

CAPITOLO V

*LA TUTELA E LA CONTRO-TUTELA GIURISDIZIONALE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI: IL RAPPORTO, IN DIVENIRE, TRA IMPUGNATIVE PRINCIPALI E INCIDENTALI**

SOMMARIO: SEZIONE I. I TEMI – 1. Premessa e termini della questione – 2. L'orientamento dell'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11 – 3. Le impostazioni 'ribelli' della giurisprudenza amministrativa successiva al 2008 – 4. Gli arresti dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 – 5. Le primissime applicazioni giurisprudenziali dei nuovi principi: i ricorsi 'specchio' e una prima eccezione alla priorità logica del ricorso incidentale – 6. I dubbi 'comunitari' dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011: la rimessione alla Corte di Giustizia UE da parte del Tar Piemonte – 7. I dubbi di giurisdizione: l'impostazione della Cassazione a Sezioni Unite – 8. Le nuove vie interpretative dei Tar: il tentativo di superare l'impostazione dell'Adunanza Plenaria del 2011 9. La questione della priorità logica del ricorso incidentale torna in Plenaria in rapporto al principio della parità delle parti del giudizio;– SEZIONE II. LA GIURISPRUDENZA – 1. Cons. di Stato, Ad. Plen., sentenza 7 aprile 2011, n. 4: la de-quotazione dell'interesse alla rinnovazione della gara e il potenziamento processuale dei ricorsi incidentali in materia di gare pubbliche – 2. Tar Piemonte, Sez. II, ordinanza 9 febbraio 2012, n. 208: il valore dell'interesse alla riedizione della procedura ad evidenza pubblica diviene una questione di rilievo comunitario – 3. Cass., SS. UU., sentenza 21 giugno 2012, n. 10294: la contestazione 'giurisdizionale' dell'effetto paralizzante *tout court* dei ricorsi incidentali – 4. Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, sentenza 14 febbraio 2013, n. 351: la 'riquotazione' dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara e il riconoscimento della parità delle impugnative (principali e incidentali) sollevate nel medesimo giudizio – 5. Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2059: la vexata quaestio torna in Adunanza Plenaria

SEZIONE I I TEMI

1. Premessa e termini della questione

Il fascinoso **rapporto tra le impugnative c.d. principali e i correlati ricorsi incidentali** ha da tempo percorso, con vari esiti, la vita dei processi

* I paragrafi da 2 a 5 del presente capitolo sono tratti da M. GIUSTINIANI, *Il potenziamento delle impugnazioni incidentali e la dequotazione dell'interesse strumentale: interesse al ricorso o interesse alla deflazione dei ricorsi?*, in *Il Diritto per i Concorsi*, n. 6/2011, pp. 89-108.

amministrativi e soprattutto di quelli in materia di appalti pubblici. Infatti, la considerazione di massima di un'arma processuale (utilizzabile solo in via incidentale) che possa 'paralizzare' in ogni senso il giudizio avviato a prescindere dalla sua fondatezza o meno ha da sempre interessato la dottrina, impaurito o fatto innamorare le parti processuali e affascinato la giurisprudenza.

Negli ultimi cinque anni, Consiglio di Stato e Tar si sono susseguiti in interpretazioni – tra loro anche profondamente discordanti – che hanno condotto a diverse conclusioni dei processi su gare pubbliche e, quindi, a diversi esiti degli affidamenti di commesse pubbliche.

Il fulcro della questione è la 'forza' processuale che deve riconoscersi a quel particolare interesse (non all'aggiudicazione della procedura di cui è causa, bensì) alla riedizione della stessa. Infatti, se quest'ultimo interesse fosse ritenuto sufficiente (da solo) a sostanziare un interesse a ricorrere ed a sorreggere una legittimazione processuale, logica vorrebbe che le censure sollevate dal ricorrente principale meriterebbero di essere esaminate se dirette a far escludere tutti concorrenti dalla gara, ovvero tali da far 'cadere' l'intera procedura qualora ritenute fondante. In altri termini, anche a fronte di un ricorso incidentale che cogliesse nel segno – con la conseguenza che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura – l'interesse a partecipare ad una nuova procedura, fatto valere da quest'ultimo attraverso censure che – se ritenute fondate – siano in grado di mandare deserta la gara o annullarla nella sua interezza, sarebbe da solo sufficiente a sorreggere l'impugnativa principale, negando un effetto paralizzante al ricorso incidentale.

