

Contratti pubblici

Accoglimento del ricorso incidentale escludente e inammissibilità del ricorso principale

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 15 giugno 2011, n. 3655 - Pres. Severini - Est. Meschino

In una controversia in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, il giudice amministrativo, una volta accolto il ricorso incidentale a carattere *paralizzante*, cioè volto all'esclusione dalla gara del ricorrente principale e accertato, quindi, che questo avrebbe dovuto essere escluso, deve di regola dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione del ricorrente. Tale regola è compatibile con i principi, espressi dalla direttiva c.d. *ricorsi* n. 2007/66/Ce, della non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto e della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire un'asserita illegittima lesione della sua posizione.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	<i>Conforme:</i> Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583; Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811; Cons. Stato, Adunanza plenaria, 10 novembre 2008, n. 11; Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, ord., n. 351; Cons. Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4.
Dottrina	R. Villata, <i>In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti</i> , in <i>Dir. proc. amm.</i> , 2008, 932; R. Villata, <i>L'Adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale</i> , in <i>Dir. proc. amm.</i> , 2008, 1186 ss; G. Ferrari, <i>Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte</i> , in <i>Dir. proc. amm.</i> , 2007, 1058 e ss.; G. Tropea, <i>Il ricorso incidentale nel processo amministrativo</i> , Napoli, 2008; R. Giovagnoli, M. Fratini, <i>Ricorso incidentale e motivi aggiunti</i> , Milano, 2008; W. Catalozzi, <i>Ricorso incidentale (giudizio amministrativo)</i> , in <i>Enc. giur.</i> , vol. XXVII, Roma, 1991; F. Lubrano, <i>L'impugnazione incidentale nel processo amministrativo</i> , in <i>Rass. dir. pubbl.</i> , 1964, 783 ss.; E. Capaccioli, <i>In tema di ricorso incidentale nel processo amministrativo</i> , in <i>Giur. compl. cass. civ.</i> , 1951, II, 1013.

Omissis.

Il commento di Gianfrancesco Fidone

La pronuncia della VI sezione del Consiglio di Stato n. 3655/2011 è conforme alla regola affermata dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2011 che ha modificato radicalmente il precedente orientamento espresso dalla stessa Plenaria nella sentenza n. 11/2008. Secondo la nuova posizione, in una controversia in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, il giudice amministrativo, una volta accolto il ricorso incidentale a carattere *paralizzante*, cioè volto all'esclusione dalla gara del ricorrente principale, e accertato quindi che questo avrebbe dovuto essere escluso, deve di regola dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione del ricorrente. La sentenza in commento, relativa ad un caso nel quale tanto il ricor-

rente principale quanto quello incidentale chiedevano l'esclusione dell'altro concorrente dalla gara per la medesima violazione, è coerente con tale principio. Non vi sarebbe, peraltro, alcuna violazione dei principi contenuti nella direttiva c.d. *ricorsi* n. 2007/66/Ce, della non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto e della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire un'asserita illegittima lesione della sua posizione.

Il caso

Trenitalia s.p.a. indiceva una procedura negoziata per l'aggiudicazione di una fornitura di treni Alta Velocità e di prestazioni di *full service* manutentivo e alla procedura partecipavano due concorrenti.

La società seconda classificata, con ricorso al Tar Lazio/Roma n. 337/2011, chiedeva l'annullamento, con domanda di risarcimento dei danni, dell'aggiudicazione definitiva della gara, degli atti e verbali di gara, della lettera di invito a partecipare alla procedura negoziata, delle condizioni generali di contratto. Nel corso del giudizio, la ricorrente presentava tre atti di motivi aggiunti mentre la controinteressata, aggiudicataria della gara, proponeva ricorso incidentale volto a fare escludere dalla gara la ricorrente principale.

Il giudizio di primo grado si concludeva con la sentenza del Tar Lazio/Roma, sez. III-ter, n. 35816/2010, nella quale il Tribunale esaminava per primo il ricorso incidentale volto all'esclusione dalla gara del ricorrente principale e lo accoglieva; procedeva, poi, a esaminare il ricorso principale con riguardo alle censure dal cui accoglimento sarebbe derivata l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara o comunque l'obbligo della stazione appaltante di rinnovare l'intera procedura, respingendole nel merito tutte.

La sentenza faceva proprio il principio espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 10 novembre 2008, in base al quale, nel caso di giudizio relativo ad una gara a due partecipanti, devono essere esaminati sia il ricorso principale che quello incidentale, rivolti ad ottenere una declaratoria di esclusione dalla gara della controparte, poiché se risultassero fondati entrambi, andrebbero annullati tutti gli atti impugnati e l'amministrazione dovrebbe procedere al rinnovo delle operazioni concorsuali. Tale posizione si fonda sul riconoscimento, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale, al ricorrente principale del c.d. *interesse strumentale* al rinnovo delle operazioni di gara.

La società, ricorrente in primo grado, riproponeva in appello al Consiglio di Stato le domande di annullamento e di risarcimento del danno già presentate in primo grado. La controinteressata in primo

grado e l'amministrazione aggiudicatrice presentavano entrambe appello incidentale, deducendo l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado, e quindi dell'appello, a seguito dell'accoglimento in primo grado del ricorso incidentale. Tale conclusione si fondava sul principio espresso nella sopravvenuta ordinanza della sez. VI del Consiglio di Stato n. 351/2011 di rimessione della questione dell'ordine della decisione dei ricorsi principale e incidentale, nel caso di procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, all'esame dell'Adunanza plenaria. Successivamente, prima della sentenza di merito di Appello, interveniva la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 7 aprile 2011, che mutava profondamente il principio già espresso dalla stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 11/2008, che aveva fondato la pronuncia del Tar di primo grado. Sulla base dei principi espressi in tale ultima pronuncia e in continuità con la stessa, la sentenza in commento ribadisce che il giudice, una volta accolto il ricorso incidentale a carattere *paralizzante*, cioè volto all'esclusione dalla gara del ricorrente principale, e accertato quindi che questo avrebbe dovuto essere escluso, deve senz'altro dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione della ricorrente.

