

# Evoluzione, requiem ed epitaffio del ricorso incidentale escludente dopo la sentenza della Corte di Giustizia 5 settembre 2019, n. C-133/18.

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il ricorso incidentale come strumento difensivo. 3. La giurisprudenza comunitaria e quella interna dopo il 2011. 4. Anno 2019: requiem per il ricorso incidentale paralizzante. 5. Spunti critici di riflessione generale.

## 1. Introduzione

La sentenza 5 settembre 2019 (causa C-333/18) della Corte di giustizia dell'Unione Europea è l'ultima delle pronunce del giudice comunitario in materia di ricorso incidentale paralizzante, e rischia di essere tale, cioè ultima, non solo per l'ordine cronologico ma soprattutto perché sembra avere detto la parola fine a questo istituto creato dalla giurisprudenza italiana. Secondo tale pronuncia il giudice dello stato membro che si trovi di fronte ad una controversia in materia di affidamento di contratti pubblici nella quale siano fondati sia il ricorso principale che quello incidentale, deve accoglierli entrambi, a prescindere dal numero dei concorrenti che hanno partecipato alla gara. A tale conclusione la Corte è pervenuta valorizzando l'interesse strumentale, comune ad entrambi i ricorrenti, principale e incidentale, alla ripetizione della gara medesima. L'accoglimento di entrambi i ricorsi può infatti indurre la stazione appaltante ad annullare la procedura viziata per bandirne una nuova. È evidente l'importanza di questa pronuncia, che induce ad un ripensamento complessivo dell'istituto e del suo utilizzo da parte del controinteressato al fine di conservare la posizione di vantaggio nel rapporto giuridico. Per comprendere come si sia arrivati a questo epilogo della vicenda, è opportuno partire dai prodromi della stessa, per chiedersi, ma ciò si farà solo alla fine di questo intervento critico, se davvero quella che è stata definita icasticamente "la morte dell'incidente paralizzante" sia il corretto epitaffio del defunto o se l'incidente paralizzante, ipostasi del più noto ricorso incidentale escludente, non sia stato generato per un fraintendimento dell'aggettivo escludente e soprattutto dalla proiezione erronea dei suoi effetti sul piano del processo. Effetti che, per essere più esplicito, hanno prodotto e sostenuto la tesi che il ricorso incidentale escludente possa, e in molti casi debba, essere trattato prima del ricorso principale. Assioma che, a sua volta ha prodotto a cascata tutte le questioni sottoposte, con rinvio pregiudiziale, a più riprese, alla Corte di giustizia e che da ultimo si sono concluse con l'esito di cui al proemio.

## 2. Il ricorso incidentale come strumento difensivo.

La prassi giudiziaria, com'è noto, ha caratterizzato in modo particolare questo strumento<sup>1</sup>.

Il ricorso incidentale viene infatti utilizzato nell'ambito di particolari tipi di processo per paralizzare l'azione proposta dal ricorrente principale. Ciò accade in tutte le situazioni concorsuali (graduatorie di concorsi di ogni genere) e comunque quando il processo si svolge tra più di due parti.

Uno dei settori non a caso più caratterizzato dal ricorso incidentale è quello riferito all'impugnazione rivolta contro provvedimenti di aggiudicazione di pubblici appalti. In tali casi il ricorrente principale chiede che venga annullata l'aggiudicazione dell'appalto a favore del controinteressato per rinnovare il procedimento o subentrare egli stesso nell'aggiudicazione. L'interesse al ricorso

incidentale, per semplificare, sorge in capo al vincitore della gara - controinteressato (solo) con l'impugnazione dell'aggiudicazione poiché prima di tale momento egli non ha subito alcuna lesione ma al contrario si trova nella posizione di vantaggio rappresentata dal provvedimento di aggiudicazione.