Secondo l'approccio diametralmente opposto, invece, l'esclusione dalla procedura (anche riconosciuta giudizialmente attraverso una pronuncia di accoglimento di una impugnativa incidentalmente proposta) è da sola idonea ad escludere ogni altro interesse meritevole di tutela in sede giudiziale (nonché la stessa legittimazione ad agire); conseguenza è la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

2. L'orientamento dell'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11

La tesi abbracciata cinque anni fa dall'**Adunanza Plenaria (sentenza 10 novembre 2008 n. 11)** era nel senso che il principio della parità delle parti di un giudizio non potesse non condurre ad esaminare entrambe le impugnative (e principale e incidentale), quando il potenziale accoglimento di entrambe avrebbe condotto all'esclusione di tutti i concorrenti, con necessità per la P.A. di riedire la gara di appalto.

La via di principio seguita dal giudice amministrativo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 si indirizzava, infatti, nel senso

che l'interesse strumentale alla ripetizione della procedura selettiva avrebbe imposto l'esame giurisdizionale anche del ricorso principale dopo l'accoglimento dell'incidentale escludente. Del resto, il rispetto della parità delle parti processuali imporrebbe di escludere l'effetto paralizzante dell'intero giudizio discendente dall'accoglimento di una impugnativa incidentale in tutti quei casi in cui residuerebbe un interesse (sebbene mediato, strumentale o anche di mera *chance*) in capo all'originario ricorrente principale.

Tale argomentazione trovava il suo primo fondamento negli artt. 3, 111 della Costituzione e nell'art. 6 CEDU. In effetti, concludere altrimenti comporterebbe che il soggetto che abbia beneficiato di una illegittima ammissione alla procedura (divenendone aggiudicatario), attraverso lo strumento del ricorso incidentale, sarebbe processualmente avvantaggiato rispetto a chi – pur essendo stato illegittimamente ammesso alla gara al pari del primo – abbia ottenuto una posizione peggiore in graduatoria.

Assunta la parità delle parti, non può, dunque, esistere uno specifico ordine logico da seguire nella disamina delle questioni sottoposte al vaglio del giudice. Ogni questione deve trovare la sua necessaria risposta nella pronuncia giurisdizionale. E, pertanto, è proprio dalla parità delle parti processuali che discende la considerazione che l'esito di una lite non può di certo dipendere dalla scelta aprioristica della questione da decidere per prima. In altri termini, qualunque sia l'impugnazione scrutinata per prima, il giudice deve affrontare anche l'altra perché i criteri logici da lui seguiti nell'esame dei ricorsi non possono determinare la soccombenza di una delle parti del giudizio a vantaggio dell'altra ed in violazione del principio di parità delle parti.

3. Le impostazioni 'ribelli' della giurisprudenza amministrativa successiva al 2008

Da una analisi della giurisprudenza successiva al 2008 risulta prevalente l'orientamento attestato sulle conclusioni dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 (*ex multis*, **Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 2010, n. 3888**; **Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373**; **Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4147**; **Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3076**; **Cons. giust. amm. sic., Sez. giur., 22 aprile 2009, n. 296**; e **Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2009, n. 7380**). Era dunque confermata l'accessorietà pressoché completa del ricorso incidentale al ricorso principale.

Tuttavia, non sono mancate delle immediate opinioni in senso parzialmente difforme o che, comunque, hanno anticipato una impostazione 'ribelle' rispetto ai seppur recenti arresti.

