivi o dello svolgimento della gara, bensì soltanto un esito deserto della stessa (perché questo avviene con l'annullamento delle ammissioni di tutte le ditte partecipanti) possa ricondursi nell'alveo dell'interesse strumentale.

Quest'ultimo è categoria che sicuramente sussiste ed era apparsa davvero sorprendente l'ordinanza di rimessione della Sesta sezione³⁰ che cercava di contestarlo in radice (senza invero interrogarsi sulle conseguenze in campo comunitario di una siffatta impostazione)³¹. E però l'interesse strumentale è tradizionalmente rinvenibile là dove si contesta la legittimità di una procedura al fine di lasciare monca la sequenza formata da: deliberazione a contrarre – approvazione delle norme di gara – svolgimento della gara – aggiudicazione. In tal modo infatti, lasciando monca tale sequenza, si assiste così senz'altro l'interesse appunto strumentale al suo necessario completamento con ripetizione delle fase inficiate a tutela della chance di conseguire l'assegnazione del bene della vita cui la procedura medesima è finalizzata.

Ebbene è quanto meno discutibile che analoga vicenda si conosca allorchè una gara abbia esito deserto.

In questi casi infatti non vi è nessuna procedura che resti aperta e monca. La gara piuttosto si è finalizzata sia pure con esito deserto ma del tutto conforme a ordinamento. La legge del resto, come noto, non solo contempla tale esito ma vi connette opzioni diverse dalla riedizione (in quanto connotate da meno pubblicità e minor competitività). Può essere quindi questo l'argomento con cui ritenere inammissibili le impugnazioni dell'escluso rivolte avverso l'ammissione del solo concorrente ammesso; non per difetto di legittimazione, ma al più per difetto di un configurabile interesse strumentale. In questo modo il principio sarebbe compatibile con quello più comunemente accettato che comunque l'escluso per ragioni formali può articolare motivi volti a contestare la legittimità del bando in modo da poter lasciare monca la procedura e ottenerne la ripetizione³².

³⁰ Cd SVI sez. ord. 351/11

³¹ E' stata rilevato da pressoché tutti i commentatori che la Plenaria si è vista bene dal seguire sul punto l'ordinanza di rimessione, optando elegantemente per bypassare la questione.

³² La Plenaria n. 4/11 pertanto avrebbe potuto giungere alla soluzione di salvaguardare l'esito della gara attraverso l'affermazione della inidoneità di due contrapposte impugnazioni escludenti ad integrare un tutelabile interesse strumentale, piuttosto che incidere pesantemente sui principi che a me sembrano inviolabili quale quello della parità delle parti.

Ovviamente si può dare ingresso anche ad un orientamento più sostanzialista e pragmatico che individui la configurabilità di un interesse strumentale anche nell'impugnazione del solo concorrente ammesso (o in quella reciproca dei due soli concorrenti ammessi), soprattutto quando le ragioni di esclusione non sono tali da precludere la partecipazione dei concorrenti in oggetto alla riedizione della procedura, Riedizione che il giudice amministrativo sempre più giudice del rapporto, potrebbe anche ordinare, superandosi in tal modo i dubbi che pure sono sorti in ordine all'inottemperabilità conformativa (nel senso della ripetizione della gara) di una giudicato di mero annullamento di provvedimenti di ammissione di tutti i partecipanti ammessi.

È quella più sostanzialista innanzi illustrata la soluzione cui accede la sentenza Tar Lazio n. 197/12, sia pur non esplicitandola in motivazione. Il rispettivo annullamento degli atti di ammissione assiste il sia pur minore ma comune interesse delle parti alla riedizione della gara.

Ma quello che qui soprattutto interessa è la esplicita adesione della pronuncia al principio che qualsivoglia soluzione deve comunque sempre muovere dalla necessaria equiordinazione dei due contrapposti mezzi escludenti.

Il che è di decisiva importanza proprio nelle ipotesi in cui invece la teorica della pregiudizialità del ricorso incidentale, ha perpetrato maggiori ingiustizie.

Ci riferiamo al caso in cui il ricorrente principale abbia contestato non solo e fondatamente l'ammissione dell'aggiudicatario ma anche la fase di assegnazione dei punteggi che, ove svolta in termini coerenti alla *lex specialis* avrebbe invertito la graduatoria; mentre il ricorrente incidentale contesta esclusivamente, sia pur anch'egli fondatamente, la sola ammissione del ricorrente principale.

Ebbene non vi è dubbio che in tal caso ove non si rinvergono in fatto (presenza di altri partecipanti alla gara) o in diritto (per adesione ad una delle opzioni che abbiamo innanzi illustrato) i presupposti per un simultaneo accoglimento delle due contrapposte e fondate impugnazioni espulsive, non vediamo come non possa farsi ingresso alla valutazione delle censure relative alla graduatoria.

E a ciò dovrebbe giungersi in coerenza con tutto quanto si è cercato di illustrare, previa verifica di fondatezza di entrambe le impugnazioni escludenti che però, appurata in motivazione, non potrebbe che condurre alla contestuale improcedibilità dei due mezzi, per carenza di interesse delle parti ad una pronuncia su tale fase del procedimento (quella di ammissione) che non potrebbe che essere negativa ed espulsiva per entrambe.

Dichiarate improcedibili le due contrapposte domande escludenti dovrebbe senz'altro passarsi all'esame delle censure sulla fase di gara.

Sul punto parte della dottrina, che pure ha pienamente condiviso l'assoluta equiordinazione dei due mezzi escludenti contrapposti e la critica alla soluzione cui è approdata la Plenaria del 2011, ha però osservato che cadrebbe in "imbarazzante"

contraddizione una sentenza che dichiari una domanda (*id est* ciascuna delle due domande escludenti contrapposte) prima fondata e poi inammissibile³³.

In merito, e pur nella evidente suggestione e il garbo del rilievo, mi sembra di poter replicare che non è affatto estranea al sistema una siffatta pronuncia. Richiamo in merito il pacifico e per tanti anni anche unico orientamento che comunque anteponeva sempre l'esame del ricorso principale al ricorso incidentale, facendo leva sull'accessorietà di questo e sulla circostanza che l'interesse al suo esame in capo al controinteressato poteva affermarsi solo una volta rivelatosi effettivamente fondato il ricorso principale. Pertanto in tutti tali casi, là dove poi il ricorso incidentale fosse risultato da accogliere si giungeva alla corretta pronuncia di inammissibilità del ricorso principale **pur dopo averlo apprezzato come fondato**.

Allo stesso modo del tutto pacifico è che ciò avviene allorché ricorrente principale e ricorrente incidentale formulino rispettivamente plurime censure relative a plurime voci di punteggio, di talché solo all'esito della valutazione di quante e quali delle rispettive censure siano fondate e quali invece non lo siano, il giudice verifica se il ricorso principale superi o meno la prova di resistenza, dovendo nella negativa dichiararlo inammissibile, ancora un volta **pur dopo averne valutato la fondatezza**.

Si vuol dire, quindi, che appartiene pienamente al nostro processo l'ipotesi che domande siano dichiarate inammissibili o improcedibili pur dopo averne apprezzato la fondatezza. In conclusione e come anticipato sembra a chi scrive che la regola da doversi affermare sia la seguente.

Se due operatori economici concorrenti ad una gara, reciprocamente contestano i rispettivi provvedimenti di ammissione alla procedura (quale che sia il mezzo, principale o incidentale, che occasionalmente sono chiamati ad utilizzare), le due questioni non possono che essere ritenute dal giudice su un piano di assoluta equiordinazione. Di talché nessun aprioristico ordine di esame può essere affermato. Ove i reciproci mezzi siano entrambi, ciascuno in sé considerato, rituali, ammissibili e fondati l'esito non potrà che essere speculare secondo la seguente alternativa: entrambi accolti, ovvero entrambi dichiarati inammissibili/improcedibili. In tale ultimo caso, ove nel giudizio siano poste questioni afferenti alla fase di assegnazione dei punteggi, le stesse avranno necessario ingresso e il giudice dovrà pronunciarsi in merito.

5. UNA POSSIBILE CONCRETA CONTROPROVA.

Non sembri del resto fuori luogo operare un parallelismo con ipotesi ben verificabili anche al di là della materia delle procedure di evidenza pubblica. Si pensi ad esempio ai titolari di due esercizi commerciali concorrenti posti sulla medesima strada cittadina che

³³ A. Squazzoni, cit.

contestino con autonomi ma reciproci ricorsi le rispettive autorizzazioni commerciali. Ebbene va da sé che tali titoli siano idonei sul versante sostanziale ad abilitare all'attività e sul versante processuale a consentire l'impugnazione dell'altrui autorizzazione. Ne consegue che anche in tali ipotesi l'accoglimento dell'uno o dell'altro ricorso avrebbe ricadute pure processuali sul contrapposto giudizio. Ciò peraltro non potrebbe mai autorizzare nessuno ad affermare che possa esservi un qualche ordine gerarchico di esame dell'uno o dell'altro mezzo da parte del giudice. Gli stessi non possono che essere considerati su un piano del tutto equiordinato e di contestuale valutazione. Con la conseguenza che in caso di contestuale reciproca tempestività, ritualità e fondatezza il giudice dovrebbe domandarsi se vi sia un interesse al simultaneo accoglimento e siccome, in linea di massima, non dovrebbe esserci (non avrebbero alcun beneficio ma anzi un danno dalla contestuale fuoriuscita dal mercato) non potrebbe che concludere con un pronuncia in rito su entrambi.

Vi è conferma (si perdoni la brutalità) che due contrapposte reciproche, rituali e fondate domande non possano che essere:

- simultaneamente accolte;
- ovvero simultaneamente dichiarate inammissibili.

6. RASSEGNAZIONE O SPERANZA?

In definitiva il tradizionale orientamento volto ad attribuire al ricorso incidentale in materia di evidenza pubblica quella posizione di privilegio che qui si è cercato di contestare, sembra davvero collidere con regole di base che in altre materia vengono pacificamente applicate. Una sorta di istintiva iperprotezione per l'assetto voluto dalla pubblica amministrazione con l'aggiudicazione. Appartiene del resto alla comune esperienza l'alta incidenza di successo che conosce il ricorso incidentale, dando l'odiosa e diffusa sensazione, ancorchè involontaria e magari smentibile numeri alla mano, che una stessa questione di diritto possa avere ben più chance di successo se occasionalmente trova spazio nelle mura, evidentemente più confortevoli, del ricorso incidentale.

C'è ne abbastanza per rassegnarsi o forse per sperare quanto meno in un necessario approfondimento da parte della Plenaria grazie anche alla virtuosa dialettica riattivata dai giudici di primo grado.

*Il presente contributo è tratto dal commento *“In tema di equiordinazione tra ricorso principale e ricorso incidentale, in caso di reciproche impugnazioni degli atti di ammissione ad una gara”*, Nota a sentenza Tar Lazio n. 197/12 in corso di pubblicazione sul n. 1/12 de *“Il nuovo diritto amministrativo”* (Dike giuridica)