La rilevanza dell'interesse strumentale e la decisione nel merito dei ricorsi principale e incidentale

La questione dell'ordine logico con il quale il giudice amministrativo debba decidere il ricorso principale e il ricorso incidentale in riferimento alle procedure volte all'aggiudicazione di contratti pubblici, quando i concorrenti ammessi tendono ad escludersi a vicenda, è stata oggetto di dibattito e si sono alternate varie posizioni (1). Secondo l'orientamento *tradizionale*, deve essere applicata la regola

Nota:

(1) Per l'esame delle tesi precedenti alla sentenza dell'Adunanza Plenaria 11/2008, si rinvia in particolare a R. Giovagnoli, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, Relazione tenuta a Tar, il 9 ottobre 2009, nel corso del Convegno "Il Codice del processo amministrativo", pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

per cui il ricorso principale diventa improcedibile per difetto di interesse, in caso di accoglimento del ricorso incidentale (2); un diverso orientamento ha sostenuto che debba essere esaminato dapprima il ricorso incidentale e, anche nel caso di sua fondatezza, resta ammissibile il ricorso principale, in ragione dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara (3). Un ulteriore minoritario orientamento, ha sostenuto che deve essere esaminato dapprima il ricorso principale e, solo nel caso di sua fondatezza, sorge l'interesse della aggiudicataria all'esame del suo ricorso incidentale, avente, dunque, carattere accessorio (4). Le varie posizioni, peraltro, non sono state sempre incompatibili ma spesso sono state riferite a fattispecie diverse (5).

La questione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e incidentale è stata affrontata dalla nota sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 10 novembre 2008 (6).

La Plenaria afferma che l'operato del giudice amministrativo debba ispirarsi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità e, su tale base, il giudice può esaminare con priorità il ricorso principale o quello incidentale, tenendo conto di quale tra i due risulti decisivo per dirimere la lite. Il principio fondante la decisione è, però, quello della parità delle posizioni delle parti che, in nessun modo, può essere violato dal giudice al quale è precluso di determinare l'esito della controversia (con la soccombenza di una delle parti), in conseguenza della scelta dell'ordine di trattazione delle questioni. Dunque, l'esito del giudizio non deve essere alterato dall'ordine scelto dal Giudice per la trattazione e la decisione delle questioni proposte. La sentenza esamina diverse e distinte ipotesi.

I) A volte, per ragioni di ordine logico il giudice può esaminare dapprima il ricorso principale e poi quello incidentale. Questo è il caso dell'impugnazione principale che riguarda il verbale di proclamazione degli eletti e lamenti la mancata attribuzione al ricorrente di ulteriori voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti al controinteressato. In tale caso, solo se risulti fondato il ricorso principale, sussiste un effettivo interesse del controinteressato all'esame del suo ricorso incidentale con il quale, ad esempio, egli abbia lamentato sotto altri profili la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti di preferenza al ricorrente principale, al fine di ripristinare le posizioni antecedenti alla proposizione dei ricorsi.

II) Altre volte, il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale che risulti fondato e dichiarare

inammissibile il ricorso principale, poiché l'atto impugnato non potrebbe essere annullato anche nel caso di fondatezza del ricorso principale (la c.d. "prova di resistenza"). Ciò, per esempio, può accadere quando venga impugnata una graduatoria (ad esempio, di un concorso o di una gara) e il ricorrente principale lamenti la mancata attribuzione a se stesso di un punteggio o che al controinteressato sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante; dall'altra parte, il ricorrente incidentale lamenta, sotto altri profili, la mancata attribuzione di un punteggio o che al ricorrente principale sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante. In tali casi, il ricorso incidentale, rivolto avverso il medesimo provvedimento impugnato in via principale, costituisce un'eccezione in senso tecnico, la cui fondatezza preclude l'accoglimento del ricorso principale.

III) Anche in altri casi, il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale: ad esempio quando l'aggiudicatario di una gara, alla quale siano state ammesse almeno tre offerte, abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale.

Note:

(2) Ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689.

(3) Si vedano, tra le altre: Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583.

(4) Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811.

(5) Sul tema generale del ricorso incidentale, tra gli altri, in dottrina si segnalano: G. Tropea, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2008; R. Giovagnoli, M. Fratini, *Ricorso incidentale e motivi aggiunti*, Milano, 2008; F. Lubrano, *L'impugnazione incidentale nel processo amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 783 ss.; D.M. Traina, *Lo svolgimento del giudizio*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. V, *Il processo amministrativo*, Torino, 2003, 4368; G. Vacirca, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 56; S. Baccharini, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 639; W. Catalozzi, *Ricorso incidentale (giudizio amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991; Id., W. Catalozzi, *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981; G. Ferrari, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e questioni irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1058; E. Capaccioli, *In tema di ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 1013; G. Pellegrino, *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(6) Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11, pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 2009, 112, con note di A. Squazzoni, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore* e di G. Tropea, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince.*

Anche in tale caso ove il ricorso incidentale sia accolto, il ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere, non può più essere annoverato tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara. Infatti, anche se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione dovrebbe prendere in considerazione le offerte delle altre imprese ammesse alla gara con atti divenuti inoppugnabili. Anche in tale caso, dunque, il ricorso principale diventa improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità. Ancora una volta, il ricorso incidentale costituisce un'eccezione in senso tecnico, che, se accolta, preclude l'esame del ricorso principale, senza condurre all'annullamento dell'atto impugnato.

IV) Negli stessi casi *sub* II) e III) che precedono, tuttavia, il giudice può anche esaminare con priorità il ricorso principale e qualora lo ritenga infondato, giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale. Il risultato, infatti, sarà il medesimo del non accoglimento del ricorso principale. Dunque, in tali casi, il giudice si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale. Egli, infatti, può giungere a determinare la soccombenza del ricorrente principale, anche se sulla base di una diversa *ratio decidendi*, invertendo l'ordine di trattazione delle questioni.

V) Il caso di specie affrontato dalla Plenaria è ancora diverso rispetto a quelli fino ad ora prospettati. Infatti, a proporre il ricorso principale e quello incidentale sono le due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuna delle quali mira a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara (7).

In tale caso, secondo la stessa Plenaria, non si potrà pervenire, nel caso di accoglimento del ricorso incidentale all'improcedibilità del ricorso principale, a differenza di quanto si è detto per il caso di una gara con più di due offerte ammesse. Infatti, il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto sussistere in capo al ricorrente (8). Un'impresa sarebbe, dunque, considerata titolare dell'interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando vi sia un interesse *strumentale* ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando alla quale l'impresa ricorrente potrà nuovamente partecipare con possibilità di aggiudicazione (9).

Pertanto, qualora siano state ammesse alla gara solo le offerte del ricorrente principale e di quello incidentale, non si può affermare che sussista un interesse di mero fatto della ricorrente principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale evidenzia l'illegittimità dell'atto che l'abbia ammessa alla gara. D'altra parte, qualora il Giudice amministrativo abbia accolto il ricorso principale ravvisando l'illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della aggiudicataria, anche questa, pur non potendo mantenere l'aggiudicazione a suo favore, è titolare di un interesse "strumentale" alla ripetizione della gara, manifestato nel ricorso incidentale che mira a far accertare l'illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale.

Dunque, in tale caso, le posizioni delle parti (ricorrente principale e incidentale) sarebbero "simmetriche e speculari", poiché entrambe sono titolari dell'interesse "strumentale" alla ripetizione della gara. Pertanto, per definire l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale deve considerarsi decisivo il principio per il quale il giudice, per essere "imparziale", deve trattare le parti «in condizioni di parità» (10). Secondo tali principi le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi.

Non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale (esaminato prima) precluda l'esame di quello principale; al contrario, non si può sostenere

Note:

(7) Sul tema specifico affrontato dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 11/2008, in dottrina si segnalano: A. Reggio D'Acì, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l'effetto paralizzante del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 215 ss.; R. Caponigro, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in www.giustamm.it; G. Figuera, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1066 ss.; R. Giovagnoli, *Ricorso incidentale e parità delle parti - Relazione tenuta a Tar, il 9 ottobre 2009, nel corso del Convegno Il Codice del processo amministrativo*, sul sito www.giustizia-amministrativa.it; R. Villata, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 932; R. Villata, *L'Adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1186 ss.

(8) Cons. Stato, Ad. plen., 23 gennaio 2003, n. 1; si veda anche: Corte di giustizia Ce 11 gennaio 2005, in C-26/03, § 40-41. Entrambe le pronunce sono richiamate dalla stessa sentenza dell'Adunanza plenaria n. 11/2008.

(9) Sul punto, si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6990.

(10) Art. 111, c. 2, Cost. e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

che la fondatezza del ricorso principale (esaminato prima) precluda l'esame di quello incidentale. Ciò perché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara. Dunque, il Giudice «qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve pronunciarsi su tutti i ricorsi al fine di garantirne la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara». La regola affermata dalla Plenaria per il caso specifico di due concorrenti deve ritenersi non generalizzabile nel caso in cui alla gara abbia partecipato anche un terzo concorrente (o più di uno), rimasto estraneo al giudizio (11). In tale caso, non deve ravvisarsi l'interesse *strumentale* alla ripetizione delle gara, dal momento che la conseguenza dell'accoglimento di entrambi i ricorsi delle parti (principale e incidentale) non sarebbe l'annullamento della gara ma l'aggiudicazione al terzo. Al fine di fare rivivere l'interesse *strumentale* all'annullamento della gara, i due concorrenti in giudizio dovrebbero estendere l'impugnazione anche a tutti gli altri concorrenti più bassi in graduatoria, per ottenere anche la loro esclusione, con ampliamento dei soggetti coinvolti nel giudizio (12).

L'irrelevanza dell'interesse strumentale e l'inammissibilità del ricorso principale dopo l'accoglimento di quello incidentale escludente

L'ordinanza della sezione VI del Consiglio di Stato n. 351 del 18 gennaio 2011 ha messo in discussione le conclusioni cui era pervenuta l'Adunanza Plenaria nel 2008 e affermato la «regola della necessaria precedenza dell'esame del ricorso incidentale e dedurne senz'altro, ove si accerti la sua fondatezza, l'inammissibilità per carenza di interesse di quello principale» (13). Conseguentemente, ha rimesso di nuovo la questione all'Adunanza Plenaria.

La critica al principio espresso dalla Plenaria del 2008 coinvolge il concetto di "interesse strumentale", che sarebbe privo di attualità e concretezza, dal momento che, a seguito dell'annullamento della gara, la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale e anche dipendente dal verificarsi di alcuni presupposti quali la permanenza delle condizioni per l'esecuzione dell'opera e la disponibilità finanziaria. La relativa pretesa, inoltre, non sarebbe azionabile in sede di ottemperanza del giudicato, ciò che è proprio di ogni situazione soggettiva avente la consistenza di interesse legittimo (14). Dunque, se-

condo l'ordinanza «più radicalmente quello che occorre rimeditare è la configurazione dell'interesse al rinnovo della gara - il c.d. interesse strumentale - come interesse legittimo». Si tratterebbe, invece, di un «interesse, a dir poco ipotetico».

Su tale base, l'ordinanza mette in discussione il principio di parità delle posizioni delle parti, che fondava la decisione della Plenaria n. 11/2008. Da un lato, infatti, vi sarebbe l'interesse strumentale del ricorrente principale; dall'altro «vengono invece sacrificati l'interesse pubblico, indubbio e attuale, all'esecuzione dell'opera» e «l'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione sia pure illegittima; interesse quest'ultimo da riconoscere in base ad un principio di buon senso, prima ancora che giuridico (... *melior est condicio possidentis*), e che lo pone in una situazione obiettivamente più forte non distante da quella di chi abbia già stipulato il contratto (ed è inutile ricordare la "tutela" di cui gode tale posizione, anche in sede comunitaria)».

Dunque, ove si accerti la fondatezza del ricorso incidentale escludente, la conseguenza deve essere l'«inammissibilità per carenza di interesse di quello principale», trattandosi di una questione pregiudiziale di rito.

Note:

(11) La stessa Plenaria distingue tale fattispecie da quella oggetto della pronuncia. Si vedano i punti III e IV che precedono.

(12) Questo è, peraltro, ciò che è accaduto nella fattispecie oggetto dell'ordinanza della sez. VI del Cons. Stato, n. 351/2011 che ha rimesso l'esame della fattispecie all'Adunanza Plenaria.

(13) Il caso affrontato dall'ord. della sez. VI n. 351/2011 riguarda la diversa fattispecie di una gara che si era conclusa con una graduatoria formata da tre concorrenti. In particolare, la seconda classificata proponeva ricorso al Tar avverso l'aggiudicazione e chiedendo l'esclusione dell'aggiudicataria. L'aggiudicataria proponeva ricorso incidentale volto a far valere l'esclusione della seconda classificata. A questo punto la seconda classificata, per fondare il proprio interesse strumentale (all'annullamento della gara), proponeva con motivi aggiunti censure anche contro l'ammissione in gara della terza classificata. Successivamente, la terza classificata proponeva autonomo ricorso, che dava luogo a diverso giudizio, con cui contestava l'ammissione in gara sia della seconda che della terza classificata. Queste ultime proponevano ciascuna ricorso incidentale con cui contestavano l'ammissione in gara della terza classificata, deducendo che avrebbe dovuto essere esclusa. Le sentenze che decidono sui due giudizi sono quelle del Tar Puglia nn. 1131/2010 e 1134/2010, in virtù delle quali restava in piedi l'aggiudicazione in favore della prima classificata e che sono state oggetto di appelli principali e incidentali incrociati. Nel caso di specie, secondo l'ordinanza, alla luce dei principi della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 11/2008, «si dovrebbero esaminare entrambi gli appelli e, per l'effetto, tutti i ricorsi, principali e incidentali, di primo grado».