In primo luogo (**Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 2155**), è stato precisato che, quando **ricorso principale e ricorso incidentale presentino vizi afferenti a fasi diverse della gara**, il giudice avrebbe l'onere di procedere alla loro disamina a partire dalle censure che attengono alla fase logicamente e cronologicamente anteriore. A titolo esemplificativo, secondo questa tesi, il giudice amministrativo sarebbe tenuto ad esaminare prioritariamente il ricorso principale rispetto a quello incidentale nel caso in cui risulti che – con il ricorso principale – si sostenga l'esclusione della controinteressata per difetto dei requisiti di ordine generale, mentre – con il ricorso incidentale – si richieda l'esclusione della ricorrente principale per irregolarità dell'offerta tecnica. Infatti, quest'ultimo accertamento avverrebbe in un momento successivo, sia logicamente che cronologicamente, rispetto a quello della verifica dei suddetti requisiti generali. In una tale ipotesi, l'eventuale fondatezza del ricorso principale comporterebbe l'esclusione dell'impresa controinteressata prima ancora della fase dell'esame delle offerte tecniche, con la conseguente insussistenza di qualsivoglia interesse a censurare ipotetici vizi od irregolarità verificatisi in detta fase.

In secondo luogo, una serie di sentenze della Sezione IV del Consiglio di Stato del novembre del 2009 e del gennaio 2011 (cfr. **Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2009, nn. 7441, 7442 e 7443, e Cons. Stato, Sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 606**), pur richiamando l'orientamento dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008, ne ribaltavano di fatto i contenuti. In particolare, secondo le richiamate pronunce, **il c.d. interesse strumentale alla rinnovazione della gara, riguardato nella sua oggettività, non sarebbe altro che un interesse al rispetto della legalità**, da paludarsi con riferimenti soggettivi (utilità di ripetere la procedura che il ricorrente si propone di conseguire con la deduzione di vizi che, ove fondati, sono in grado di travolgere l'intera gara), al fine di accreditarne la valenza personale, che è un requisito necessario per poter promuovere un ricorso giurisdizionale. Tuttavia, provare di essere in condizione di trarre dall'esito favorevole del giudizio un'utilità non significa dimostrare di essere titolari di una posizione legittimante. Ne consegue che la verifica della sussistenza di una posizione legittimante, ai fini del preliminare accertamento della ammissibilità del ricorso, deve essere un'operazione che precede e, per certi versi, che mantiene indipendenza rispetto alla stima delle utilità che il processo è in grado di assicurare. Pertanto, una volta appurata l'insussistenza di una posizione legittimante in capo al soggetto escluso da una procedura di aggiudicazione (anche attraverso l'esame delle censure incidentali mosse dal controinteressato), sorge un ostacolo pregiudiziale di rito alla possibilità di valutare nel merito la fondatezza delle censure; e ciò a prescindere dalla considerazione del vantaggio che il candidato estromesso – non diversamente da qualsiasi altra impresa del settore – supponga di poter trarre dall'eventuale ripetizione della gara.

4. Gli arresti dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4

La sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 – pur senza citare nella parte motiva il recente filone giurisprudenziale da ultimo richiamato (ma rifacendosi a pronunce più datate) – sembra trarre da esso le fondamenta per le conclusioni alle quali giunge. Infatti, sebbene in maniera assolutamente più esplicita, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto *“di dovere attentamente rimeditare le conclusioni alle quali è pervenuta la pronuncia del 2008”* della medesima Adunanza Plenaria.

I nuovi arresti giurisprudenziali condivisi dalle sezioni riunite del Consiglio di Stato si pongono del resto in radicale opposizione rispetto al passato, non limitandosi a fissare un chiaro e pressoché sempre valido ordine di trattazione tra ricorso incidentale e principale; ma anche rimeditando le categorie della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere nell'ambito dei contenziosi sugli appalti. In questo senso, la pronuncia della Plenaria va oltre l'ordinanza di rimessione la quale, pur ritenendo necessario un intervento correttore, non deduceva in dubbio l'assunto secondo cui nel processo amministrativo il giudice non dovrebbe essere vincolato ad un predeterminato ordine logico di trattazione dei ricorsi sottoposti. A prescindere dal fatto che si può aderire o meno alle conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria (nonché alle ragioni sostanziali e non necessariamente processuali che possono aver influito in merito), il ragionamento seguito è di certo cristallino e scevro da salti logici.

