Sull'ordine di trattazione dei ricorsi (nota a T.A.R. Veneto, Sez. I^, 2 marzo 2018, sent. n. 254)*

Sommario

1.Premessa e ricognizione degli istituti giuridici – 2. Il fatto – 3. Le questioni giuridiche – 4. Le possibili soluzioni

1.Premessa e ricognizione degli istituti giuridici

La pronuncia in commento appare di notevole interesse, come espressamente riconosciuto dal Collegio, in virtù della complessità e novità dei temi trattati. Tra tutti primeggia la controversa questione dell'ordine di esame dei ricorsi principale e incidentale cd. escludente, da anni teatro di una proficua dialettica tra Corti supreme italiane e Corte di giustizia europea.

Le radici di tale riflessione si fondano sulla centralità del principio di cui agli artt. 24, 103, 111, 113, Cost., art. 1 c.p.a, nonché in ambito sovranazionale negli artt. 19 TUE, 263 TFUE, 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza, della effettività della tutela giurisdizionale, perno attorno al quale ruota l'intero sistema di Giustizia amministrativa e non solo.

La prima sezione del T.A.R. Veneto ripercorre sapientemente l'intero iter giurisprudenziale sul tema, per poi pervenire alle conclusioni dell'orientamento successivo alla sentenza della CGUE 5 aprile 2016, n. C-689/13 (Puligienica c/Airgest S.p.A.).

La disamina della tematica centrale involve il difficile contemperamento tra la logica del diritto processuale e le ragioni del diritto sostanziale e pertanto non può prescindere dalla ricognizione sommaria degli istituti sottesi alla stessa, ossia i presupposti e le condizioni dell'agire processuale.

Le condizioni dell'azione di annullamento proposta dinanzi al giudice amministrativo sono quelle della legittimazione a ricorrere, discendente dalla titolarità della situazione giuridica soggettiva vantata in giudizio, dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. e la *legitimatio ad causam*, che trae origine dall'affermazione di colui che agisce/resiste di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo. Tali condizioni dell'azione devono sussistere al momento della proposizione della domanda, fino al momento della decisione finale. Quando una sola di esse viene meno la posizione del ricorrente appartiene all'area dell'irrilevante giuridico e non può essere esaminata ed accolta la relativa domanda.

Interessante notare come l'intreccio tra diritto amministrativo sostanziale e processuale sia stato uno dei tanti temi di approfondimento cui si è dedicato il Prof. Enrico Guicciardi. La ricerca offrì al Prof. Guicciardi l'occasione per riflettere sulla nozione di interesse legittimo,

inteso nel Suo pensiero proprio come interesse a ricorrere avverso il provvedimento adottato dall'amministrazione. Tale impostazione identificava quindi la posizione sostanziale incisa dal provvedimento con l'interesse processuale a ricorrere, ossia l'utilità che il ricorrente può trarre dall'accoglimento del ricorso ex art. 100 c.p.c.

L'*utilitas* coincide con il bisogno di tutela giurisdizionale per ottenere un bene della vita ulteriore rispetto a quello controverso. Ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere occorre che il diritto vantato dall'attore/ricorrente sia oggetto di contestazione da parte di un diverso soggetto, convenuto/resistente. L'interesse è l'elemento che viene invocato nelle diverse ricostruzioni ermeneutiche della giurisprudenza amministrativa italiana e dalla giurisprudenza eurounitaria per sciogliere la questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi principale e incidentale, in particolare nella delicata materia delle procedure a evidenza pubblica.

2. Il fatto

Nella controversia in commento la società ricorrente, seconda classificata, si duole del provvedimento di aggiudicazione della procedura ristretta per la fornitura globale di generi di vitto indetta dall'Istituto Assistenza Anziani di Verona in favore di un'altra società, risultata vincitrice in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Parte ricorrente lamenta le irregolarità della procedura per la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della Commissione di gara, nonché di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa e di *par condicio competitorum*, richiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della fornitura alla controinteressata, con rinnovazione dell'intera procedura ovvero con l'aggiudicazione della stessa in proprio favore.