(14) Sul punto potrebbe osservarsi che il giudizio di ottemperanza riguarda la sentenza e non le situazioni giuridiche soggettive e, dunque, l'argomentazione della non assoggettabilità della sentenza a giudizio di ottemperanza non sembra decisiva a far valere la tesi della non rilevanza giuridica dell'"interesse strumentale".

Su tale base, è successivamente intervenuta la sentenza dell'Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4 che perviene a conclusioni diametralmente opposte rispetto alla pronuncia già esaminata n. 11/2008, con argomenti ulteriori e in parte diversi rispetto a quelli enunciati dall'ordinanza di rinvio (15).

In primo luogo, la Plenaria afferma che non vi è contraddizione tra il principio della parità delle parti e di imparzialità del giudice e esigenza logica di definire il corretto ordine di esame delle questioni.

Considerando che il sistema della Giustizia amministrativa è un sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice. Su tale base, poiché il ricorso non è mera occasione del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte (16).

Il ricorso deve, infatti, essere rigettato per la riscontrata carenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), quando il Giudice abbia valutato l'assenza della titolarità, in capo al ricorrente, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

Ebbene, la pregiudizialità logica della verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso si manifesta sempre, indipendentemente dallo strumento processuale utilizzato e, dunque, anche nel caso in cui tale contestazione avvenga attraverso il ricorso incidentale, ove si chieda di accertare l'illegittimità dell'atto su cui si fonda la legittimazione asserita dal ricorrente principale.

Il primo punto fermo della pronuncia è, dunque, che «qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente». Ciò, sulla base del principio, che l'ordine di esame delle questioni non è subordinato alla veste formale utilizzata per la loro deduzione, ma dipende dal loro oggettivo contenuto (17). Dunque, «Il rapporto di priorità logica nell'ordine di decisione della controversia delle questioni prospettate dalle parti consente che siano decise, con precedenza su ogni altra sollevata con il ricorso principale, le questioni dedotte con il ricorso inci-

dentale della parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale».

Su tale presupposto, il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda e, in tale caso, esso deve essere esaminato con priorità logica (18).

Il secondo punto del ragionamento attiene all'analisi del c.d. interesse strumentale.

Secondo la Plenaria, tale nozione non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore.

Il concetto deve essere chiarito, partendo dalla distinzione tra legittimazione ad agire e interesse al ri-

Note:

(15) Tra i primi commenti alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2011: G. Pellegrino, *La plenaria e le "tentazioni" dell'incidentale (nota a Ad. plen. n. 4/2011)*, in www.giustamm.it, 2011; M. Marasca, *Ricorso principale ed incidentale secondo l'Adunanza plenaria n. 4/2011*, in www.dirittoeprocesso.com, 2011; F. Degni, *Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2011; R. Giondi, *L'Adunanza Plenaria ridefinisce il rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale, in questa Rivista*, 2011, 10, 1103 e ss. e pubblicato anche sull'*Osservatorio sul codice del processo amministrativo*, Luiss - Guida al diritto, sui siti www.luiss.it, 2011 e www.diritto24.ilsole24ore.com.

(16) La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari si evince anche dal testo dell'art. 76, c. 4, c.p.a. che richiama l'applicazione dell'art. 276, c. 2, 4 e 5, c.p.c. e degli artt. 114, c. 4, e 118, c. 4, disp. att. c.p.c. Ad esempio, l'art. 276, c. 2, c.p.c. prevede che «il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa».

(17) La nuova pronuncia della Plenaria si ricollega, dunque, al risalente indirizzo interpretativo per il quale il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione. Si veda, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 1992, n. 159.

(18) La disciplina del ricorso incidentale di cui all'art. 42 c.p.a., non prevede regole specifiche in ordine al rapporto con il ricorso principale e all'ordine di esame delle questioni proposte. Il ricorso incidentale è considerato come strumento per la proposizione di domande, il cui interesse sorge solo in dipendenza della proposizione del ricorso principale. Esso, dunque, può assumere un contenuto complesso, ancorché innestato nella matrice comune della "difesa attiva" della parte intimata. In ordine a tale contenuto, la sentenza chiarisce che esso può assumere la fisionomia dell'atto con il quale la parte intimata: a) formula un'eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale; b) propone una vera e propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto; c) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, ad ottenere una pronuncia che precluda l'esame del merito del ricorso principale.

corso. La prima è costituita dalla titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione e che presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva protetta dall'ordinamento e riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato; il secondo consiste nell'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento, anche prescindendo dal carattere finale o strumentale di tale vantaggio.

Ebbene, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante. In altri termini, il possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta affatto idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso. Tantomeno, al fine del riconoscimento della legittimazione, risulta sufficiente il riferimento a un'utilità meramente ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'amministrazione.

In sintesi, la nozione di interesse strumentale, che indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore, ossia l'eventuale interesse pratico alla rinnovazione della gara, appartiene alla sfera dell'interesse a ricorrere e non è idoneo a identificare la titolarità di un'autonoma posizione giuridica soggettiva, fondante la legittimazione al ricorso. Peraltro, tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione.

Il terzo punto del ragionamento riguarda l'analisi della legittimazione ad agire nel campo delle controversie sull'affidamento di contratti pubblici.

Tale legittimazione deve essere, di regola, riconosciuta ai soli partecipanti alla gara. Fanno eccezione a tale regola taluni casi tassativamente elencati dalla Giurisprudenza, nei quali la legittimazione è stata riconosciuta anche a posizioni slegate dalla partecipazione effettiva ad una determinata procedura, per la necessità di tutela della concorrenza, derivante anche dal diritto comunitario. La portata di questo allargamento della legittimazione, tuttavia, non determina l'affermazione di una diversa regola generale (19).

Se la regola generale fondante la legittimazione al ricorso è quella dell'aver partecipato alla gara, il concorrente (che abbia partecipato legittimamente alla

gara) può far valere sia l'interesse finale al conseguimento dell'appalto, quanto, in via alternativa e subordinata, l'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione. Se entrambi tali interessi appartengono alla sfera dell'interesse ad agire, essi possono essere perseguiti in giudizio solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso dato, appunto, dall'aver partecipato alla procedura di gara.