Dunque, la Plenaria muove la propria analisi da una rivisitazione del principio della parità delle parti di giudizio, finalizzata ad un suo temperamento attraverso la contestuale valorizzazione di altre regole e principi del processo amministrativo. In quest'ottica occorre considerare:

(i) il fondamentale **principio della domanda** (in un sistema giudiziario amministrativo tarato sull'impulso di parte in cui il ricorso non costituisce mera occasione del sindacato giurisdizionale);

(ii) la **funzione difensiva propria del ricorso incidentale**;

(iii) la **dinamica della dialettica processuale tra le parti** dinanzi al giudice, chiamato – quest'ultimo – a dirimere le controversie seguendo il corretto ordine logico di disamina delle questioni proposte.

Andando con ordine e ripercorrendo il ragionamento seguito dal Collegio, è proprio dal **canone di parità delle parti nel giudizio che discende la necessità per cui – prima di vagliare la fondatezza della domanda – è necessario procedere all'accertamento della sussistenza dei requisiti della domanda medesima**. Un ribaltamento della sequenza rito/merito in merito/rito, invero, costituirebbe una palese violazione del richiamato principio della parità delle parti a danno dei soggetti convenuti. Ne consegue che l'esame di tutte le questioni pregiudiziali deve necessariamente precede-

re il vaglio del merito della domanda. La sequenza logica rito/merito deve corrispondere, dunque, al corretto ordine temporale pregiudizio/giudizio.

Tra le questioni pregiudiziali che occorre esaminare (pregiudizialmente appunto) rientra il controllo della legittimazione e dell'interesse al ricorso della parte attrice, intesi come presupposti dell'azione. Così, un eventuale reiezione del ricorso per ragioni processuali connesse al riscontro del difetto di tali presupposti non rappresenta un risultato meramente formale della causa, bensì l'esito fisiologico della valutazione in capo al ricorrente del giusto titolo e del reale interesse che gli consentono di avviare un contenzioso di natura giurisdizionale. Il Consiglio di Stato riconosce, inoltre, che una tale conclusione trova conferma – ove ce ne fosse stato bisogno – nell'art. 76, comma 4, c.p.a. che, rinviando, all'art. 276, comma 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”*.

Quanto alle modalità di contestazione o di rilevazione della carenza di legittimazione o di interesse, questa può avvenire o d'ufficio o mediante semplice deduzione difensiva dell'amministrazione resistente e/o del controinteressato, ovvero attraverso la proposizione di un ricorso incidentale, qualora l'utilizzo di tale strumento risulti necessario ad introdurre nell'ambito del giudizio l'accertamento dell'illegittimità dell'atto su cui si fonda la legittimazione del ricorrente. Del resto, l'esame preliminare dell'uno o dell'altro ricorso (principale o incidentale) implica sempre e comunque il precedente svolgimento della verifica su condizioni e presupposti dell'azione, comprensiva dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso. In tale contesto, se con il ricorso incidentale – che, come detto, è uno strumento processuale idoneo ad introdurre questioni pregiudiziali rispetto al merito della domanda contenuta nel ricorso principale – sono introdotte delle censure avverso la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso del ricorrente principale, allora il ricorso incidentale deve essere esaminato in via prioritaria. Di qui, pertanto, il rapporto di primazia logica tra il ricorso incidentale e quello principale, con la correlata esigenza di procedere all'esame 'invertito' incidentale-principale. Anche in questo caso l'Adunanza si rifà alle nuove disposizioni del Codice del Processo Amministrativo, in cui si registra la qualificazione formale del ricorso incidentale come strumento atto alla proposizione di domande, il cui interesse sorge in dipendenza della anteriore (in senso temporale) proposizione del ricorso principale (art. 42). Nel nuovo Codice, del resto, risulta attenuata la connotazione “accessoria” del ricorso incidentale e la sua assoluta subordinazione al positivo esame del ricorso principale (desumibile, invece, secondo una certa lettura, dalla formulazione letterale delle disposizioni previgenti). Anche in tale prospettiva, dunque, i giudici di Palazzo Spada confermano che

l'esame del ricorso incidentale non è affatto sempre subordinato al previo giudizio di fondatezza di quello principale. In relazione al contenuto concreto del ricorso incidentale e ai caratteri complessivi della controversia, pertanto, esso deve essere esaminato con priorità logica.