Per non perdere tuttavia il contatto con i riferimenti normativi strutturali è opportuno riportare l'art. 42 del c.p.a. 104/2010 che così disciplina il ricorso incidentale e la domanda riconvenzionale: 1. Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Per i soggetti intervenuti il termine decorre dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale. 2. Il ricorso incidentale, notificato ai sensi dell'articolo 41 alle controparti personalmente o, se costituite, ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile, ha i contenuti di cui all'articolo 40 ed è depositato nei termini e secondo le modalità previste dall'articolo 45. 3. Le altre parti possono presentare memorie e produrre documenti nei termini e secondo le modalità previsti dall'articolo 46. 4. La cognizione del ricorso incidentale è attribuita al giudice competente per quello principale, salvo che la domanda introdotta con il ricorso incidentale sia devoluta alla competenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, ovvero alla competenza funzionale di un tribunale amministrativo regionale, ai sensi dell'articolo 14; in tal caso la competenza a conoscere dell'intero giudizio spetta al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, ovvero al tribunale amministrativo regionale avente competenza funzionale ai sensi dell'articolo 14.

Come si può intuire la definizione normativa del ricorso incidentale è assai concisa e non affronta in alcun modo, neppure per implicito il profilo della priorità nell'ordine della decisione dei due ricorsi processualmente concatenati. A decidere la priorità in senso logico dovrebbe essere il rapporto di incidentalità tra le due cause, indipendentemente dai motivi di ricorso e indipendentemente dal fatto che uno di essi o ambedue siano denominati escludenti, per il semplice fatto che il ricorso principale è, per definizione, quello che principia e quello incidentale è quel ricorso che ha motivo d'essere solo se e in quanto il principale sia ammissibile e fondato.

E questo è coerente anche con il filone giurisprudenziale e dottrinario per cui solo ove il ricorso principale sia fondato il giudice estende il suo giudizio al ricorso incidentale. Viceversa ove il ricorso principale sia dichiarato inammissibile irricevibile o infondato il ricorso incidentale non viene deciso nel merito, ciò che sarebbe influente, ma dichiarato inammissibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Tutto questo è pacifico e non mette conto soffermarsi sul tema.

Senonchè la giurisprudenza italiana, che sovente tende a complicarsi la vita, ha cominciato ad introdurre alcuni distinguo rispetto a quanto sarebbe logico dedurre dalla norma appena sopra descritta e in particolare ha affermato che in presenza di ricorso incidentale c.d. escludente o paralizzante, volto cioè a paralizzare il ricorso principale, debba essere prioritariamente esaminato il ricorso incidentale rispetto a quello principale, con inversione quindi dell'ordine tradizionale poiché il primo tende a fare valere la mancanza di una delle condizioni dell'azione in capo al ricorrente principale, ossia l'interesse al ricorso o meglio la legittimazione al ricorso, e funziona pertanto come un'eccezione anticipata, volta a paralizzare l'azione proposta dal ricorrente principale<sup>2</sup>. Una volta dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso principale, ne segue che resta ferma l'aggiudicazione a favore del controinteressato.

Parte minoritaria di dottrina e giurisprudenza ha però sostenuto, al contrario, che il ricorso incidentale debba sempre essere esaminato solo dopo lo scrutinio di quello principale poiché il fatto di riconoscere effetto paralizzante alla controimpugnazione proposta dall'aggiudicatario, comporta a

favore del medesimo un'eccessiva protezione e questo, in particolare, laddove i partecipanti alla gara siano soltanto due e risultino fondati sia il ricorso principale che quello incidentale. In tal caso infatti l'accoglimento del ricorso incidentale non sembra privare di interesse il ricorrente principale poiché ove venisse annullata l'aggiudicazione, ne risulterebbe soddisfatto il suo interesse strumentale alla ripetizione delle operazioni di gara e ciò gli offrirebbe ulteriori occasioni di conseguire l'agognata aggiudicazione<sup>3</sup>.

