

## CLAUDIO VARRONE

### **Ammissibilità e merito nell'esame del ricorso incidentale: un orientamento del giudice amministrativo da ripensare.**

Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale è uno dei temi cruciali per assicurare effettività di tutela giurisdizionale alle posizioni soggettive dei privati, in conformità a quanto prescritto dall'art.1 del cod. proc. amm., in particolare nelle procedure di evidenza pubblica, nelle quali, la tutela della concorrenza, interesse fondante del Trattato comunitario e della Costituzione italiana, ha, come suo naturale corollario, che l'aggiudicazione “ **può dar vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo**” ( SS.UU. n. 10294/2012).

L'effettività della tutela si desume, infatti, dal principio contenuto nell'art 8 cod. proc. amm., in base al quale, ai fini della legittimità del ricorso giurisdizionale, il ricorrente è tenuto a provare la sua *legittimatio ad causam*, se essa è contestata dalla controparte.

La regola, come è giusto che sia, vale sia per il ricorrente principale, che per quello in via incidentale, altrimenti si crea una ingiustificata discriminazione tra i due ricorrenti, se è essa è applicata solo al ricorrente principale, il cui esame è postergato, rispetto all'esame dell'appello incidentale, proprio al fine di valutarne pregiudizialmente l'ammissibilità.

**L'esame di ammissibilità** del ricorso, nelle procedure di evidenza pubblica consiste nell'accertare la legittimità del provvedimento con il quale il ricorrente è stato ammesso alla gara o ha ottenuto l'aggiudicazione, altrimenti egli agisce a tutela di un interesse di mero fatto, secondo quanto affermato dall'A.P. del Consiglio di Stato con riferimento al ricorrente in via principale e non anche per il ricorrente in via incidentale (n 4 /2011).

**Il merito del ricorso**, invece, ha ad oggetto la legittimità del provvedimento di ammissione dell'altro partecipante alla gara contro il quale si agisce.

Con un inspiegabile salto logico, in base al citato orientamento, il giudice amministrativo esamina **il merito del ricorso incidentale**, nonostante che la legittimità della posizione sostanziale a tutela della quale egli agisce sia stata contestata dalla controparte con la proposizione del ricorso principale.

Nonostante l'esplicita contestazione, contenuta nel ricorso principale, della legittimità del provvedimento, di ammissione alla gara o di aggiudicazione, da cui trae titolo la situazione soggettiva fatta valere, secondo il precisato orientamento, la regola dettata per il ricorrente principale non vale per l'accertamento dell'ammissibilità del ricorso incidentale.

In conformità a quanto previsto dall'art.8 cod. proc. amm., il giudice amministrativo, invece, prima di esaminare la legittimità o meno dei provvedimenti impugnati da ciascuno di essi, è tenuto ad esaminare la questione pregiudiziale sulla *legittimatio ad causam* di entrambi e non del solo ricorrente in via principale.

Tale omissione si traduce nella mancata tutela della posizione soggettiva fatta valere con il ricorso principale, proposto contro la legittimità del provvedimento di ammissione alla gara o di sua aggiudicazione al ricorrente in via incidentale.

2. Quale sia la situazione soggettiva, giuridicamente rilevante, che entrambi fanno valere è presto detto.

Infatti, **nelle procedure ad evidenza pubblica previste dal codice dei contratti pubblici, come in tutte le procedure fondate sul confronto competitivo tra più aspiranti al medesimo bene della vita, il diritto di iniziativa economica fatto valere con la partecipazione alla gara ha un contenuto plurimo: il primo, di natura acquisitiva, che si sostanzia nell'aspirazione ad essere dichiarato aggiudicatario della gara; il secondo, che la gara, in ogni caso, non venga aggiudicata ad altro concorrente che non ne ha titolo, in quanto in questo modo si altera la *par conditio* all'interno del mercato nel quale entrambi operano.**

Nella loro qualità di protagonisti nel mercato degli appalti pubblici, ammessi alla gara, in quanti ritenuti dall'amministrazione in possesso dei requisiti soggettivi richiesti dalla normativa del codice dei contratti pubblici, entrambi hanno, perciò, interesse che non si determinino ingiustificate alterazioni di mercato a loro danno, mediante l'attribuzione ad un suo concorrente di una posizione preferenziale a cui non ha titolo e, ancor prima, con l'ammissione illegittima alla gara di uno o più concorrenti.