Così inquadrati i profili metodico-processuali, i giudici passano ad inquadrare i concetti di **legittimazione al ricorso e di interesse al ricorso**. Nella sentenza si ribadisce, innanzitutto, che le due figure non devono essere 'mescolate' tra loro – come spesso avviene – bensì tenute nettamente distinte. Infatti, altra è la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita (*rectius* legittima) un determinato soggetto all'esercizio dell'azione, altra è invece l'utilità che tale soggetto può ricavare dall'accoglimento della domanda di annullamento che determina l'interesse.

Il Consiglio offre una chiara **definizione di legittimazione al ricorso che è individuata nel "riconoscimento della esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato"**. Da tale definizione è possibile anche dedurre che, mentre il punto di partenza per la valutazione della sussistenza dell'interesse è sempre l'accertata sussistenza della legittimazione al ricorso, non può invece valere viceversa. In altri termini, la sola potenzialità del ricorso di stimolare una decisione di accoglimento che produca un qualche effetto utile (ma indiretto ed eventuale) non sempre dimostra l'esistenza di una posizione legittimante in capo alla parte attrice.

L'affermazione di tale principio, se calata nell'ambito del contenzioso sugli appalti pubblici, genera i seguenti corollari:

(i) non è condivisibile l'assunto della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008, secondo cui – una volta ritenuto fondato un ricorso incidentale escludente – può sopravvivere un interesse strumentale, altro rispetto a quello finalizzato all'ottenimento dell'aggiudicazione della gara ed individuabile nella riedizione *ex novo* della procedura;

(ii) **l'interesse pratico alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente legittimamente esclusa dalla gara (anche a seguito dell'esame del ricorso incidentale), non dimostra, in sé considerato, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa, infatti, non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione (*quisque de populo*). In merito, il Consiglio di Stato enuclea il concetto di 'utilità pratica' al quale associa quello di interesse strumentale, indiretto e meramente eventuale, relegando tale utilità ad interesse di mero fatto che non costituisce indice della sussistenza della legittimazione ad agire e del conseguente interesse (rilevante) al ricorso.**

In altri termini, secondo il Consiglio di Stato, **la legittimazione ad agire presuppone non solo la partecipazione (*tout court*) alla gara da parte del ricorrente, bensì una sua legittima partecipazione**. Il Collegio parla appunto di *“una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell’ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto, la definitiva esclusione o l’accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. 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”*.

Ne consegue che, come visto, il concorrente (legittimamente) escluso, non potendo più aspirare all’aggiudicazione, ma solo alla caducazione dell’attuale procedura e all’indizione di una nuova, si trova privo della legittimazione ad avanzare qualsiasi contestazione contro gli atti della procedura medesima.

Uniche eccezioni a tale regola si registrano in ipotesi assolutamente peculiari in cui l’interesse fatto valere dal ricorrente trascende dal mero interesse privato nel più sostanziale interesse pubblico.

In primo luogo, **è legittimato al ricorso il soggetto che contrasta, in radice, la scelta dell’amministrazione di avviare una procedura di affidamento**. Questa ipotesi presuppone sempre che il ricorrente dimostri un’adeguata posizione differenziata, costituita, a titolo esemplificativo, dalla titolarità di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato.

In secondo luogo, **è parimenti legittimato l’operatore del settore che lamenta la mancata effettuazione di una gara: ossia un affidamento diretto**. La legittimazione più ampia correlata alla contestazione degli affidamenti diretti ha fatto breccia e in dottrina e in giurisprudenza in virtù del giudizio di assoluto di disvalore manifestato dal diritto comunitario e dall’ordinamento interno nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza. Inoltre, la stessa circostanza obiettiva riguardante la mancanza di una procedura competitiva impedisce di collegare la legittimazione al ricorso alla partecipazione ad una gara che è del tutto mancata.