Il problema, dunque, diventa quello di stabilire se, ai fini del riconoscimento della legittimazione al ricorso, sia sufficiente il solo «fatto storico della iniziale partecipazione alla gara», indipendentemente dalla successiva esclusione, oppure dall'accertamento della sua illegittimità. Se la risposta fosse affermativa, la legittimazione del concorrente che abbia partecipato alla gara non sarebbe impedita né dall'impugnabilità dell'atto di esclusione (perché non impugnato, o perché giudicato immune dai vizi denunciati dalla parte interessata), né dal positivo riscontro dell'illegittimità dell'atto di ammissione della parte, derivante dall'accoglimento del ricorso incidentale (20).

Note:

(19) Le deroghe al principio per il quale la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione sono, secondo la stessa Plenaria: a) la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; b) la legittimazione dell'operatore economico di settore, che intende contestare un affidamento diretto o senza gara; c) la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando escludente, in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Tali deroghe si connettono ad esigenze e a ragioni peculiari, inidonee a determinare l'affermazione di una nuova regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso, basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara.

(20) In giurisprudenza, sul punto si sono avute posizioni diverse. Parte della giurisprudenza aveva sostenuto che persino il concorrente definitivamente escluso sarebbe legittimato a proporre una domanda di annullamento dell'intera procedura. Si vedano: Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6874; Cons. Stato, sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 463; Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2003, n. 3310; 15 aprile 2004, n. 2138; Cons. Stato, sez. V, n. 4657/2006; n. 1589/2006 e n. 2095/2006). Secondo la Plenaria n. 4/2011, questo indirizzo trascura di considerare che l'esclusione ha eliminato, in radice il titolo di partecipazione su cui si fondava la legittimazione al ricorso. Ne deriva, pertanto, che non spetta alcuna legittimazione a contestare gli esiti della gara al concorrente escluso dalla gara, che non abbia impugnato l'atto di esclusione o la cui impugnazione sia stata respinta.

Altra giurisprudenza, meno radicale, (ad esempio, Cons. Stato, sez. sez. V, ord. 5 giugno 2008 n. 2669, che ha deferito all'Adunanza plenaria la questione decisa con la sentenza n. 11/2008; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2005, n. 4692) aveva affermato che la legittimazione al ricorso, pur non spettando al concorrente legittimamente escluso, doveva essere riconosciuta in capo
(segue)

Tuttavia, secondo la Plenaria, la mera originaria partecipazione alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, dal momento che la situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla gara deriverebbe «da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva».

Dunque, la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo legittimi al ricorso. Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione.

Sulla base di tale ragionamento, articolato nei punti descritti, dunque, la Plenaria conclude che l'esame del ricorso incidentale "escludente" debba assumere carattere preliminare, rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura (21). Tale priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. Nel caso in cui il ricorso incidentale escludente sia accolto, il ricorso principale dovrà essere dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione (22).

Rimane, comunque, ammissibile che, per ragioni di economia processuale, il giudice possa, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, inammissibile o improcedibile.

Il nuovo orientamento alla luce dei principi comunitari nella sentenza n. 3655/2011

La vicenda processuale che ha condotto alla sentenza n. 3655/2011, come già detto nella descrizione del caso, ha fortemente risentito del mutamento dell'orientamento giurisprudenziale che si è descritto nei paragrafi precedenti.

La sentenza si pone in perfetta continuità con la pronuncia della Plenaria n. 4/2011 e, tuttavia, nell'affrontare alcune deduzioni dell'appellante, si esprime in ordine all'interessante aspetto della compatibilità della regola affermata con l'ordinamento comunitario.

Nel caso concreto affrontato dalla sentenza, tanto il

ricorrente principale quanto quello incidentale lamentavano in capo all'altro concorrente la mancanza delle dichiarazioni dovute ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, previste come causa di esclusione dalla gara.

L'applicazione della regola espressa dalla Plenaria del 2011 ha, di fatto, prodotto la seguente situazione: da un lato, il ricorso principale è stato dichiarato inammissibile per l'accoglimento del ricorso incidentale sulla mancanza di legittimazione al ricorso, sulla base dell'esclusione dalla gara della seconda classificata, per mancanza delle dichiarazioni di cui all'art. 38; dall'altro lato, in mancanza di esame nel merito del ricorso principale, la sentenza ha confer-

Note:

(segue nota 20)

al ricorrente comunque ammesso alla gara, sebbene in modo illegittimo. Dunque, tale posizione differenzia la posizione del concorrente legittimamente escluso (non idonea a radicare la legittimazione al ricorso) da quella del soggetto ammesso alla selezione, ancorché la sua partecipazione risulti, poi, vittoriosamente contestata con il ricorso incidentale. Sarebbe l'atto infra-procedimentale di ammissione ad attribuire all'impresa destinataria una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri operatori economici del mercato di riferimento, a nulla rilevando che, all'esito del giudizio, sia poi accertata l'illegittimità di tale ammissione. In virtù di tale atto, l'impresa ha partecipato a pieno titolo alla procedura con un'offerta ritenuta pienamente valida dall'amministrazione e sarebbe portatrice di un interesse all'esito della gara, che si sostanzierebbe anche nella sua eventuale ripetizione (interesse strumentale).

Anche tale tesi non è accolta dalla Plenaria che invece nega la legittimazione anche a tale soggetto, dal momento che non potrebbe essere l'errata valutazione dell'amministrazione, che aveva ammesso il concorrente alla gara, a fondare la stessa.

(21) Una parte ulteriore del ragionamento della Plenaria è quella di verificare se tale principio possa subire dei temperamenti, qualora il ricorso principale si diriga contro il bando di gara, e solo in via derivata, per illegittimità consequenziale, contro l'ammissione in gara dell'aggiudicatario e gli ulteriori atti del procedimento. Sul punto, la Plenaria afferma che le varie situazioni concrete possibili dovranno tutte, comunque, essere giudicate sulla base del criterio secondo cui ha sempre carattere pregiudiziale, rispetto alla valutazione del merito, l'esame delle questioni concernenti la legittimazione della parte attrice. Si pensi al caso in cui il ricorrente incidentale deduca che il ricorrente principale sia privo di legittimazione, per essere stato illegittimamente ammesso alla procedura, in violazione di una apposita clausola del bando. In tale ipotesi, potrebbe accadere che il ricorrente principale, a sua volta, abbia censurato l'intero bando di gara, per il contrasto insanabile con le norme che ne disciplinano la formazione. In tale evenienza, il giudizio sulla legittimazione al ricorso passa necessariamente attraverso la preventiva valutazione della legittimità del bando di gara, ritualmente prospettata dalla parte ricorrente. La circostanza che il ricorrente principale abbia impugnato il bando rileva nei soli limiti in cui tali censure possano concretamente riflettersi sull'accertamento della legittimazione al ricorso contestata dal ricorrente incidentale.

(22) Sul punto si noti che la posizione della Plenaria n. 4/2011, pur avendo sul piano pratico il medesimo effetto, è diversa rispetto a quella dell'ordinanza di rinvio della VI sezione. Tale ultima ordinanza, infatti, sosteneva l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse ad agire.

mato l'aggiudicazione al primo in graduatoria, senza accertare se egli possedeva le medesime dichiarazioni di cui all'art. 38 (cioè le stesse che hanno provocato l'esclusione dalla gara del secondo classificato). Dunque, lo stesso vizio presente nelle offerte dei due concorrenti, da un punto di vista sostanziale, ha condotto, da un lato, all'aggiudicazione e, dall'altro, all'esclusione dell'altro concorrente.

La questione è quella di verificare se tale risultato processuale sia compatibile con i principi, espressi dalla direttiva c.d. ricorsi n. 2007/66/Ce, della non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto e della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire un'asserita illegittima lesione della sua posizione (23). Entrambi tali principi, possono essere corollari di quello più generale della tutela della libera concorrenza e della parità di condizione tra i concorrenti in una gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Secondo la VI sezione, tali principi non sarebbero stati in nessun modo violati. Infatti, sarebbe «chiaro che un'impresa può risultare ingiustamente pregiudicata a favore di un'altra nell'ambito della procedura di gara, ovvero essere oggetto di una illegittima preclusione al ricorso, solo in quanto sia titolare di una posizione sostanziale che dà titolo a partecipare alla gara stessa, ed è perciò tutelabile in giustizia». Solo il possesso, per entrambe le imprese, della medesima posizione giuridica sostanziale legittimante all'azione, secondo il Consiglio di Stato, potrebbe determinare una situazione di parità tra le due imprese suscettibili di essere lesa, «poiché solo chi ha una corretta posizione sostanziale che lo legittimi ad essere parte nella gara ha poi un titolo a lamentare un eventuale deficit di tutela giurisdizionale al riguardo».

L'ipotesi contraria vorrebbe dire affermare che i suddetti principi comunitari impongano di assicurare il giudizio e la relativa pronuncia nel merito a favore di qualunque soggetto che, indipendentemente dalla sua presenza nel rapporto amministrativo, si pretenda leso rispetto ad una gara alla quale sia stato accertato (seppure in corso di giudizio) che non aveva titolo a partecipare.

Non vi sarebbe, dunque, alcuna lesione del principio della libera concorrenza.

Dal punto di vista processuale, tale principio sarebbe garantito dal consentire l'azione, in modo non discriminatorio, a tutti i soggetti che abbiano titolo idoneo a ricorrere, perché titolari di una posizione sostanziale similmente tutelabile. Il principio della

libera concorrenza, invece, non potrebbe essere inteso nel senso di richiedere che chiunque possa impugnare una procedura di gara, pur se privo del necessario tale titolo abilitante all'impugnazione.

Nel caso oggetto della sentenza in commento, la contestazione della mancanza delle medesime dichiarazioni in capo al ricorrente incidentale, dedotta con il ricorso dal ricorrente principale, non può essere considerata eccezione preliminare, a sua volta "paralizzante", venendo a mancare in radice la legittimazione al ricorso del ricorrente principale e con ciò il titolo a dedurre avverso atti del procedimento di gara. Secondo la sentenza in commento, ciò «invertirebbe lo sviluppo logico del giudizio, che vuole sia anzitutto vagliata l'idoneità a domandare l'intervento del giudice in capo a chi per primo lo ha investito di una domanda su cui poggia l'intero contenzioso».

Anche le disposizioni specifiche sui giudizi in materia di appalti pubblici, di cui al Codice del processo amministrativo, che sono volte al sindacato pieno dell'esercizio del potere amministrativo, dovrebbero, dunque, essere applicate nell'ambito di un giudizio soggettivo e di parti e non già del controllo oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa. Su tale base, il Consiglio di Stato ha negato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del Tfeue, considerando che, nel caso di specie, la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione processuale sollevata (24).

Osservazioni critiche: dalla scelta del metodo alla soluzione del problema

Il nuovo orientamento della Plenaria, confermato dalla sentenza in commento, potrebbe, a prima vista, prestarsi ad una serie di rilievi.

Ci si potrebbe chiedere perché, se vengono in con-

Note:

(23) L'art. 1, c. 2, della direttiva 2007/66/Ce afferma che «Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali». Il successivo c. 3, che «Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, 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».

(24) Sul punto, si veda Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896.

siderazione vizi simmetrici e contrari, una di queste questioni, entrambe di natura pregiudiziale, debba essere decisa e l'altra no. Il caso oggetto della sentenza della VI sezione, n. 3655/2011, ove entrambi i contendenti lamentavano nell'altro concorrente (attraverso il ricorso principale e incidentale) le medesime violazioni dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, appare emblematico.

Può apparire discutibile la posizione espressa dall'ordinanza di rinvio sull'«interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione sia pure illegittima» che, comunque, dovrebbe essere riconosciuto prevalente su quello del secondo classificato, sulla base del principio «*melior est condicio possidentis*, che lo porrebbe in una situazione obiettivamente più forte non distante da quella di chi abbia già stipulato il contratto». Tali argomentazioni, non fatte proprie dalla Plenaria n. 4/2011, potrebbero però, di fatto, ritenersi la conseguenza, sul piano sostanziale, del principio affermato dal nuovo orientamento giurisprudenziale. Ciò potrebbe condurre a ritenere la tesi espressa illegittima o, più semplicemente, ingiusta. Tuttavia, un esame più attento conduce a condividere le conclusioni cui pervengono la Plenaria n. 4/2011 e la sentenza n. 3655/2011 (25).

Da un punto di vista metodologico deve ritenersi corretto partire dalle situazioni giuridiche sostanziali, distinguendo attentamente tra interesse legittimo, interesse a ricorrere, legittimazione a ricorrere e, solo in un momento successivo, ragionare sugli strumenti processuali. Diversamente, infatti, non vi sarebbe coerenza metodologica con la nuova impostazione del codice del processo amministrativo, che tratta prima le situazioni giuridiche soggettive, per poi giungere alle azioni e alle sentenze.

Correttamente, la sentenza della Plenaria n. 4/2011 e la sentenza in commento fondano il loro ragionamento sull'individuazione della posizione giuridica legittimante del ricorrente principale, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale volto a rilevare l'illegittimità della sua ammissione alla gara. Tale scelta di metodo, peraltro, appare coerente con il carattere soggettivo del processo amministrativo inequivocabilmente delineato dall'ordinamento italiano e dalle previsioni di cui agli artt. 24 e 113 Cost. che nel garantire il diritto all'azione contro gli atti della pubblica amministrazione presuppongono l'esistenza di una situazione giuridica differenziata meritevole di tutela, di diritto o di interesse legittimo. Pertanto, il ricorrente deve essere prima di tutto titolare, quale condizione per l'azione in giudizio, di una qualità per agire in giustizia, cioè di una posizione giuridica sostanziale che assume

ingiustamente lesa. Il processo, sulla base del principio della domanda, è volto «non all'affermazione del diritto oggettivo per un'astratta dichiarazione della legge a tutela del mero interesse generale, ma a risolvere una controversia tra parti effettive, a tutela di interessi individuali e a favore di un soggetto che ha un giusto titolo che lo abilita a domandare giustizia e ad investire in concreto il giudice della giurisdizione» (26).

Chiarito l'approccio metodologico, occorre riflettere sulle posizioni giuridiche legittimanti al ricorso nel settore dei contratti pubblici.

La sentenza della Plenaria n. 4/2011 ribadisce la regola che la posizione legittimante al ricorso è data di regola dalla partecipazione alla gara, salvo le limitate eccezioni che si sono descritte nella nota 19 del par. 3. Inoltre, il solo fatto storico di aver partecipato alla gara non deve ritenersi sufficiente a fare sorgere una posizione legittimante al ricorso, quando l'ammissione alla gara sia stata frutto di errore dell'amministrazione, rilevato dal Giudice in sede di accoglimento del ricorso incidentale.

A ciò si può aggiungere che vi sono anche altre situazioni, paragonabili a quelle del concorrente escluso dalla procedura che punta alla rinnovazione della gara, nelle quali non è riconosciuta una posizione giuridica legittimante al ricorso. Ad esempio, la delibera a contrarre, cioè la scelta dell'amministrazione se stipulare un contratto ovvero se acquistare un bene o un servizio, non fa sorgere situazioni giuridiche soggettive legittimanti all'azione in capo a nessun terzo. A fronte della delibera a contrarre c'è solo un interesse di mero fatto (27).

Note:

(25) Le tesi espresse in questo paragrafo sono in linea con quelle sostenute da M. Clarich nell'intervento al convegno *Ricorso principale e ricorso incidentale: tutti vengono contemporaneamente accolti e respinti, e le opere restano sulla carta...bollata*, organizzato a Roma dall'Igi, Istituto Grandi Infrastrutture, in data 9 marzo 2011, a seguito dell'ordinanza di rinvio della VI sez. n. 351/2011 e prima della Plenaria n. 4/2011, con altri interventi anche di F.G. Scoca, A. Clarizia, M. Sanino.

(26) Cons. Stato, sez. VI, n. 3655/2011. Secondo la medesima sentenza, la presenza della situazione giuridica legittimante «è a base dell'interesse legittimo al successivo svolgimento secondo legge del connesso procedimento e senza di essa la pronuncia del giudice diviene, da risolutoria di una controversia, officiosa giacché svincolata da un'autentica domanda giudiziale. Il che, abbandonando il principio della domanda (*nemo iudex sine actore, ne procedat ex officio*), trasformerebbe il processo amministrativo, contro la legge che lo regola (oggi il Codice del processo amministrativo), da processo di parti in processo inquisitorio, dove il giudice dispone da solo dell'oggetto stesso del processo».

(27) Sul punto si rinvia per un esame più approfondito e per una bibliografia a, G. Fidone *Principi e disposizioni comuni* in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, To-
(segue)

Pertanto, anche all'interesse alla ripetizione della gara, di cui è titolare il soggetto escluso dalla procedura (dall'amministrazione in sede di gara ovvero dal giudice che accoglie il ricorso incidentale) non può che attribuirsi la natura di interesse di mero fatto. Se, infatti, a fronte della delibera a contrarre si configura un interesse di mero fatto, per simmetria, deve ritenersi che l'interesse alla ripetizione della gara abbia la stessa natura e consistenza. Si tratta, in entrambi i casi, di una posizione giuridica riflessa rispetto all'eventualità della scelta di fare una gara da parte dell'amministrazione.

Peraltro, si può anche osservare che ai sensi degli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 163/2006, a fronte dell'eventuale annullamento di una gara per esclusione di tutte le offerte presentate, ricorrendone i presupposti, l'amministrazione potrebbe anche determinarsi ad abbandonare il modello di gara originariamente scelto e procedere ad una procedura negoziata, con condizioni del tutto differenti.

In via più generale, si può anche osservare che, dopo la nota sentenza della Cassazione n. 500/1999, l'interesse legittimo deve essere necessariamente collegato, anche solo in termini di *chance*, alla conservazione o all'acquisizione di un bene della vita. Nel caso in oggetto, se il bene della vita non viene protetto in sede di rinnovazione della gara perché la pubblica amministrazione può agire discrezionalmente come meglio crede, non c'è bene della vita da conservare o acquisire, non c'è interesse legittimo e, dunque, non c'è legittimazione all'azione (28).

Escluso che il concorrente estromesso dalla gara (anche a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale) abbia la legittimazione a chiederne l'annullamento, appare anche superfluo il passaggio della Plenaria n. 4/2011 che afferma che «la nozione di interesse strumentale non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore» (29), che sembra ricondurre l'*interesse strumentale* nella sfera dell'interesse a ricorrere, come "*interesse pratico*" alla rinnovazione della gara, comunque non idoneo a costituire la titolarità di una posizione giuridica legittimante al ricorso (30). In realtà, più semplicemente, l'*interesse strumentale*, deve essere comunque riconducibile ad un problema di situazione giuridica sostanziale ma inidonea a fondare la legittimazione ad agire e consistente in un interesse di mero di fatto. In ogni caso, l'espressione *interesse strumentale* appare di per sé ambigua e, forse, dovrebbe essere abbandonata (31).

Su tali basi, si fonda la regola generale, sostenuta

dalla nuova linea giurisprudenziale, della necessità di decidere prima il ricorso incidentale e, in caso di accoglimento, di dichiarare inammissibile il ricorso principale, per carenza di legittimazione. E tuttavia, come affermato dalla stessa Plenaria n. 4/2011, tale regola ammette eccezioni, come nel caso in cui il ricorrente principale abbia impugnato anche il bando di gara per intero o nella parte la cui violazione ha fondato la richiesta di esclusione dalla gara contenuta nel ricorso incidentale (32).

Si venga ora alla questione della correttezza e della coerenza della circostanza che, in una gara a due concorrenti e in presenza di vizi simmetrici e iden-

Note:

(segue nota 27)

rino, 2010, 69 e ss. Diverso è il caso in cui l'amministrazione debba scegliere tra affidamento diretto e procedura ad evidenza pubblica: in questa ipotesi, infatti, è configurabile una situazione giuridica protetta in capo alle imprese di settore e, più precisamente, un interesse legittimo ad impugnare l'affidamento diretto.

(28) Deve essere anche considerato che anche ai sensi della Giurisprudenza che ha ripercorso le possibili tesi sulla funzione del ricorso incidentale (si confronti la sentenza del Cons. Stato, sez. V, n. 2468/2002), quali quella meramente difensiva, di difesa attiva, riconvenzionale, non si può, comunque ritenere che il ricorso incidentale abbia funzione orientativa della futura attività amministrativa in sede di eventuale redazione del nuovo bando di gara anche nel caso in cui si consideri l'interesse strumentale alla ripetizione della gara come un interesse protetto.

(29) Cons. Stato, Adunanza plenaria, sent. n. 4/2011, 17.

(30) Per un'esauritiva analisi di questo passaggio della sentenza della Plenaria, si rinvia a R. Gisondi, *L'Adunanza Plenaria ridefinisce il rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale*, in questa Rivista, 2011, 10, 1103 e ss. e pubblicato anche sull'*Osservatorio sul codice del processo amministrativo*, Luiss - Guida al diritto, sui siti www.luiss.it, 2011 e www.diritto24.ilsole24ore.com.

(31) Sul punto della riconducibilità della nozione di *interesse strumentale* ad un problema di situazione giuridica sostanziale o di interesse a ricorrere appare ambigua anche l'ordinanza della VI sezione n. 351/2011. Prima, in aperta polemica con l'Adunanza plenaria del 2008, osserva che «quello che occorre rimeditare è la configurazione dell'interesse al rinnovo della gara - il c.d. interesse strumentale - come interesse legittimo». Poi, in un altro passaggio, richiama quella giurisprudenza secondo cui «se è vero che ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere contro gli atti di aggiudicazione di contratti pubblici è sufficiente dimostrare la sussistenza di un interesse "mediato", realizzabile attraverso il compimento di successivi atti dell'amministrazione, è tuttavia incontestabile che l'interesse a ricorrere deve essere escluso, quando, in relazione ai vizi dedotti dalla parte interessata, l'annullamento comporterebbe effetti conformativi, incompatibili con qualsiasi possibilità di realizzazione, anche meramente strumentale, dell'interesse fatto valere dal ricorrente (Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 675)». Infine, nel caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente, conclude per l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse.

(32) Sul punto, si veda G. Pellegrino, *La plenaria e le "tentazioni" dell'incidentale (nota a Ad plen. n. 4/3011)*, su www.giustamm.it, 2011, che sottolinea proprio la valenza di tali eccezioni al fine di garantire la parità delle parti nel processo.

tici, si possa esaminare prima il ricorso incidentale e non anche quello principale, come avvenuto nella sentenza n. 3655/2011.

Tale ordine di decisione non ha l'effetto di alterare una posizione di sostanziale uguaglianza tra aggiudicatario e secondo classificato, dal momento che l'interesse di fatto di quest'ultimo alla ripetizione della gara non può essere messo sullo stesso piano dell'interesse qualificato dell'aggiudicatario a vedere perfezionato il contratto. L'eguaglianza delle posizioni delle parti contrapposte in giudizio può profilarsi solo in relazione alla pretesa del secondo classificato ad aggiudicarsi lui stesso il contratto, che assume la dimensione di interesse legittimo alla pari della posizione dell'aggiudicatario. Non vi è dunque, nel caso di specie, alcuna violazione della parità delle posizioni delle parti contrapposte (quella dell'aggiudicatario a stipulare il contratto e quella del secondo classificato all'annullamento della gara), semplicemente perché tali posizioni non possono essere considerate uguali.

L'applicazione di tale posizione al caso della graduatoria con tre o più concorrenti ne avvalorava ancora di più la sostenibilità. In tale caso, infatti, l'applicazione del principio sancito (per il caso di due concorrenti) dall'Adunanza plenaria con sentenza n. 11/2008 rende paradossale la conseguenza. Infatti, in un giudizio limitato ai soli primi due classificati, l'*interesse strumentale* non vi sarebbe poiché l'accoglimento simultaneo dei ricorsi principale e incidentale e la reciproca esclusione dei due contendenti avvantaggerebbe il terzo classificato, rimasto estraneo al giudizio. Per potere giustificare l'*interesse strumentale* all'annullamento della gara, il ricorrente principale dovrebbe proporre ricorso anche nei confronti di tutti gli altri concorrenti in graduatoria e chiederne l'esclusione. Solo in caso di esclusione di tutti i partecipanti, infatti, l'accoglimento del ricorso (*rectius*, dei ricorsi) comporterebbe l'annullamento della procedura.

Si tratta, a ben vedere, della fattispecie sottostante alla sentenza della Plenaria n. 4/2011, nella quale il ricorrente principale, a fronte del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, per fondare il proprio *interesse strumentale* all'annullamento della gara, aveva proposto censure anche contro l'ammissione in gara della terza classificata, scatenando le impugnazioni incrociate di tutti i concorrenti.

Anche per tale aspetto, la soluzione data dalla Plenaria n. 4/2011 al problema dell'ordine della decisione dei ricorsi principale e incidentale sembra preferibile, con la conseguenza che, di regola e salvo le eccezioni già dette, il ricorso principale diven-

ta improcedibile per difetto di legittimazione, in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente. Tra i motivi pratici di tale scelta, non ultimo di importanza, vi è anche quello di evitare la proliferazione del contenzioso, con defatiganti controversie tra un alto numero di parti in causa, con giudizi paralleli (che troppo spesso i Tar si rifiutano di riunire, costringendo le parti a istaurare anche giudizi di appello paralleli su diverse sentenze, come nel caso oggetto della stessa sentenza n. 4/2011) che corrispondono a tutto tranne che al senso comune di *giustizia*.