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

Questa sentenza, pur affermando per inciso che "il giudice amministrativo, pur libero di scegliere nell'ambito dell'economia processuale se trattare prima il gravame principale o quello incidentale, deve esaminarli entrambi" implicitamente rafforza la tesi della priorità del ricorso principale nella misura in cui "sterilizza" l'efficacia del ricorso escludente, nel senso che comunque l'esclusione del ricorrente principale non priva di efficacia la sua domanda indipendentemente dal fatto che anche quest'ultimo abbia articolato un ricorso specularmente escludente.

Senonchè, come è noto, la stessa Plenaria poi, con la successiva pronuncia 7 aprile 2011, n. 4, è intervenuta, operando quello che viene definito "un sostanziale e significativo mutamento di indirizzo". Secondo questa pronuncia, in estrema sintesi, l'esclusione di un concorrente dalla procedura di gara lo priva della legittimazione a contestarne i risultati e tanto vale sia che l'esclusione venga disposta con un provvedimento della stazione appaltante il quale diventi inoppugnabile, sia che venga dichiarata "ora per allora" dal giudice nel corso del processo amministrativo, le cui sentenze hanno portata retroattiva. Nell'uno e nell'altro caso non appare sufficiente l'interesse alla ripetizione della gara per fondare la legittimazione del ricorrente principale poiché esso non si distingue rispetto a quello di un qualunque operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione, trattandosi di un'utilità meramente ipotetica posto che la stazione appaltante, all'esito di un annullamento della gara, non è obbligata a ripeterla e può decidere di ricorrere ad altri (e legittimi) strumenti per acquisire l'utilità legata al contratto pubblico in discussione. Secondo questa pronuncia l'indizione di una nuova gara si qualifica nei termini di mera possibilità, e la semplice possibilità di ricavare dalla decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante. Si tratta di una utilità meramente ipotetica o eventuale che richiede, per la sua compiuta realizzazione, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e atti ricadenti nella sfera discrezionale dell'amministrazione. L'interesse pratico alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra quindi *ex se* la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso poiché questa (mera) aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore

del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione. Solo il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto quanto, in via alternativa e subordinata, l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione. La situazione legittimante rappresentata dalla legittima partecipazione alla procedura costituisce condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso e, al contrario, la definitiva esclusione, così come l'accertamento giudiziale della illegittimità della partecipazione alla gara, impediscono di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. La sola partecipazione ad una gara, se non qualificata in detti termini e anzi qualificata in termini di illegittimità, assurge a mero fatto insuscettibile di creare una posizione legittimante al ricorso in capo al concorrente.

### 3. La giurisprudenza comunitaria e quella interna dopo il 2011

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

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

Anche questo criterio ha però dovuto essere ripensato alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia 5 aprile 2016 (causa C-689/13), la quale ha enunciato la diversa regola per cui il ricorso principale deve essere comunque esaminato, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione dedotta. Assunto nella sua absolutezza il principio sembra prospettare addirittura, secondo alcuni, una giurisdizione di diritto oggettivo, nella quale il giudice non deve verificare l'effettiva possibilità di conseguire il bene della vita da parte del ricorrente ed è onerato ad emettere la propria decisione scendendo direttamente al merito della causa. Senonché, il Consiglio di Stato, con la sentenza della terza sezione 26 agosto 2016 n. 3708, ha ridimensionato la portata del principio. Secondo questa pronuncia un'interpretazione che postuli l'esistenza di un obbligo generale ed incondizionato di esaminare il ricorso principale, a prescindere da un esame sulla sussistenza di un interesse anche strumentale alla decisione, contrasterebbe già

con l'art.1 della direttiva n. 89/665 CEE che, al terzo comma, presuppone che debba essere garantita la tutela giudiziaria a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione", postulando così che dall'accoglimento del ricorso derivi, quantomeno, il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura. La novità introdotta dalla sentenza, secondo il Consiglio di Stato, va allora ravvisata nel fatto che l'esame del ricorso principale, a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente", è doveroso, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento produca come effetto conformativo un vantaggio anche mediato e strumentale per il ricorrente principale. Tale vantaggio può anche essere rappresentato dal successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, e tanto accade se il vizio dedotto a carico di un'offerta è comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, poiché dal suo accertamento deriverebbe, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare, l'esclusione anche di queste ultime in via di autotutela, con conseguente rinnovazione della procedura.

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

#### 4. Anno 2019: requiem per il ricorso incidentale paralizzante

Perdurando i dubbi ingenerati dalla sentenza da ultimo citata, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 11 maggio 2018, n. 16, ha rimesso alla Corte di Giustizia il quesito "se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate. In particolare chiede la Plenaria "se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 possa essere interpretato nel senso che consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale dal concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.) e limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.). La Corte di Giustizia, da ultimo, con sentenza 5 settembre 2019, ha statuito che l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile (*rectius* improcedibile) in

applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali nazionali quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi. La conclusione viene motivata con l'esistenza di un legittimo interesse del ricorrente principale all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario poiché non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara. L'ammissibilità del ricorso non può neppure essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura poiché, secondo il giudice comunitario, è sufficiente l'esistenza di una probabilità in tal senso.

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

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

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

## 5. Spunti critici di riflessione generale.

Nel proemio dell'articolo ho fatto riferimento alla possibilità di una analisi critica dell'exkursus giurisprudenziale che ha portato a ridare forza e sostanza al ricorso c.d. escludente, in precedenza sterilizzato, come si è visto, dalla prima Adunanza Plenaria 11/2008, e ciò alla luce delle vicende successive e in particolare dell'ultima menzionata sentenza della Corte di Giustizia.

La riflessione critica, a questo punto ineludibile per giustificare il titolo dell'articolo, non può che prendere le mosse dal momento cruciale della c.d. svolta giurisprudenziale, rappresentata dalla revisione critica dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 ad opera dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 e dalla successiva Adunanza Plenaria n. 16/2018.

Le argomentazioni critiche esposte nella sentenza n. 4 del 2011, si sviluppano tenendo presente alcuni punti fermi: "a) l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall'attore; b) il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali; c) il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda; d) 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; e) salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva".

Secondo il Consiglio di Stato (Ad. Pl: 4/2011), “la necessità di definire il giudizio muovendo dall’esame delle questioni preliminari” non solo costituisce l’applicazione di un principio generale desumibile dall’art. 276 c.p.c., in quanto tale applicabile al processo amministrativo anche prima dell’entrata in vigore del codice, ma è soprattutto espressione del concetto di pregiudizialità logica che impone la verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso.

Rispetto a tale verifica — sempre secondo il Consiglio di Stato — è del tutto irrilevante lo strumento processuale utilizzato per evidenziare la questione: la contestazione della legittimazione e dell’interesse al ricorso, rilevabile anche d’ufficio, non richiede particolari forme processuali, ben potendo essere formulata anche nella semplice memoria difensiva. Con il che si deduce che anche quando la questione pregiudiziale venga prospettata in un ricorso incidentale, al fine di contestare la legittimazione del ricorrente principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l’esame del merito delle domande proposte dallo stesso ricorrente principale. Ed è proprio il “rapporto di priorità logica nell’ordine di decisione della controversia delle questioni prospettate dalle parti” a rendere necessario che le eccezioni suscettibili di precludere l’esame del ricorso principale siano decise con precedenza su ogni altra sollevata.

In buona e conclusiva sostanza la preferenza nell’ordine dell’esame dei ricorsi va accordata in ogni caso al ricorso incidentale escludente, vale a dire al ricorso che abbia come fine la contestazione della legittimazione o dell’interesse ad agire del ricorrente principale.

Non spetta quindi al giudice stabilire l’ordine di priorità dei ricorsi, come affermato dalla Ad. Pl. 11/2008, poiché, secondo quanto sostiene l’Ad. Pl. 4/2011 “pertiene alla regola fondamentale e strutturale del processo assegnare necessaria priorità alle questioni pregiudiziali e dunque al ricorso incidentale, non essendo possibile immaginare analoghe eccezioni (di difetto di legittimazione o di interesse al ricorso) da parte del ricorrente principale”.

L’argomentazione sembra inattaccabile.

Tuttavia, è possibile dubitare del fatto che in questo ragionamento la legittimazione a ricorrere e la questione pregiudiziale che la concerne, siano state con assoluta pertinenza evocate?

La questione dubitativa che precede si pone in quanto è sempre stato pacifico che la legittimazione di chi ricorre è riferita ad un elemento soggettivo dell’azione stessa che, nel giudizio introdotto, si afferma e si verifica sempre a priori. Si tratta cioè di un elemento che, diversamente dall’interesse a ricorrere, che è virtualmente transeunte, e quindi può venir meno nel corso del giudizio, non può mutare per eventi intervenuti medio tempore, a giudizio in corso, e ancor meno può mutare, cessando di esistere, in funzione dell’esito di un giudizio diverso, comunque connesso, come quello incidentale, che quell’elemento aprioristico metta in discussione.

Così, ad esempio, come colui che, agendo in giudizio, si legittima in funzione della vicinitas e/o dell’essere incontestato proprietario o utilizzatore del bene oggetto di lite, non perde in corso di causa la legittimazione pur se aliena a terzi l’immobile, anche il concorrente che partecipa ad una gara (sia che vinca, perda o che venga escluso dalla gara) non perde ex post la legittimazione al ricorso proposto nella veste di concorrente, ove all’esito di un diverso giudizio, ancorchè incidentale, si accerti l’illegittimità della sua partecipazione. L’unico caso in cui il difetto di legittimazione sussiste come tale, ed è rilevabile anche d’ufficio, è quello di chi la legittimazione non l’abbia ab origine — ad esempio perché non è proprietario o detentore o non abbia alcun titolo idoneo per far valere la vicinitas — e che ciò venga eccepito o rilevato d’ufficio nella fase in cui le questioni pregiudiziali hanno ingresso.

D'altra parte ove il controinteressato (leggasi anche il ricorrente incidentale) intenda contestare la legittimazione del ricorrente principale, il cui difetto, non occorre ribadirlo, può essere rilevato d'ufficio, potrebbe certamente farlo in via di eccezione, nello stesso ricorso principale, senza la necessità di proporre, quantomeno per opporre unicamente quella specifica eccezione, un ricorso incidentale.

E non solo. Occorre infatti considerare che poiché la legittimazione a ricorrere in materia di gare d'appalto è pacificamente riconosciuta solo a chi abbia partecipato alla gara (ed eccezionalmente a chi impugni atti che gli hanno impedito di partecipare) è difficile pensare che colui il quale ha speso un titolo di legittimazione valido, quale quello di partecipante alla gara, possa sentirsi opporre che poiché il ricorso incidentale mirante alla sua esclusione da quella stessa gara è fondato, da questo esito del ricorso incidentale consegue il venir meno *ex ante* della sua qualità di soggetto legittimato a proporre il ricorso principale.

Ad escludere che ciò possa accadere osta, infatti, non solo la regola per cui la legittimazione attiene ad un elemento soggettivo (nella specie al fatto di aver partecipato alla gara) che non risente delle vicende fattuali successive, ma soprattutto il fatto che l'eventuale illegittimità dell'ammissione alla gara di un concorrente, anche ove fosse accertata nel corso della disamina prioritaria del ricorso incidentale, attiene in realtà ad una questione di merito (e precisamente quella riferita al motivo che contesta l'ammissione alla gara del ricorrente principale) e non ad una eccezione pregiudiziale che per sua natura prescinde dal merito.

Né, come è ovvio, la legittimazione a ricorrere può essere commista e fatta coincidere con l'interesse a ricorrere, perché, in quel caso, vale a dire in caso di fondatezza del ricorso incidentale mirante all'esclusione del ricorrente principale, ciò che si può certamente ipotizzare, ma non ancora affermare a priori, è che all'esito del giudizio incidentale possa dirsi venuto meno, in capo al ricorrente principale, l'interesse al ricorso, ma mai la legittimazione già spesa all'atto di proporre il ricorso, che è rappresentata, come già chiarito, da un elemento ormai irretrattabilmente acquisito, vale a dire, dall'aver partecipato alla gara.

E anche questa ipotizzata conclusione, vale a dire quella del venir meno dell'interesse al ricorso, non può dirsi scontata perché, come ha chiarito l'ultima sentenza della Corte di Giustizia, anche chi è escluso da una gara conserva l'interesse a contestarne l'esito in funzione della sua ripetizione.

E dunque, se questo ragionamento è corretto e condiviso, ne consegue che in realtà il ricorso c.d. escludente non può assumere in assoluto alcuna funzione paralizzante del ricorso principale e non giustifica l'inversione dell'ordine di trattazione dei ricorsi, che resta quello logico del processo, vale a dire che prioritaria è sempre la disamina del ricorso principale, laddove secondaria e subordinata, ancorché necessaria, è la disamina del ricorso incidentale.

Quindi soltanto se al ricorrente principale viene negata in via di eccezione la legittimazione al ricorso (perché non ha partecipato alla gara e dunque nella misura in cui si atteggia ab origine come un *quisque de populo*) in astratto si potrebbe pensare ad una inversione dell'ordine dei ricorsi ma, come si è detto, in concreto qui l'inversione è solo un effetto ottico o di prospettiva, nel senso che in questo caso si tratta effettivamente di una eccezione pregiudiziale, proponibile come tale (anche) nel ricorso principale e non di un effetto riferibile alla necessaria e dimostrata inversione del giudizio e dunque come prova dell'efficacia del ricorso paralizzante.

E ancora, volendo forzare ulteriormente le cose, va detto che il difetto di legittimazione del concorrente, come ritenuto in qualche decisione, non è contestabile neppure se questi sia stato escluso dalla gara, e persino a prescindere dall'impugnativa di tali atti, perché è pur sempre un concorrente che ha partecipato ad essa gara e che in quella veste ha interesse a travolgerla, nella

prospettiva, già sopra evidenziata, di partecipare con diverso successo ad una gara rinnovata, beninteso ove dimostri con il suo ricorso che la gara era irrimediabilmente viziata e parimenti viziata era la sua esclusione.

Se si aderisce a questa impostazione, peraltro in linea con l'Ad. Pl. 11/2008, non solo gli sviluppi del contenzioso tornerebbero ad essere più lineari, come presto vedremo, ma sarebbe facile constatare che anche le questioni pregiudiziali sollevate a più riprese davanti alla Corte di giustizia, e da questa definite con le sentenze Puligienica e da ultimo con la sentenza Lombardi, si sarebbero risolte, senza alcuna necessità di rivolgersi al giudice di Lussemburgo, con lo stesso risultato che quel rimpallo di rinvii, a conti fatti, ha prodotto.

Infatti se, ristabilendo l'ordine logico, il ricorso principale, trattato per primo è fondato, e tale viene dichiarato, si dovrà procedere alla disamina dell'incidentale (conforme Ad. Pl. 11/2008) e ove pure questo fosse fondato, il giudizio si concluderebbe non diversamente da come si decidono normalmente i ricorsi di questo genere: vale a dire o con l'annullamento della gara, se in almeno uno dei due ricorsi venisse accolto un motivo esiziale per la gara stessa, o con l'aggiudicazione, ad uno dei due ricorrenti, ove fosse accolto uno solo dei due ricorsi proposti dai ricorrenti, senza che di fatto rilevi l'ordine di trattazione. Se viceversa il ricorso principale, trattato per primo, venisse dichiarato inammissibile, irricevibile o infondato, il ricorso incidentale perderebbe ragion d'essere e verrebbe, come avviene in questi casi, dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Il tutto mantenendo l'assoluta parità delle posizioni di causa e dunque senza attribuire ad alcuno dei due ricorrenti quel vantaggio o altrimenti definita, rendita di posizione, che viceversa è implicitamente annessa al ricorso c.d. escludente, e pertanto senza violare o forzare le norme processuali interne, e, ancor meno, le direttive europee invocate nel rinvio pregiudiziale, che la Corte di Giustizia ha chiaramente dimostrato, e non una sola volta di aborrire.

Perché dunque porsi in un'ottica diversa, che sovverte le regole delle cose, in un contesto sbilanciato che nel diritto tedesco si stigmatizza con la formula "Die Gerechtigkeit verläuft immer auf einer flachen Linie" vale a dire che la giustizia procede sempre su una linea piana e dunque perché considerare un problema del giudice, rilevante nel processo e condizionante la decisione, quello che normalmente è un problema extraprocessuale e quindi dell'amministrazione, vale a dire come procedere all'esito del giudizio?

Tanto più che, come è difficilmente confutabile, una volta ristabilito l'ordine del decidere, le questioni rimesse alla Corte di Giustizia si risolvono da sé, o addirittura non si pongono.

E non si pongono neppure le temute ripercussioni negative che sottostanno ai dubbi che hanno motivato i rinvii alla Corte di Lussemburgo.

Infatti se i concorrenti sono due, come nel caso Puligienica, e uno dei due concorrenti prevalga, resterà un aggiudicatario, laddove, se uno qualunque dei ricorrenti riesca ad ottenere l'annullamento della gara, questa andrà per forza di cose rifatta.

Se altrimenti, come accade normalmente, i concorrenti sono più di due, come nel ricorso Lombardi, nel primo caso (di soccombenza di una delle parti senza pregiudizio per la gara) non succederà nulla di diverso da quanto descritto nel precedente paragrafo, mentre nel secondo caso, a sua volta articolato in due ipotesi, ossia di autoesclusione di ambedue i litiganti ovvero di annullamento della gara, sarà la stazione appaltante che dovrà valutare: nella prima ipotesi se procedere a ribandire la gara, considerato che il terzo classificato non è tecnicamente il vincitore residuale della stessa gara ma un soggetto graduato, oppure procedere, con adeguata motivazione che tenga conto dell'urgenza

e della convenienza dell'offerta ulteriormente subordinata, ad aggiudicare la gara a quest'ultimo concorrente, laddove nella seconda ipotesi altra opzione non resterebbe se non rinnovare la gara.

Ma questo, come sopra chiarito, non è, in ogni caso, un problema del quale deve occuparsi il giudice nel decidere la causa a lui sottoposta, quanto piuttosto un effetto della sentenza, senza dimenticare che questa è sempre sovvertibile in appello e quindi non ipotecabile, e che di tale effetto, qualunque esso sia, deve farsi carico, in quanto pertinente alla sua esclusiva funzione e innervato alla decisione di impugnare o meno la sentenza di primo grado, la stazione appaltante.

A questo punto, d'altronde, che si condivida o meno la decisione della Corte di Giustizia, e quali che siano gli argomenti della sempre legittima critica alla decisione del giudice di Lussemburgo, il discorso parrebbe definitivamente chiuso.

Al legislatore, alla giurisprudenza e alla dottrina non resta molto da fare se non archiviare la pratica, allo stato ormai puramente teorica, rappresentata dall'alternativa tra la constatazione della morte dell'incidente paralizzante, nel senso spiegato della inefficacia del ricorso escludente a produrre la paralisi del ricorso principale, e la presa d'atto, pura e semplice, dell'evaporazione di un istituto, definito ricorso escludente ovvero paralizzante, che si è rivelato, a conti fatti, sia pure con la Corte di giustizia, privo di efficacia, se non fuorviante, nell'economia del rapporto tra giudizio principale e incidentale.

Nota dell'autore: Per la redazione dell'articolo, e in particolare per l'exkursus storico e quanto alle note, ho utilizzato, con il consenso dell'autore, che ringrazio, ampi stralci dell'articolo di Alessandro Cacciari, Consigliere del TAR Toscana dal titolo: Morte dell'incidente paralizzante.

***Angelo De Zotti***