In terzo e ultimo luogo, **la legittimazione deve comunque riconoscersi in capo a colui che intenda impugnare una clausola escludente inserita nella *lex specialis* di gara**. Il soggetto che contrasta immediatamente la *lex specialis* (in relazione ad eventuali clausole escludenti), senza partecipare al procedimento, è titolare di una posizione legittimante che trova una giustificazione logica evidente, in quanto direttamente e strettamente connessa alla affermazione giurisprudenziale dell’onere di sollecita impugnazione di tale atto lesivo, senza attendere l’esito della selezione (v. Cons. Stato, Ad.

Plen., 23 gennaio 2003, n. 1). In simili ipotesi, la certezza del pregiudizio determinato immediatamente dal bando trasforma in superflua la domanda di partecipazione e la conseguente (quanto necessitata) adozione di un atto esplicito di esclusione. D'altro canto, la legittimazione spetta, in questi casi, non già a tutti gli imprenditori del settore, genericamente intesi, ma ai soli soggetti (discriminati) cui è impedita la partecipazione, in virtù di una specifica clausola appunto escludente.

5. Le primissime applicazioni giurisprudenziali dei nuovi principi: i ricorsi 'specchio' e una prima eccezione alla priorità logica del ricorso incidentale

I primissimi segnali giurisprudenziali successivi alla Adunanza Plenaria n. 4/2011 si sono attestati, in chiave generale, sulla stessa linea di tendenza (**Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2011, n. 4524; Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 luglio 2011, n. 6402; Tar Lazio, Roma, sez. III, 12 luglio 2011, n. 6278; Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655; Tar Lazio, Roma, sez. III, 14 giugno 2011, n. 5286; Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2011, n. 3478**).

In questa sede, è tuttavia di particolare interesse segnalare due pronunce:

(i) la prima, una sentenza del **Consiglio di Stato, Sezione III, 18 luglio 2011, n. 4354**, che applica i principi dell'Adunanza Plenaria ai c.d. ricorsi specchio;

(ii) la seconda, una sentenza del **Tar Sicilia, Palermo, Sezione III, 17 giugno 2011, n. 1104**, che arriva a formulare una nuova eccezione al primato logico del ricorso incidentale rispetto a quello principale.

Nella fattispecie all'esame della Sezione III del Consiglio di Stato erano stati sottoposti due ricorsi, uno principale ed uno incidentale di identico contenuto e di medesimo tenore, nell'ambito di una gara a due soli concorrenti. Nello specifico, sia il ricorrente principale secondo classificato, sia il controinteressato aggiudicatario lamentavano la mancata esclusione dell'altro, *inter alia*, per omesse dichiarazioni di legali rappresentanti cessati derivanti da operazioni di cessioni di rami d'azienda avvenute nel triennio antecedente la gara. Nella specie, la sentenza del Tar Veneto impugnata si era limitata ad esaminare nel merito il ricorso principale rigettandolo e dichiarando improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale del controinteressato. La sentenza è stata poi gravata sia in via principale, sia con appello incidentale. Nell'incidentale, in particolare, il controinteressato richiedeva l'applicazione al caso di specie dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011. Il Collegio, dunque, pur riconoscendo l'identità dei contenuti dei due ricorsi, ha dato preminenza logica all'appello (e quindi al ricorso) incidentale, ha ritenuto che il secondo classificato avrebbe dovuto

essere escluso per omesse dichiarazioni in sede di gara e ha, per l'effetto, dichiarato inammissibile l'appello e il ricorso principale di primo grado per difetto di legittimazione attiva.

In altri termini, sebbene a livello di diritto sostanziale, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere entrambi i concorrenti per il medesimo motivo (e, quindi, ripetere la procedura), a livello di diritto processuale, una volta ritenuto fondato il ricorso incidentale, non vi è più 'spazio' per l'esame del principale anche se – nello stesso – si lamenta 'giustamente' l'esclusione dell'aggiudicatario per la medesima ragione che ha condotto il giudice ad affermare l'illegittimità della propria partecipazione alla gara.