L'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta in questi casi a perseguire è anzitutto quello della parità di trattamento tra i concorrenti, che viene lesa anzitutto nel caso di aggiudicazione ad un partecipante privo di un titolo positivo, con conseguente alterazione e lesione della sfera giuridica dell'appellante principale, la cui richiesta di tutela viene fatta valere con l'impugnativa del provvedimento favorevole, ottenuto dall'aggiudicatario.

Non a caso l'art.133 del cod. proc. amm. attribuisce in materia al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva, a tutela sia del **diritto** di iniziativa economica del ricorrente in via incidentale di essere dichiarato vincitore, ove risulti il più meritevole, sia del distinto ed autonomo **interesse del ricorrente in via principale alla legittimità del procedimento, che la stazione appaltante è tenuta ad osservare nell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione.**

La lesione dell'interesse sostanziale di chi partecipa alla gara si verifica, pertanto, se è dichiarato vincitore un concorrente che non ne ha titolo e che, in tal modo, acquisisce una posizione preferenziale che altera la parità di trattamento all'interno del mercato disciplinato dal codice dei contratti pubblici, del quale egli fa parte, come da lui affermato con l'impugnazione del provvedimento di ammissione o di aggiudicazione.

4. Un esame più approfondito dell'operato del giudice amministrativo, consente di rilevare che, nei confronti del ricorrente principale, risulta adottato un criterio ingiustificatamente discriminatorio nel valutare l'ammissibilità del ricorso incidentale, rispetto a quello applicato nell'esame del ricorso da lui proposto.

Mentre, infatti, prima di esaminare i vizi che inficiano il provvedimento di ammissione alla gara dell'aggiudicatario, dedotti con il ricorso principale, il giudice amministrativo deve accertare la *legittimità ad causam* del proponente, in quanto essa è stata contestata dal ricorrente in via incidentale mediante l'impugnazione del provvedimento con il quale è stato ammesso alla gara, la stessa regola non risulta seguita per accertare l'ammissibilità del ricorso incidentale, che è scrutinato nel merito senza in via pregiudiziale esaminare la *legittimità ad causam* del proponente.

Accertamento questo pregiudiziale, in quanto, con il ricorso principale è stata contestata la legittimità del provvedimento di ammissione o di aggiudicazione, dalla cui fondatezza scaturisce la degradazione a interesse di fatto della situazione soggettiva fatta valere con il ricorso incidentale, allo stesso modo di quanto pretende il ricorrente in via incidentale mediante l'impugnativa del provvedimento di ammissione del ricorrente in via principale.

Ritenendo diversamente, si giunge a risultati paradossali, in quanto, ad esempio, l'aggiudicatario della gara, che non ha presentato il certificato antimafia o che non ha dimostrato di non essere soggetto a procedure fallimentari, o che non ha i requisiti di professionalità o economici per partecipare alla gara, è legittimato a vedere esaminato nel merito il ricorso incidentale proposto contro l'ammissione del ricorrente principale, senza che il giudice amministrativo valuti pregiudizialmente l'ammissibilità del suo ricorso, nonostante che, questa regola, invece, applicata nei confronti del ricorrente principale, mediante il pregiudiziale accertamento dell'ammissibilità del suo ricorso, previo accertamento di un interesse qualificato derivante dalla legittimità del provvedimento di ammissione alla gara.

Tutto ciò comporta che tale accertamento pregiudiziale è *conditio sine qua non* anche per l'ammissibilità dell'appello incidentale.

Un criterio diverso porta ad un risultato paradossale, oltre che erroneo, perché nei confronti del ricorrente incidentale il giudice amministrativo è egualmente tenuto ad accertare che la situazione soggettiva fatta valere sia stata legittimamente acquisita con il provvedimento su cui essa si fonda, essendo stata oggetto di impugnativa da parte del ricorrente principale, allo stesso modo di quanto lo stesso giudice è tenuto a fare per valutare l'ammissibilità del ricorso principale, nel caso di proposizione del ricorso incidentale contro il provvedimento di ammissione alla gara.

Una diversa soluzione, oltre a violare una fondamentale regola del processo, comune sia a quello amministrativo, che al processo civile, per quanto riguarda l'ammissibilità della domanda riconvenzionale del convenuto, pregiudica ingiustificatamente l'interesse pubblico che è a fondamento della disciplina delle procedure di evidenza pubblica, perché, in questo modo, anche l'aggiudicatario privo di uno o più dei requisiti soggettivi previsti per la nascita del diritto di iniziativa economica e, di conseguenza, dello stesso diritto di partecipare alla procedura di gara, per mancanza dei requisiti di moralità, professionalità o economici, o che non è meritevole dell'aggiudicazione per vizi relativi all'offerta presentata, raggiunge tale illegittimo risultato, mediante l'omesso pregiudiziale esame dell'ammissibilità del ricorso incidentale da lui proposto contro il ricorrente in via principale.

L'eventuale, medesimo vizio di legittimità che inficia entrambi i provvedimenti impugnati ottiene un diverso trattamento da parte del giudice amministrativo, a seconda che sia fatto valere con il ricorso principale o quello incidentale.

Il ricorso incidentale è in questo modo esaminato nel merito, senza pregiudizialmente accertare se la situazione di titolarità che si intende tutelare sia stata legittimamente acquisita con il provvedimento espressamente impugnato con il ricorso principale.

Se il ricorrente principale vede regredire la sua posizione soggettiva a livello di interesse di mero fatto, secondo l'orientamento dell'A.P del Consiglio di Stato, nel caso in cui la sua ammissione alla gara è illegittima, sulla base dei motivi di gravame proposti con l'appello incidentale, la stessa conclusione vale per l'interesse del ricorrente in via incidentale, se si dimostra che l'interesse fatto valere trova fondamento in un provvedimento di ammissione o di aggiudicazione illegittimo, impugnato con il ricorso principale.

3. Non ha, pertanto, alcun fondamento la regola giuridica in base alla quale la *legittimatio ad causam* del ricorrente principale deve essere in via pregiudiziale accertata rispetto all'esame nel merito del ricorso da lui proposto contro il provvedimento di ammissione o di aggiudicazione della gara del controinteressato, mentre non vale per l'esame pregiudiziale dell'ammissibilità del ricorso incidentale da questi proposto contro l'ammissione del ricorrente principale: la *legittimatio ad causam* dell'appellante incidentale in

questo modo è data per presupposta, pur essendo stata espressamente contestata con la proposizione del ricorso principale e la richiesta di annullamento del provvedimento di ammissione alla gara o di aggiudicazione.

La presunzione di legittimità del provvedimento dell'amministrazione, nel caso di esplicita contestazione con il ricorso principale o con quello incidentale, in base al principio desumibile dall'art 8 del cod. proc. amm., impone al giudice amministrativo di risolvere in via pregiudiziale la questione di ammissibilità sollevata dalla controparte.

Secondo la discriminatoria regola dianzi richiamata, il ricorrente principale deve dimostrare la sua *legittimatio ad causam*, per il solo fatto che la sua ammissione alla gara è stata impugnata dal controinteressato, mentre costui è dispensato dal dare la medesima prova, nonostante che anche il provvedimento sulla base del quale fonda la pretesa di tutela della sua posizione soggettiva di ammissione sia stato oggetto di impugnativa con il ricorso principale.

4. L'applicazione di tale criterio si risolve nella negazione della tutela giurisdizionale a favore del ricorrente principale, al quale l'amministrazione, mediante la sua ammissione alla gara, sulla base della documentazione presentata, ha riconosciuto il possesso dei requisiti al riguardo richiesti dall'art.38 del codice dei contratti pubblici per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e, che, in tale veste, ha interesse alla legittimità della procedura di aggiudicazione.

In questo modo viene negata la tutela di tale interesse, che ha, per l'ordinamento comunitario una portata poziore, perché coincide con l'interesse pubblico alla legittimità dell'aggiudicazione, posto a tutela della concorrenza, intesa sia come rispetto della parità di trattamento tra i vari partecipanti, sia come interesse della collettività che l'opera pubblica o la pubblica fornitura o il pubblico servizio sia eseguito dal concorrente più meritevole.

Il solo fatto di essere stato dichiarato aggiudicatario non esclude, infatti che, con riferimento all'esame dell'ammissibilità del ricorso incidentale da lui proposto contro il provvedimento di ammissione del ricorrente principale, egli si trovi nella medesima posizione di quest'ultimo, con la conseguenza che, per entrambi, vale la regola che il giudice amministrativo è tenuto ad accertare in via pregiudiziale la *legittimatio ad causam* a proporre il gravame volto a contestare la posizione acquisita dalla controparte, sia che trattasi di ricorrente principale, sia che trattasi di ricorrente in via incidentale, allorché sia stato impugnato il provvedimento amministrativo sul quale essa si fonda.

In questo caso, infatti il ricorrente in via incidentale difende, in taluni casi la legittimità della sua ammissione, contestata dal ricorrente principale, in altri casi, la legittimità dell'aggiudicazione a suo favore, provvedimenti impugnati con il ricorso principale.

L'ammissibilità del ricorso è un accertamento pregiudiziale necessario, al punto che il legislatore attribuisce questo potere di accertamento al giudice amministrativo persino quando non ha giurisdizione sulla situazione soggettiva che ne è a fondamento, nel senso che, in tal caso, come è noto, decide *incidenter tantum* su di essa, salvo i casi previsti dal secondo comma dell'art. art.8 cod. proc. amm..

Ciò è la riprova che il giudice amministrativo è tenuto pregiudizialmente ad accertare che sussiste l'effettiva titolarità dell'interesse legittimo fatto valere, ove essa venga contestata dalla controparte: tale principio vale anche per il ricorrente in via incidentale, in quanto anche tale ricorso non si sottrae alla irrinunciabile necessità che la *legittimatio ad causam* del proponente deve essere pregiudizialmente accertata quando essa è contestata dalla controparte.

Nel caso contrario, la regola applicata dal giudice amministrativo è ingiustificatamente discriminatoria, perché l'appello incidentale è esaminato nel merito, senza che il proponente abbia dato prova della sua *legittimatio ad causam*, contestata con il ricorso principale, vale a dire senza aver pregiudizialmente dimostrato, ai fini dell'ammissibilità dell'appello incidentale, che la sua ammissione alla gara o l'aggiudicazione era legittima.

In questo modo si dà luogo, nei confronti del ricorrente principale, ad un diniego di tutela giurisdizionale, che ridonda in difetto di giurisdizione ( SS.UU. n.10254/2012): tra due interessi legittimi tra loro confliggenti di contenuto eguale e contrario, in quanto entrambi diretti a provare la illegittimità del provvedimento di su cui si fonda l'interesse legittimo fatto valere, il giudice amministrativo in un caso verifica la *legittimatio ad causam*, ed in un altro, relativo al ricorso incidentale, ne prescinde, nonostante la sua esplicita contestazione con il ricorso proposto dal ricorrente principale.

Il giudice amministrativo, in base al principio di eguaglianza, anche se è tenuto ad esaminare per primo il ricorso incidentale, non è dispensato dall'onere di accertare la fondatezza o meno della legittimazione *ad causam* di chi lo propone, vale a dire la legittimità del provvedimento di ammissione o di aggiudicazione su cui si fonda il suo interesse personale e diretto a tutela del quale egli agisce, allo stesso modo di quanto giustamente si pretende nei confronti del ricorrente principale, prima di esaminare nel merito il suo ricorso.

La degradazione ad interesse di fatto della situazione soggettiva fatta valere sulla base di un provvedimento illegittimo vale sia per il ricorrente principale, che per il ricorrente in via incidentale.

Ritenendo diversamente, si viola il fondamentale principio del processo amministrativo secondo cui chi propone il ricorso deve provare di essere titolare **dell'interesse qualificato e diretto** fatto valere per l'annullamento del provvedimento impugnato.

5. Il possesso dei requisiti ex art. 38 codice dei contratti pubblici da parte del ricorrente sta a significare che l'operatore economico è titolare di una posizione differenziata *nell'ordinamento di settore dei lavori pubblici, servizi e forniture*, in virtù della quale ha un interesse qualificato, manifestato con l'ammissione alla gara, affinché all'aggiudicazione si pervenga nel rispetto delle regole dettate a tutela della concorrenza in tale fondamentale settore dell'economia, in quanto in tal modo è salvaguardata anche la sua posizione soggettiva di operatore del settore.

Il mancato rispetto di tale regola lede la situazione di titolarità di cui si è dichiarato portatore con la presentazione della domanda di partecipazione, ove non si dimostri che essa è stata acquisita in modo illegittimo.

L'interesse al bene della vita è, infatti, in questo caso quello di evitare che l'aggiudicazione avvenga illegittimamente a favore di un concorrente che, per il fatto stesso che acquisisce una posizione di *favor* cui non ha titolo, lede la sfera giuridica degli altri partecipanti. La situazione è identica a quella che si riscontra allorché viene impugnata la licenza di commercio rilasciata ad altro concorrente o il permesso di costruire rilasciato al vicino. In tutti questi casi pacificamente si riconosce che il provvedimento illegittimo lede la sfera giuridica di chi ha un interesse qualificato alla proposizione del ricorso.

6. La contraria conclusione, oltre ad introdurre un criterio discriminatorio nel valutare l'ammissibilità di entrambi i ricorsi, si fonda sull'erroneo convincimento che l'interesse fatto valere con il ricorso principale sia quello c.d. *strumentale* alla ripetizione della gara. Nulla di più errato, in quanto in questo caso ciò che il ricorrente pretende è che venga mantenuta inalterata la situazione giuridica e di fatto *quo ante*, in modo da evitare che l'aggiudicazione della gara avvenga a favore di un concorrente che non ne ha diritto, allo

stesso modo di ciò che pretende il proprietario limitrofo che impugna il permesso di costruire rilasciato al vicino.

Il pregiudizio che altrimenti subisce si sostanzia nel fatto che il suo diritto di iniziativa economica viene in tal modo illegittimamente e definitivamente sacrificato attraverso l'aggiudicazione illegittima ad altro concorrente, in violazione delle regole processuali dianzi indicate e di quelle poste a tutela della concorrenza. Infatti, sul mercato di riferimento, nel quale il ricorrente principale, l'aggiudicatario acquisisce una posizione privilegiata cui non ha diritto.

Il giudice amministrativo è tenuto, perciò, ad esaminare in via pregiudiziale l'ammissibilità non del solo ricorso principale, ma anche di quello incidentale, nel senso che è tenuto ad accertare la legittimità di entrambi i provvedimenti di ammissione.

In questo modo o conclude per l'annullamento della gara, se entrambi i ricorsi sono fondati, ovvero accoglie il ricorso principale o quello incidentale, a seconda di chi dei due ricorrenti è titolare di una situazione di *favor* legittimamente acquisita, sulla base del provvedimento adottato nei suoi confronti dall'amministrazione nella procedura di gara.

Infatti, l'illegittimità del provvedimento di ammissione e di conseguente aggiudicazione del controinteressato viola il fondamentale principio della *par conditio*, che è a fondamento della normativa in materia di procedure di evidenza pubblica, a tutela del mercato che è "*luogo nel quale si esplica la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività diminuisce la possibilità di chiunque di esercitare liberamente le proprie pretese di autoaffermazione*" ( SS.UU. n.2207/2005)

L'omesso, ingiustificato esame pregiudiziale **dell'ammissibilità del ricorso incidentale** fa sì che il proponente conserva la posizione privilegiata derivante dal provvedimento di aggiudicazione anche quando essa è stata illegittimamente acquisita.