Oltre alla reiezione dell'impugnativa richiesta dall'Amministrazione resistente con controricorso, anche la società controinteressata ha presentato ricorso incidentale cd. escludente, con cui ha eccepito il difetto di legittimazione della ricorrente, stante la illegittima ammissione della stessa alla procedura per mancate dichiarazioni tempestive sulla moralità professionale dei legali rappresentanti e sull'operazione di affitto di ramo d'azienda espletata dalla società ricorrente.

3. Le questioni giuridiche

Il Collegio veneto offre un aprioristico ragionamento a contrario.

Con un suggestivo artifizio stilistico viene esaminata la delicata questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi principale e incidentale cd. escludente, nella materia delle procedure a evidenza pubblica, richiamando i diversi orientamenti pretori succedutisi negli anni.

In virtù della presenza del ricorso incidentale di tipo escludente, in prima battuta il T.A.R. sembra seguire la tesi propugnata dalle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato nn. 4 del 2011 e 9 del 2014, secondo cui occorre esaminare preliminarmente il ricorso incidentale escludente, in grado di scalfire la legittimazione a ricorrere della ricorrente principale. La priorità logica-giuridica del ricorso incidentale escludente era stata asserita sulla base della natura estromettente dello stesso nei confronti del ricorso principale, il cui esame sarebbe risultato superfluo. Le critiche mosse avverso questa diffusa ricostruzione giurisprudenziale sottolineavano la mancanza di sensibilità sulla effettività della tutela giurisdizionale per il ricorrente principale, cui non si sarebbe accordata una tutela piena e effettiva come richiesto dall'art. 1 c.p.a.

In caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente, analizzato per primo, la ricorrente principale sarebbe risultata non legittimata a partecipare alla procedura ristretta e, in quanto esclusa dalla gara, non sarebbe stata portatrice di quella particolare posizione giuridica qualificata necessaria per impugnare l'aggiudicazione della gara ovvero per dolersi dell'illegittimità della procedura condotta dall'Amministrazione. Ecco che entra in scena il concetto dell'interesse al ricorso, l'*utilitas*, quale condizione per promuovere l'azione dinanzi al giudice amministrativo.

La conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione attiva sarebbe stata diretta conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale escludente, per il solo fatto che il carattere di quest'ultimo avrebbe ostato all'esame del primo ricorso.

Il Collegio riporta l'interpretazione dell'art. 1, paragrafo 1, terzo comma e art. 3 della direttiva 2007/66 CE offerta dalla Corte di giustizia europea il 5 aprile 2016, n. C-689/13 (Puligienica c/Airgest S.p.A.). L'art. 1, relativo all'ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso, prevede 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*". Secondo la Corte europea viola tale disposizione quella norma processuale nazionale che disponga l'irricevibilità del ricorso principale proposto da un offerente che abbia interesse a ottenere

l'esclusione di un altro offerente e l'aggiudicazione di un determinato appalto, a prescindere dal numero dei partecipanti. Il ricorrente principale non deve esser posto in condizione di soffrire una lesione, anche solo potenziale, al proprio diritto di accesso alla giustizia, quindi di tutela giurisdizionale, causata da una presunta violazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici o delle norme di recepimento di tale diritto. Tutto ciò vale nel momento in cui il ricorrente principale possa trarre un vantaggio dall'accoglimento del ricorso proposto.

La funzione nomofilattica della Corte di giustizia europea ha promosso la diffusione di tale interpretazione, per cui gli indirizzi giurisprudenziali successivi alla sentenza suddetta hanno ritenuto doveroso l'esame del ricorso principale, anche in presenza di un ricorso incidentale escludente, laddove l'accoglimento fornisca un vantaggio, anche mediato e strumentale, al ricorrente principale, a prescindere dalle imprese partecipanti alla gara. Il vantaggio più significativo è rappresentato dall'annullamento dell'aggiudicazione del controinteressato, dall'aggiudicazione al ricorrente principale, come anche la riedizione della gara.

Nella fattispecie, la ricorrente principale può trarre un concreto vantaggio dall'accoglimento del ricorso, consistente nello scongiurare l'opzione di rinnovo della fornitura, per cui la stazione appaltante è costretta alla riedizione della procedura per il nuovo periodo non coperto.

Con un'articolata e provocatoria argomentazione, il Collegio prospetta, in riferimento alla controversia in esame, l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale ostativo all'esame del ricorso principale, poiché dalla fondatezza del primo deriverebbe l'esclusione della ricorrente principale per non avere allegato l'offerta e aver omesso le dichiarazioni sui legali rappresentanti richieste dall'art. art. 38, primo comma, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006. A causa dell'esclusione dalla gara, la ricorrente principale sarebbe soggetta alla segnalazione all'A.N.A.C. ai fini della sospensione dalle procedure di affidamento, da cui sarebbe scaturita l'impossibilità per la società esclusa di partecipare alla nuova gara, ossia di conseguire quella utilità che in sede processuale avrebbe garantito la trattazione del ricorso principale.

Con una netta presa di posizione il Collegio aderisce agli indirizzi successivi alla sentenza della Corte di giustizia europea del "caso Puligienica", affermando la necessità di esaminare il ricorso principale, a prescindere dalla presenza del ricorso incidentale escludente e dall'ordine di priorità di trattazione dei ricorsi. Il Tar Veneto ha esaminato prioritariamente il ricorso principale rilevando che il ricorrente principale, a prescindere dalla sua eventuale esclusione, poteva in ogni caso ricavare dall'eventuale accoglimento della sua impugnazione una chiara utilità strumentale. Ciò, in quanto le fondate censure del ricorso principale sulle

irregolarità del *modus operandi* infirmavano la procedura di affidamento nel suo complesso, comportando l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Sulla fondatezza del ricorso principale appare opportuno soffermarsi sull'affermazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle procedure, non a caso definite di evidenza pubblica.

Il rispetto della procedura è posto a garanzia della correttezza della stessa. Nella specie, la pubblica verifica dell'integrità dei plichi è volta a garantire che la documentazione di gara venga correttamente introdotta nella procedura. Le garanzie da preservare della parità di trattamento dei concorrenti e dell'interesse pubblico alla trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa sono stati ribaditi in molteplici occasioni a livello nazionale e sovranazionale.

4. Le possibili soluzioni

La *querelle* sull'ordine di trattazione del ricorso principale e incidentale si è protratto per un arco di tempo decennale, prospettando soluzioni dettate dalle differenti esigenze sociali e politiche di ciascun momento storico.

Giova ricordare che nel nostro ordinamento l'art. 276, secondo comma, c.p.c. detta un criterio di ordine di trattazione delle questioni sollevate dalle parti, secondo cui "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. Laddove vi sia una pluralità di questioni pregiudiziali si ritiene che debbano essere affrontate per prime quelle che abbiano una precedenza logica o giuridica rispetto alle altre. Sul tema in esame il Collegio veneto, richiamando la Adunanza Plenaria del 2011 ricordava la priorità logico-giuridica delle questioni trattate nel ricorso incidentale escludente, per cui esso doveva considerarsi per primo.

Secondo un altro orientamento, sarebbe il collegio a stabilire in maniera discrezionale la priorità di trattazione e decisione delle questioni di fatto e di diritto, mentre una parte della giurisprudenza ritiene che il giudice dovrebbe esaminare le questioni nell'ordine prospettato dalle parti, salvo quelle rilevabili d'ufficio.

Il ricorso incidentale, caratterizzato da una natura accessoria, segue comunque le sorti di quello principale, nel senso che l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'improcedibilità del

ricorso principale, nonché la rinuncia ed il rigetto di quest'ultimo, si ripercuotono sul ricorso incidentale, rendendolo inammissibile per difetto di interesse. Essendo le loro sorti legate in maniera indissolubile, qualunque sia l'ordine di priorità devono essere esaminati entrambi, in ossequio ai principi del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Nel caso in cui debba stabilirsi un criterio di trattazione, il ricorso incidentale accessorio andrebbe esaminato dopo quello principale ed in caso di riconosciuta fondatezza di quest'ultimo, atteso che, se infondato (ovvero irricevibile, inammissibile, estinto), non sarebbe necessario l'esame di quello incidentale.

In materia di procedure a evidenza pubblica tuttavia, un costante orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che deve essere esaminato prima il ricorso incidentale qualora ponga questioni che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente, assumendo in tal caso carattere pregiudiziale visto che dal suo accoglimento deriva la sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente principale all'annullamento del provvedimento impugnato.

La prima pronuncia sul tema è l'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008, la quale lascia spazio alla discrezionalità del giudice nel decidere se far prevalere le esigenze di economia processuale oppure quelle di giustizia sostanziale, stabilendo che il giudice può scegliere di esaminare con priorità il ricorso incidentale, la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale; in base al principio della parità delle parti non può determinare mai una soccombenza, anche parziale, in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni. Tale decisione deriva dall'applicazione del principio della ragione più evidente, che consente al giudice di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine di trattazione delle questioni da trattare di cui all'art. 276 c.p.c., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione – anche se logicamente subordinata – senza che sia necessario esaminare previamente le altre. Pertanto il giudice, esaminati entrambi i ricorsi, ove appaia infondato in maniera evidente il ricorso principale, può deciderlo per primo, con conseguente declaratoria di inammissibilità di quello incidentale; mentre, ove appaia fondato il ricorso incidentale, quello principale verrà dichiarato inammissibile per difetto di interesse o legittimazione.

Inoltre, qualunque fosse il primo ricorso esaminato e ritenuto fondato (principale o incidentale) si doveva tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e si doveva esaminare anche l'altro ricorso, quando la fondatezza di entrambi comportava l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di indirne una ulteriore. Su questo ultimo aspetto, il Supremo Collegio

precisava la differenza sussistente nel caso di gara in cui partecipassero più di due concorrenti- ove doveva essere preliminarmente esaminato il ricorso incidentale ed accertato il difetto di legittimazione del ricorrente principale perché l'accoglimento di entrambi i ricorsi (con annullamento di entrambi gli atti di ammissione) avrebbe determinato un risultato privo di utilità per ambedue i ricorrenti, posto che la gara non avrebbe potuto essere rinnovata (ad avvantaggiarsi degli annullamenti sarebbero gli altri concorrenti) – ed il caso di gara con due soli concorrenti – ove, per i principi della parità delle parti e di imparzialità, quando ciascuna avesse impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non potevano avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi. Invero, la fondatezza del ricorso incidentale esaminato prioritariamente non precludeva l'esame di quello principale, come la fondatezza del ricorso principale prioritariamente esaminato non precludeva l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara. La pronuncia citata, non abbracciando la pretesa di dettare una regola valida in ogni caso, lasciava, in definitiva, al giudice la discrezionalità tale da garantire quel difficile contemperamento tra esigenze di economia processuale e di parità delle parti.

Il primo orientamento dell'Adunanza Plenaria subì una radicale inversione di rotta, con la successiva pronuncia n. 4 del 2011, nella quale si affermava che il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, doveva essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso il cui il ricorrente principale allegasse l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Ciò in quanto era, ormai, possibile tramite ricorso incidentale introdurre non solo eccezioni ma anche domande di accertamento pregiudiziale. La decisione del Supremo Collegio era giustificata dal dettame del combinato disposto dell'art. 76 c.p.a. e art. 276 c.p.c. che sanciscono la priorità di esame delle questioni di rito rispetto a quelle di merito, e non potendo tale regola essere superata in alcun modo dai principi di parità delle parti, nonché di imparzialità del giudice. La legittimazione, infatti, è un *prius* rispetto all'«interesse strumentale», della cui sussistenza il giudice deve interrogarsi solo dopo aver verificato la sussistenza della legittimazione al ricorso.

Tale legittimazione spetta soltanto a colui il quale ha partecipato alla gara avendone i requisiti, mentre non a colui che vi è stato illegittimamente ammesso, ancorché non escluso, ovvero al concorrente definitivamente escluso (che non ha impugnato l'atto di esclusione, o il cui ricorso contro l'esclusione sia stato respinto). La necessaria priorità di esame del ricorso incidentale sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste

formulate dall'Amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale, invece, è ammesso, per ragioni di economia processuale, solo quando sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità. La pronuncia presenta notevoli criticità in quanto, in primis, le norme del codice del processo amministrativo sanciscono un inderogabile ordine che il giudice deve affrontare esclusivamente nell'esame delle questioni di rito e di merito, ma non nell'esame dei ricorsi stessi. Qualora entrambi i ricorrenti, principale ed incidentale, adducano questioni di rito nel ricorso, il combinato disposto dell'art. 76 c.p.a. ed art. 276 c.p.c. non risulta più essere risolutivo.

Garantire, in ogni caso ed in maniera assoluta, la priorità di esame del ricorso incidentale escludente significa garantire una ingiustificata posizione di privilegio per l'aggiudicatario-ricorrente incidentale. Evidentemente la Plenaria mirava a soddisfare esigenze di realizzazione delle opere pubbliche e di tutela delle decisioni della Pubblica Amministrazione. L'iper protezione del contro interessato coincide con l'eccesso di tutela delle scelte dell'Amministrazione alla realizzazione delle opere.

Il problema di parità delle parti nasce in quanto l'accoglimento del ricorso incidentale provoca la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, a seguito dell'annullamento dell'atto di ammissione, *rectius* di non esclusione, con efficacia *ex tunc*. Il bene della vita cui aspira l'aggiudicatario ricorrente incidentale si ottiene con l'annullamento dell'azione amministrativa contestata nella parte in cui ha ammesso a partecipare il ricorrente principale, mentre la decisione di annullamento *ex nunc* è posta a garanzia della effettività della tutela delle parti che hanno agito in giudizio e, quindi, anche del ricorrente principale. Ciò è dato dalla specularità delle rispettive posizioni che non consente di privilegiare l'uno a danno dell'altro, mentre la soluzione proposta garantisce ad entrambi, se non il bene finale richiesto rispettivamente l'acquisizione o la conservazione dell'aggiudicazione, almeno l'interesse strumentale di conseguire l'aggiudicazione in forza della riedizione della gara.

L'interesse strumentale è un altro punto focale della questione di cui si tratta. La Plenaria, con la decisione n. 4 del 2011 ritiene che esso non sia meritevole di tutela in quanto il ricorso incidentale escludente, facendo venir meno la legittimazione ad agire del ricorrente principale, comporta altresì la dequotazione del relativo interesse strumentale ad interesse di mero fatto, non riferibile ad una posizione differenziata e qualificata a seguito dell'accertamento dell'illegittima partecipazione alla gara e, perciò, appartenente all'area dell'irrilevante giuridico. Tale posizione è equiparabile a quella del *quisque de populo*. Parte della dottrina ritiene che tali affermazioni non siano incompatibili con i principi del diritto europeo, atteso che, una volta garantito l'accesso alla giustizia, il diritto comunitario non incide sulle regole processuali nazionali in tema di ordine di esame delle questioni e di

condizioni dell'azione che appartengono alla c.d. "autonomia processuale" dei diritti nazionali. Questa pronuncia del 2011, fortemente criticata, ha contribuito a accendere il dibattito successivo. Dapprima si espressero in maniera contraria all'orientamento della Plenaria, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, alle quali venne presentato ricorso avverso la decisione n. 4/2011, per motivi inerenti la giurisdizione e soprattutto di carenza di tutela all'interno della stessa giurisdizione. Con sentenza 21 giugno 2012 n. 10294, la Suprema Corte, pur rigettando il ricorso, palesava la criticità di un giudizio in cui, al cospetto di due imprese che sollevino a vicenda la medesima questione (illegittima ammissione alla gara), una venga sanzionata con l'inammissibilità del ricorso, mentre l'altra venga favorita con il mantenimento di una situazione (in tesi) illegittima, denotandosi così una crisi del sistema che proclama, al contrario, di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per far sì che rimedi a quello che ha fatto (o non ha fatto) l'Amministrazione. Si precisava che «ciò lasciava ancora più insoddisfatti se si aggiungeva che l'aggiudicazione può dar vita ad una posizione preferenziale solo se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresentava in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento che, in questa materia, richiede un'attenzione ed un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato».

A sua volta il Tar Piemonte, con ordinanza di rimessione 9 febbraio 2012 n. 8, sollevò il problema della coerenza tra il principio di diritto statuito dalla Plenaria e quelli comunitari di effettività della tutela giurisdizionale, parità delle parti, e libera concorrenza. La Corte di Giustizia si è pronunciata sul quesito interpretativo nella causa C-100/12 del 4 luglio 2013 (c.d. sentenza Fastweb), censurando per la prima volta espressamente la decisione 4/2011 e stabilendo che, quando le imprese concorrenti nella procedura di gara siano soltanto due, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un'offerente nell'ipotesi in cui l'illegittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata, nell'ambito del medesimo procedimento e per gli stessi motivi. Nel caso di ricorsi entrambi escludenti, cioè, sarebbe contrario alla parità delle parti escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare, invece, quella del ricorrente incidentale, nonostante anch'egli escludibile per la medesima ragione.

La questione dell'ordine di esame dei ricorsi viene portata dinanzi alla Plenaria, dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 2059 del 15 aprile 2013, la quale si trovava a giudicare sull'eventuale riforma della sentenza del Tar Lazio (Roma, Sez. II n. 3891 del 30 aprile 2012). Oggetto del contendere in primo grado consisteva nell'assegnazione di un programma di housing sociale promosso dal Comune di Roma Capitale. L' assegnazione veniva impugnata dinanzi al TAR Lazio tramite sette motivi di ricorso, al quale l'impresa

aggiudicataria rispondeva con ricorso incidentale dichiarato poi inammissibile per carenza di interesse ad agire, in quanto lo stesso non aveva efficacia paralizzante/escludente della partecipazione alla gara della parte avversa, e non avrebbe portato, quindi, alcuna utilità per il ricorrente. Da tale inammissibilità derivava la sentenza di primo grado di annullamento dell'aggiudicazione, e la sua disposizione a favore dell'impresa ricorrente in primo grado.

Il ricorrente incidentale soccombente impugnava tale decisione dinanzi al Consiglio di Stato per violazione delle norme e dei principi in materia di efficacia paralizzante del ricorso incidentale come stabiliti dall'Ad. Plen. 7 aprile 2011 n. 4. Investita della questione, l'Adunanza Plenaria è ritornata sui suoi passi con la decisione n. 7 del 30 gennaio 2014, che apporta dei correttivi a quanto stabilito con la decisione n. 4/2011, stabilendo che, nel giudizio di primo grado, sempre in tema di procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale (non aggiudicatario) deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale; tale evenienza non si verifica allorquando il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

Un ricorso incidentale siffatto porterebbe in giudizio una parte cospicua del merito, non si tratterebbe più, cioè, di una questione di rito e di legittimazione del ricorrente principale, il quale, invece, implicitamente si ritiene sia in possesso di tutti i requisiti di legittima ammissione alla gara. In tal caso, una disamina esclusiva delle prospettazioni dell'aggiudicatario comporterebbe uno sbilanciamento ed uno snaturamento del contenzioso, poiché privilegia, nella congerie delle questioni di merito portate dinanzi al giudice solo quelle di chi resiste al ricorso introduttivo. In tal maniera, si cadrebbe nuovamente nell'errore di garantire un'eccessiva protezione ad una sola parte. Si inizia, così, ad intravedere un tipo di giurisdizione che attiene al vizio, più che al tipo di ricorso presentato, sia esso incidentale o principale. Il giudice, cioè, deve analizzare, innanzitutto, la censura che sia escludente, che comporti la caducazione della legittimazione del ricorrente; solo successivamente potrà esaminare tutti gli altri motivi di ricorso, indipendentemente dalla posizione del ricorrente e della fase del procedimento cui il vizio presentato con ricorso si riferisce.

L'Adunanza Plenaria successiva n. 9 del 2014 tenta di giungere ad un giusto contemperamento tra le norme di diritto interno ed i principi europei, pur premurandosi di chiarire che l'Unione europea non possedendo al proprio interno una disciplina generale del processo, mira all'armonizzazione e non all'unificazione del diritto processuale degli Stati membri, tramite il rispetto di alcuni principi cardine come quelli di facilitazione di accesso

alla giustizia attraverso il riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie, compito che rientra tra le competenze di attribuzione esclusiva dell'Unione stessa.

La caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (quantomeno in sede di ricorso giurisdizionale ad stanza di parte), se l'aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura capaci di travolgere l'intera gara. La mancanza di legittimazione al ricorso comporta una dequotazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara ad interesse, anch'esso, di mero fatto, non meritevole di tutela. Tali considerazioni della Plenaria, facendo venir meno l'uguaglianza sostanziale delle parti, eliminano, di conseguenza, anche il problema di conservare la parità processuale delle stesse.

Il problema di parità delle armi, legato alla priorità di esame dei ricorsi può sussistere solo laddove entrambe le offerte siano travolte dal medesimo vizio che le rende inammissibili. In tal caso neanche si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, può definirsi solo l'esame del vizio.

Se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste, entrambi devono essere disattesi e l'aggiudicazione deve essere confermata. In apparenza, potrebbe ritenersi che tali conclusioni introducano una giurisdizione di tipo oggettivo, basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo.

Parte della dottrina ritiene tali conclusioni siano solo il risultato dell'applicazione del principio di parità delle armi. A parere di chi scrive, invece, sembra configurarsi un primo passo verso una giurisdizione oggettiva, che attiene all'esame del vizio, piuttosto che alla disamina della situazione soggettiva di chi fa valere in giudizio quello stesso vizio.

A questo punto è importante comprendere quando il Supremo Collegio ritenga sussistente un'identità del vizio escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche imprese partecipanti alla gara, e, quindi, quando è ammesso l'esame congiunto dei due ricorsi. Si ritiene che il motivo identico non è riconducibile all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, che deve essere identica sia per il ricorrente principale che incidentale. L'identità è da considerarsi non in senso stretto, nel senso di perfetta coincidenza dei motivi, ma di uguale riferibilità degli stessi ad una stessa sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione della gara dell'impresa e della sua offerta. Altresì i vizi devono riferirsi ad una stessa categoria, tra le tre esattamente individuate dal Supremo Collegio, le quali sono: tempestività della domanda ed integrità dei plichi, requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa, carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione.

Alessandra Scafuri

Sentenza

*Con la presente nota a sentenza, la dott.ssa Alessandra Scafuri si è classificata al primo posto nella edizione 2018 del Premio “Enrico Guicciardi”. Per una lettura integrale del provvedimento commentato si rimanda alla sentenza allegata.