Nel caso siciliano, invece, la gara in questione era a tre concorrenti, di cui due erano esclusi sotto diversi profili. A ricorrere era uno dei due soggetti esclusi dalla stazione appaltante. Con ricorso e successivi motivi aggiunti, tale concorrente lamentava, per un verso, l'illegittimità della propria esclusione e, per l'altro, l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore dell'aggiudicatario. Infatti, se fosse stata riammessa in gara la propria offerta, egli sarebbe risultato aggiudicatario avendo offerto il maggior ribasso. Inoltre, in via subordinata, era fatto valere un interesse strumentale alla riedizione della procedura. L'aggiudicatario, dal canto suo, proponeva un ricorso incidentale volto – invece – a far rilevare l'illegittimità dell'esclusione del terzo concorrente, così da evitare – attraverso la riammissione in gara di quest'ultimo – l'applicazione nella fattispecie dei principi di cui all'Adunanza Plenaria n. 11/2008 per le gare a due soli partecipanti ammessi.

Forse anche per la peculiarità della fattispecie e dei contenuti del ricorso incidentale, i giudici del Tar hanno voluto temperare l'ordine logico di esame delle due forme di impugnativa rispetto a quanto affermato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011, anche se hanno poi mantenuto ferme le conclusioni raggiunte dalle Sezioni riunite di Palazzo Spada quanto ai limiti di legittimazione del concorrente escluso. Infatti, il contenzioso è stato risolto – in 'economia processuale' – esaminando dapprima il ricorso principale, sebbene non fosse né manifestamente inammissibile, né manifestamente infondato; e, una volta concluso per la sua infondatezza quanto ai profili di censura dell'esclusione, il Tar ha concluso per l'inammissibilità dell'intero ricorso principale, non esaminando (e nemmeno dichiarando improcedibile) il ricorso incidentale.

A prescindere che – probabilmente – la corretta risoluzione del caso avrebbe dovuto essere una pronuncia in parte di rigetto per infondatezza nel merito e in parte di inammissibilità per carenza di legittimazione attiva del ricorso principale, con conseguente declaratoria di improcedibilità per difetto di interesse del ricorso incidentale, la decisione del Tar Sicilia appare comunque condivisibile nell'ottica dei recenti arresti dell'Adunanza Plenaria. Del resto, se è la 'legittima' partecipazione ad una gara a costituire la li-

nea di discriminare per l'accertamento della legittimazione al ricorso, nel caso di impugnazioni miste (esclusione e aggiudicazione) l'esame delle censure del ricorso principale dirette a contestare proprio l'esclusione assume una priorità logica intrinseca che è corretto anticipare ad ogni ulteriore questione, anche se introdotta con lo strumento del ricorso incidentale.

6. I dubbi 'comunitari' dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011: la rimessione alla Corte di Giustizia UE da parte del Tar Piemonte

L'approdo logico-giuridico prescelto dall'Adunanza Plenaria non ha, tuttavia, convinto l'intera 'base' delle corti amministrative: il principale *casus belli* continua ad essere la gara a due soli concorrenti.

Il Tar Piemonte (Sezione II, ordinanza 9 febbraio 2012, n. 208) è stato il primo ad ipotizzare un potenziale contrasto della lettura fornita dal massimo consesso di Palazzo Spada con il diritto comunitario. Secondo i giudici piemontesi, infatti, nel processo sugli appalti pubblici, l'effetto della inammissibilità dell'impugnazione principale ogni qualvolta risulti fondata l'impugnazione incidentale, anche allorché i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due (coincidenti con il ricorrente principale e con quello incidentale, l'uno mirante all'esclusione dell'altro), non si attesterebbe in linea con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e – in definitiva – con il principio di libera concorrenza che sono sottesi alle Direttive nn. 1989/665/CEE e 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Il diritto comunitario, infatti, si preoccupa di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria, prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di "procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime", così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese. Le procedure di ricorso, in particolare, devono poter mirare "ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime", in un'ottica di effettività della tutela, dunque, che apparirebbe inconciliabile con una incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale.

Pertanto, conclude il Tar Piemonte, nell'ipotesi in cui residui al ricorrente principale – nonostante l'accertata fondatezza dell'impugnativa incidentale – l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, reso evidente dalla fondatezza dei motivi mediante i quali si è contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'impresa aggiudicataria, quell'interesse non può non trovare ingresso nella disamina giurisdizionale: