

La Plenaria e le “tentazioni” dell’incidentale

(Nota ad A.P. n. 4 del 2011)

di

Gianluigi Pellegrino

(avvocato)

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 14 aprile 2011

Sommario

- 1. Un principio di diritto dacompletare con le motivazioni**
- 2. Le spire ammalianti dell’incidentale.**
- 3. La precedente Plenaria 11/08. I principi condivisi e la possibilità di superarne (soltanto) le conclusioni.**
- 4.1.La tendenziale (ma non assoluta) priorità dell’incidentale. Le eccezioni (evidenziate dalla stessa nuova Plenaria) connesse al contenuto del ricorso principale.**
- 4.2.1. (segue) In particolare quando il ricorso principale contiene più impugnazioni e più censure di portata diversa.**
- 4.2.2. (segue) E quando è contestata anche in via diretta l’attribuzione dei punteggi e pertanto la qualificazione del contro interessato come aggiudicatario e quindi ricorrente incidentale.**
- 5. La condivisibile distinzione tra legittimazione e interesse.**
- 6. La sostanziale irrilevanza, ai nostri fini, della qualificazione del ricorso incidentale, peraltro risolta dal codice.**
- 7. Conclusioni. La necessità di una lettura “costituzionalmente orientata” della nuova Plenaria.**

1. Un principio di diritto da ...completare con le motivazioni

Prima di commentare questo nuovo (ma sicuramente non ultimo) indirizzo della Plenaria sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, appare necessario un chiarimento sui contenuti della sentenza.

Sin dal tam-tam che ne ha preannunciato l'esito, la decisione viene presentata come la riaffermazione del carattere **sempre pregiudiziale** e decisivo del ricorso incidentale cd. escludente.

In realtà la Plenaria nella sua motivazione dà atto di come tale principio **non** possa ritenersi assoluto e cioè privo di temperamenti ed eccezioni. Ed infatti tra queste eccezioni, scrive la Plenaria (pag. 40 penultimo cpv) vi è l'ipotesi in cui *"il ricorrente principale, a sua volta, abbia censurato in radice l'intero bando di gara"*.

Del resto in ragione dei contenuti del ricorso principale, il ricorso incidentale volto a chiedere l'esclusione del ricorrente principale, può risultare ad esempio:

- improcedibile per carenza di interesse se l'accoglimento del principale risultasse idoneo a travolgere l'intero bando;
- infondato nel merito per inesistenza della illegittimità denunciata a carico dell'ammissione, se l'accoglimento del principale risultasse idoneo a cassare la clausola di partecipazione che secondo il ricorrente incidentale risultava violata.

In tali casi quindi è il ricorso principale a dover essere esaminato per primo.

E però poi la Plenaria, nella sua conclusione afferma un principio di diritto che ad una prima lettura può apparire non del tutto coerente con le sue stesse premesse. Ed infatti al paragrafo 54 si legge quanto segue: *"In conclusione, quindi, deve essere affermato il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere **sempre** esaminato prioritariamente, anche nel*

caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura".

L'aporia può essere dovuta semplicemente alla circostanza che, nel caso all'esame, non ricorreva l'eccezione pure riconosciuta dalla Plenaria con conseguente minore attenzione a questo profilo nell'enunciazione del principio di diritto; oppure ad oggettive incertezze nella ricostruzione di aspetti importanti in via generale ma non rilevanti sul caso deciso. Molto più probabilmente l'aporia tra principio di diritto e motivazione sta in una certa **capacità ammaliante** del ricorso incidentale che spinge tutti noi, avvocati e giudici, ad assegnargli eccessive virtù risolutorie, le quali però ad un esame analitico non riescono a trovare giustificazione.

Peraltro piuttosto che ravvisare un'insanabile contraddizione nella decisione dell'Alto consesso, sembra opportuno interpretare il principio di diritto in senso conforme al ragionamento sviluppato in sentenza e quindi di una **priorità tendenziale, ma non assoluta**, dell'esame del ricorso incidentale. A tal fine si può valorizzare il riferimento contenuto anche nella declinazione del principio di diritto, alla circostanza che per essere pregiudiziale il ricorso incidentale deve comunque essere idoneo a privare la controparte della legittimazione al ricorso principale. Sicchè può inferirsene, alla luce del chiaro passaggio motivazionale della sentenza, che la regola di diritto sia nel senso della pregiudizialità dell'incidentale **salvo che ciò non sia escluso da determinati contenuti del ricorso principale**.

Ciò, come si vedrà, è assai rilevante, perché consente di tenere insieme, da un lato, lo sforzo ricostruttivo operato dalla Plenaria in tema di interesse e legittimazione nei contenziosi in materia di appalti, dall'altro di evitare, in un processo di parti, una inammissibile iperprotezione processuale dell'aggiudicatario e dell'amministrazione a danno del ricorrente.

2. Le spire ammalianti dell'incidentale.

In realtà, come accennato, siamo tutti noi operatori a dare corpo alla capacità tentatrice del ricorso incidentale.

Ed infatti appartiene all'esperienza di ogni giorno che per gli avvocati l'incidentale rappresenti uno strumento sostanzialmente **miracoloso** o, se volete, l'arma della **disperazione**, capace di consegnarci **la vittoria anche delle cause più perse**. Quando

un'impresa viene da noi e sia pur con qualche reticenza ci confessa di aver vinto sì l'appalto milionario ma grazie ad uno svarione o, peggio, un occhio di riguardo della commissione, la nostra **invocazione salvifica** va subito al ricorso incidentale.

Non c'è eccezione pregiudiziale, non c'è rilievo formale in rito che abbia nemmeno lontanamente le stesse possibilità di successo di un ricorso incidentale. Peraltro la preparazione di tale mezzo da parte di cliente e avvocato, è di una determinazione e meticolosità in alcun modo comparabili al modo con cui si approccia la scelta se proporre o meno un ricorso principale. Ed infatti, mentre in questo caso assume rilievo anche la ponderazione se avventurarsi o meno in un contenzioso con tutte le controindicazioni del caso; invece chi ha vinto la gara e si vede la festa minacciata dalla notifica del ricorso principale, si avventa sulla documentazione dell'avversario da scandagliare con l'incidentale, con la certissima attenzione di chi riesce a trovare anche un ago in un pagliaio e con la rabbia di un mastino a cui vogliono sottrarre l'osso. Se a ciò aggiungiamo che le regole di partecipazione alle gare sono notoriamente barocche, pletoriche e irte di inganni, ben difficilmente si torna a mani vuote da un esame così determinato. Pertanto è ben probabile che l'incidentale riesca a fondarsi su censure che, ad un occhio ben disposto, non risultino infondate.

Peraltro nelle cause più complesse dove magari il ricorrente principale ha visto bene di porre otto o dieci articolati motivi di ricorso, il ricorso incidentale è anche l'ammiccante ciambella di salvataggio lanciata ad un giudice sempre più sovraccarico di cause e quindi (anche comprensibilmente) attratto dalla soluzione più semplice.

Di tutto ciò, del resto, si ha conferma con il dato di comune esperienza che l'accoglimento degli incidentali è statisticamente davvero molto elevato.

Ma allora è proprio il sapore dolce della scappatoia per avvocati (e giudici) che in sede di ricostruzione dogmatica dovrebbe rendere più alta l'attenzione per il rischio che insieme all'acqua sporca, si butti via anche il bambino - ancora in fasce - di un giusto processo amministrativo tra parti equiordinate.

In definitiva si tratta - anche grazie all'approfondimento sistematico svolto dalla decisione in commento - di affermare che, se può riconoscersi alla fondata contestazione dell'ammissione alla gara l'idoneità a far venir meno la legittimazione alla contrapposta contestazione della rispettiva ammissione, tale regola deve però essere applicata in modo imparziale a tutte le parti del processo.

Il che, come vedremo, non incide sulla (tendenziale) pregiudizialità dell'incidentale che può senz'altro confermarsi nella gran parte dei casi; e però allo stesso tempo impone di tenere ben ferme le **eccezioni a tale regola** che pure la Plenaria in commento necessariamente ha dovuto introdurre nel suo iter argomentativo su cui in particolare si sofferma la nostra analisi (cfr. infra sub 4.1, 4.2.1 e 4.2.2).

3. La precedente Plenaria 11/08. I principi condivisi e la possibilità di superarne (soltanto) le conclusioni.

Come noto, con la decisione del 2008 la Plenaria aveva affermato *senza se e senza ma* il principio di assoluta parità delle parti anche nel processo amministrativo, e aveva ritenuto che in applicazione di tale principio, nel caso in cui tutti i concorrenti in gara articolassero contrapposte contestazioni dei rispettivi provvedimenti di ammissione, le reciproche impugnazioni ove fondate dovessero essere tutte accolte, al fine di dare luogo ad una gara deserta, quale interesse minore ma comune alle parti, per una ripetizione della procedura.

La porzione della decisione che appariva più convincente e virtuosa era l'affermazione di principio secondo cui le contrapposte contestazioni delle rispettive ammissioni non possono che ritenersi sullo stesso piano, senza privilegio per nessuna di esse, a prescindere dal mezzo con cui vengono introdotte. E ciò in ossequio, tra l'altro, alla concreta applicazione del principio di parità delle parti, che altrimenti rischiava di risultare clamorosamente svuotato.

Del resto, sul punto, è sufficiente la seguente considerazione. In ipotesi in cui il sistema processuale optasse per l'impugnazione immediata tra concorrenti anche dei rispettivi atti di ammissione, sarebbe ben possibile che più concorrenti insieme attivino reciprocamente tale mezzo. Ebbene in tal caso come si potrebbe mai affermare la pregiudizialità di uno sull'altro? E' evidente piuttosto che in tal caso sarebbe necessario l'esame di entrambe le contestazioni proprio in quanto poste sullo stesso piano. Valutazione che non può cambiare solo perché il sistema predilige una postergazione all'esito della procedura anche delle contestazioni sulla fase di ammissione.

Sicché a ben vedere, ciò che poteva non convincere della Plenaria del 2008, non era mai l'affermazione di principio che le due reciproche contestazioni sulla fase di ammissione dovessero essere considerate sullo stesso piano (con le conseguenze su

cui più avanti torneremo). Piuttosto a poter suscitare eventuali perplessità era la conclusione cui giungeva quella decisione nel senso che, ove entrambi fondati, i due mezzi dovessero essere entrambi **accolti** a tutela del ritenuto interesse strumentale all'esito deserto della gara.

Si poteva infatti, e si può, argomentare che, fermo il principio della equiordinazione dei mezzi in quanto operanti sullo stesso piano, la loro reciproca fondatezza fosse idonea non già ad assistere un (discutibile) interesse comune all'esito deserto della procedura, bensì a dare luogo ad una **speculare preclusione processuale** a contestare l'uno l'ammissione dell'altro. Soluzione processuale questa del tutto coerente con regole processuali tipiche di un processo di parti. Due imprese che **fondatamente** si contestino le rispettive ammissioni, si rivelano in realtà entrambe prive delle condizioni processuali per poterlo fare.

Da qui la possibile critica da muoversi, in punta di regole processuali, alle (sole) conclusioni attinte dalla Plenaria del 2008, che invece aveva ritenuto di poter simultaneamente accogliere le due reciproche contestazioni.

Peraltro in tutti i casi in cui le reciproche contestazioni si esauriscano sulla **sola** fase di ammissione (e in via **meramente** derivata sull'aggiudicazione), può, anche per **economia processuale**, assegnarsi **pregiudizialità** al ricorso incidentale, atteso che il suo accoglimento è già idoneo a condurre ad una pronuncia di inammissibilità sul ricorso principale con conservazione degli atti. Esito quest'ultimo (inammissibilità del principale limitato alla contestazione dell'ammissione dell'aggiudicatario e solo in via derivata dell'aggiudicazione), che non verrebbe modificato nemmeno dall'accertamento di fondatezza della speculare doglianza che il ricorrente principale muove all'ammissione del ricorrente incidentale, atteso che ciò avrebbe solo l'effetto di condurre ad una pronuncia in rito anche sull'incidentale, ferma restando la speculare (e decisiva per gli esiti del giudizio) inammissibilità del ricorso principale.

Sicché in tali casi, e cioè quando (è bene ripetere) la controversia ha ad oggetto soltanto le reciproche ammissioni (e in via meramente derivata l'aggiudicazione), può essere corretto affermare la priorità di esame del ricorso incidentale.

Come ovviamente l'esame dell'incidentale escludente è prioritario quando il ricorrente principale propone censure esclusivamente relative alla formazione della graduatoria. Ed infatti se l'incidentale è fondato, il ricorrente principale deve essere

escluso è non ha titolo (né interesse, né legittimazione) a contestare la formazione della graduatoria.

*

Da quanto precede deriva che non vi è contraddizione nella nuova decisione dell'Adunanza Plenaria là dove da un lato ribadisce il principio di parità delle parti dall'altro, in una vicenda in cui prende in esame contrapposte contestazioni relative soltanto alla fase di ammissione, attribuisce decisività alla fondatezza dei ricorsi incidentali.

Possiamo dire in altri termini che l'una e l'altra sentenza restano compatibili quanto alla decisiva affermazione del principio di parità delle parti, che viene rispettato sia se si concluda per l'accoglimento contestuale dei due mezzi contrapposti (sentenza del 2008), sia se si concluda per la loro idoneità a paralizzarsi vicendevolmente e quindi, per economia processuale, si anteponga l'esame dell'incidentale che, ove fondato, rende già di per sé inammissibile il ricorso principale. Di talchè anche l'eventuale fondatezza di questo avrebbe solo l'esito (ininfluente) di rendere inammissibile *anche* l'incidentale ferma restando l'analoga conclusione a carico del principale.

Ma ciò, è bene ripetere, esclusivamente là dove anche il ricorso principale contenga censure direttamente relative soltanto alla fase di ammissione, atteso che, come espressamente rilevato dalla stessa sentenza qui in commento, **i contenuti del ricorso principale possono ben introdurre deroghe al preliminare esame dell'incidentale.**

Ed è tale profilo quello che merita particolare attenzione, come passiamo ad illustrare.

4.1. La tendenziale (ma non assoluta) priorità dell'incidentale. Le eccezioni (evidenziate dalla stessa nuova Plenaria) connesse al contenuto del ricorso principale.

Assumendo prime conclusioni il ricorso incidentale risulta senz'altro pregiudiziale quando il ricorso principale si riferisce soltanto alla formazione della graduatoria; ma anche (in questo potendosi convenire sulla rivisitazione della sentenza del 2008)

quando il ricorso principale riesce a contestare soltanto l'ammissione dell'aggiudicatario.

In tutti tali casi, infatti, il ricorso incidentale, se fondato, è idoneo a paralizzare **integralmente** il ricorso principale. Ed infatti nel primo caso il ricorrente principale viene a perdere la necessaria legittimazione a censurare le successive fasi di gara; nell'altro (reciproche contestazioni della sola ammissione) la eventuale fondatezza del principale sortirebbe il solo effetto di rendere *anche* l'incidentale inammissibile. E' quindi in tutti tali casi ben si attaglia il principio di diritto affermato dalla Plenaria in termini di pregiudizialità del ricorso incidentale escludente.

Ma abbiamo visto come sia la stessa Plenaria a dare atto che vi sono ipotesi in cui è il **contenuto del ricorso principale** ad escludere che il ricorso incidentale possa avere priorità di esame.

Sul punto la sentenza in commento richiama il caso in cui il ricorso principale contesta in radice il bando, ad esempio per sussistenza di una precedente gara ancora non chiusa cui il ricorrente stava partecipando. Fattispecie questa nella quale la Plenaria, nella sua lunga disamina sui presupposti processuali, riconosce la legittimazione anche al non partecipante alla gara.

Ed ancora può aggiungersi il caso in cui il ricorso principale censuri proprio la clausola della *lex specialis* la cui violazione è allegata dall'incidentale per chiedere l'accertamento dell'illegittima ammissione del ricorrente principale.

Va da sé che, come rileva la Plenaria, in ipotesi come queste è il ricorso principale ad assumere priorità, per ragioni che è persino inutile illustrare.

4.2.1. (segue) In particolare quando il ricorso principale contiene più impugnazioni e più censure di portata diversa.

E' proprio il corretto approccio innanzi illustrato, a consentire di completare la ricostruzione che la Plenaria ha un po' lasciato a metà strada, forse perché non rilevante nel caso deciso o forse sempre a causa delle ingannevoli luci abbaglianti del ricorso incidentale, che storicamente si è formato quando i ricorsi avevano ad oggetto l'impugnazione di un unico atto.

Ed infatti il completamento che è mancato nella decisione in commento, è proprio quello relativo all'ipotesi, pur assai frequente, in cui il ricorso principale sia articolato in censure e impugnazioni, caratterizzate da distinta portata e distinto oggetto.

Si pensi ad esempio al caso in cui il ricorso principale abbia sia contenuti (impugnazione radicale del bando) cui la stessa Plenaria riconnette una necessaria priorità rispetto all'incidentale sia, e ancor prima, censure che afferiscono alla svolgimento della gara e alla formazione della graduatoria, rispetto alle quali invece l'incidentale è pacificamente pregiudiziale.

Ebbene in tali casi, in necessaria applicazione dei principi affermati dalla stessa Plenaria, l'incidentale, anche se fondato e accolto, paralizza il ricorso principale **solo nella parte** relativa alle censure sulla formazione della graduatoria, **ma non anche** nella parte in cui censura in radice il bando di gara. Sicchè per tale parte dovrà comunque essere esaminato, anche in caso di accoglimento dell'incidentale.

Ancor più nel dettaglio si pensi al caso in cui il ricorrente principale formuli sia censure sulla graduatoria, sia censure rivolte proprio avverso quella regola di gara che l'incidentale allega come violata per chiedere l'accertamento dell'illegittima ammissione del medesimo ricorrente principale.

Ebbene è evidente che in tal caso, sempre in applicazione del principio affermato dalla Plenaria, la parte del ricorso principale rivolta avverso quella clausola andrà esaminata prima del ricorso incidentale atteso che se accolta priverà il primo di ogni possibile fondatezza. Se invece verrà respinta dovrà comunque passarsi all'esame dell'incidentale, idoneo a paralizzare la restante parte del ricorso principale, al cui esame potrebbe e dovrebbe passarsi (solo) in caso di rigetto dell'incidentale.

La necessità di escludere comunque un effetto paralizzante in toto del ricorso incidentale non verrebbe meno ove si principiassero l'esame dall'incidentale atteso che se ritenuto fondato, verrebbe allora ad assumere rilievo la censura contenuta nel ricorso principale avverso la clausola del bando su cui l'incidentale si fonda, e pertanto per tale parte il ricorso principale andrebbe comunque esaminato.

4.2.2. (segue) E quando è contestata anche in via diretta l'attribuzione dei punteggi e pertanto la qualificazione del contro interessato come aggiudicatario e quindi ricorrente incidentale.

Vi è poi un altro rilevante corollario al principio secondo cui sono i contenuti del ricorso principale a poter dare ingresso all'eccezione, rispetto alla regola del prioritario esame dell'incidentale escludente.

Ci riferiamo al caso (non raro) in cui il ricorso principale lamenti sia illegittimità nella formazione della graduatoria, sia, rimontando nel procedimento, l'illegittima ammissione dell'aggiudicatario.

Si tratta quindi di ipotesi differente rispetto a quella in cui i due contrapposti concorrenti censurino reciprocamente **soltanto** le rispettive ammissioni (e in via meramente derivata l'aggiudicazione).

In tale ultimo caso (censure limitate alle ammissioni), abbiamo detto che, pur agendo le reciproche contestazioni sullo stesso piano e quindi in linea di principio non potendo affermarsi la priorità dell'una sull'altra, può comunque ritenersi la pregiudizialità di esame dell'incidentale atteso che la sua fondatezza, non di meno che la fondatezza di entrambi i mezzi, farebbe comunque concludere per l'inammissibilità del ricorso principale e quindi comunque per il mantenimento degli atti impugnati. (E ciò una volta che si è superata l'ipotesi di un simultaneo comune accoglimento volto a fare andare deserta la gara).

E però, in applicazione del principio affermato anche dalla Plenaria in esame, secondo cui sono i contenuti del ricorso principale a poter condurre alla deroga rispetto al prioritario esame dell'incidentale, gli elementi processuali e sostanziali **cambiano** allorchè il ricorrente principale contesti in via immediata e diretta anche la formazione della graduatoria e le attribuzione dei punteggi che lo hanno privato del ruolo di aggiudicatario; ed in aggiunta a questo, rimontando nel procedimento, contesta **anche** l'illegittima ammissione del comunque illegittimo aggiudicatario.

Ebbene in tali casi, ritenere che il ricorso incidentale sia idoneo **sempre e comunque** a paralizzare **per intero** il ricorso principale, recherebbe non solo una clamorosa ingiustizia ed una evidente violazione del principio di parità delle parti, ma a ben vedere tradirebbe in un colpo solo tutti i fondamentali principi che la Plenaria ha posto a base della sua decisione.

Ed infatti siccome l'ordine di esame deriva dalle conseguenze che si riconnettono alla eventuale fondatezza di ciascun mezzo, è evidente che sarebbe del tutto inaccettabile sia sul piano processuale che su quello sostanziale, affermare che l'aggiudicatario, contestando l'ammissione del ricorrente principale eviti insieme

l'esame della contrapposta censura sulla sua ammissione nonché l'esame della censura sulla formazione della graduatoria e quindi esattamente su quella determinazione che gli ha permesso di assumere il ruolo di ricorrente incidentale. E ciò persino ove fossero fondate sia la contestazione della sua ammissione sia la contestazione diretta dell'attribuzione dei punteggi, di talchè era il ricorrente principale a dover essere primo graduato e quindi ricorrente incidentale.

Sicchè in tali ipotesi, sono proprio le regole di un processo di parti ad escludere che l'aggiudicatario e l'amministrazione possano godere di una inammissibile iperprotezione a danno del ricorrente principale. Raggiungeremmo infatti l'**assurdo** se affermassimo che una pubblica amministrazione che abbia ammesso illegittimamente **tutti** i concorrenti, possa poi all'interno della gara operare qualsivoglia **arbitrio** in favore di uno e in danno degli altri, senza che nessuno di questi abbia titolo a chiedere al giudice amministrativo di correggere quanto meno le illegittimità interne alla gara.

In altri termini così come in un **processo di parti** la nuova Plenaria esclude che due fondate contestazioni sulle rispettive ammissioni possano portare al simultaneo accoglimento che ristabilisce la legittimità ma non reca vantaggi giuridicamente apprezzabili a nessuna delle parti, allo stesso modo nel caso vi siano oltre tali reciproche fondate contestazioni delle ammissioni, anche contestazioni relative ad illegittimità perpetrate nella fase di gara a danno di una parte e in favore dell'altra, su queste il giudice deve pronunciarsi, così effettivamente assolvendo alla funzione di un processo di parti.

Altrimenti si ha la sgradevole sensazione che la natura soggettiva della giurisdizione venga invocata solo per **negare** (correttamente) un determinato tipo di tutela (l'annullamento di tutte le ammissioni senza alcun vantaggio diretto per nessuna delle parti), ma non anche per riconoscere quella tipica di un processo di parti come è la tutela richiesta con riferimento alla svolgimento interno della gara (attribuzione dei punteggi) ancorchè la controversia sia tra soggetti che sarebbero dovuti essere esclusi e reciprocamente anche tale profilo si sono fondatamente contestato.

Pertanto in tali non rare ipotesi, la regola processuale non può che essere nel senso di garantire un esame delle censure direttamente rivolte alla individuazione dell'aggiudicatario (formazione della graduatoria), **almeno tutte le volte in cui** anche la censura del ricorso principale rivolta avverso l'ammissione del ricorrente incidentale risulti fondata al pari di quella speculare contenuta nell'incidentale.

In altri termini se pure entrambi i concorrenti siano stati illegittimamente ammessi e reciprocamente se lo contestino con i mezzi processuali rispettivamente attribuiti dall'ordinamento, ciò, in un processo di parti uguali, non può giammai servire a negare anche la risposta di giustizia in ordine all'eventuale ingiusto privilegio che una delle parti in danno dell'altra abbia poi ricevuto in fase di gara.

Né con riguardo alle rispettive ammissioni può essere privilegiata una contestazione in luogo dell'altra, solo perchè formulata con il mezzo del ricorso incidentale, atteso che in tali casi è proprio l'atto che ha attribuito anche i ruoli processuali (la formazione della graduatoria) ad essere investito di tempestiva e specifica contestazione.

E' quindi evidente che anche in tali ipotesi, in ragione dello specifico articolato contenuto del ricorso principale (e quindi ancora una volta in applicazione del principio affermato dalla Plenaria), non possa in alcun modo affermarsi la pregiudizialità e l'assorbente del ricorso incidentale.

L'ordine di esame dovrà invece essere:

- o di un contestuale esame delle due contrapposte impugnazioni sulle ammissioni le quali ove entrambe fondate andranno entrambe dichiarate inammissibili perché reciprocamente paralizzanti, dandosi quindi ordinario ingresso alla censura sulla formazione della graduatoria contenuta nel ricorso principale;
- ovvero si potrà esaminare prima tale censura, all'esito della quale risulterà la corretta attribuzione dei ruoli di primo e secondo classificato, potendosi poi applicare i principi innanzi illustrati in presenza di due contrapposte contestazioni relative solo alle ammissioni, dove però dovrà considerarsi "effettivo incidentale" il mezzo proposto dalla parte che avrà prevalso all'esito dell'esame della censura relativa alla formazione della graduatoria.

Trattasi di soluzioni del tutto in linea con le regole affermate dalla Plenaria in commento con specifico riferimento sia al principio che la priorità dell'incidentale conosce deroghe, in base al contenuto del ricorso principale; sia al principio secondo cui il concorrente che vede fondatamente contestata la sua ammissione non può ottenere una pronuncia del giudice, ovviamente nemmeno di accertamento, sull'ammissione della controparte. Principio quest'ultimo che sin troppo ovviamente deve applicarsi a tutte le parti del processo.

Pertanto l'indicata soluzione è sostanzialmente necessitata sulla base degli stessi principi che la Plenaria non ha potuto non affermare. Inoltre sul versante della giustizia sostanziale di un processo di parti, garantisce che dinanzi a reciproche fondate contestazioni non abbia maggiore protezione chi ha beneficiato non solo dell'illegittima ammissione ma anche dell'illegittima aggiudicazione rispetto a chi ha beneficiato anche lui della prima, ma ha poi ingiustamente subito la seconda.

Del resto, se nel caso in cui le reciproche contestazioni sono relative alle sole rispettive ammissioni, lasciare l'aggiudicazione al primo classificato può ritenersi conforme al principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Trattasi infatti di principio invocabile quando le due parti si contestino soltanto le reciproche ammissioni, ma nell'esempio in parola la turpitudine non è affatto speculare posto che al netto dell'identico vantaggio avuto da entrambe le parti in sede di ammissione, poi in sede di gara vi è una parte che è stato ingiustamente danneggiata e l'altra che è stata ingiustamente favorita. Sicchè quand'anche dovesse appurarsi che dovevano essere entrambi esclusi, il giudice amministrativo che tale simultanea esclusione non può disporre in un processo di parti di tipo soggettivo e non obiettivo (come ricorda la Plenaria), non può per converso nemmeno sottrarsi dall'erogare la tutela richiesta sulla fase di gara, pena una inammissibile iperprotezione dell'aggiudicatario e dell'amministrazione resistente che quell'aggiudicatario ha favorito in danno del ricorrente e però sfuggirebbe al controllo di legittimità della sua determinazione che rimarrebbe intoccabile solo grazie al fatto che la stessa PA ha..... illegittimamente ammesso entrambi i contendenti.

In tal caso, come già rilevato, dovremmo paradossalmente concludere che se la PA ammette tutti illegittimamente, poi all'interno della gara potrà compiere qualsivoglia arbitrio in favore di uno di essi e in danno degli altri senza che nessuno di questi possa lamentarsene e ottenere la relativa tutela dal giudice!!!!

Si tratterebbe a ben vedere della radicale **sottrazione** dalla sfera della **tutela** di un intero ambito di **concorrenza**; tale è infatti una gara tra soggetti ancorchè tutti illegittimamente ammessi; sicchè ove su tale versante siano tutti sullo stesso piano anche in ambito processuale, non si riesce a vedere come possa negarsi tutela tra di loro quanto alla successiva fase di gara, senza violare frontalmente regole costituzionali e insuperabili **principi comunitari**.

E quindi evidente il carattere necessitato delle regole processuali innanzi illustrate e che a ben vedere derivano dagli stessi principi che la Plenaria ha riconosciuto come irrinunciabili.

5. La condivisibile distinzione tra legittimazione e interesse.

Risulta evidente che la necessità di non tradire il principio di parità delle parti prescinde dalla peraltro condivisibile analisi che la Plenaria opera degli istituti processuali della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere. E ciò soprattutto una volta che si concorda comunque sul fatto che non possa procedersi al simultaneo accoglimento dei mezzi contrapposti per tutelare un preteso interesse all'esito deserto della procedura. Del resto a tale conclusione può giungersi anche semplicemente osservando, che tale ipotesi non è a ben vedere riconducibile ad un tutelabile interesse strumentale.

Ed infatti, mentre questo sussiste tutte le volte in cui l'accoglimento di censure, relative per esempio ai criteri di qualificazione inseriti nel bando, lascia monca la sequenza procedimentale così onerando la PA ad una sua nuova finalizzazione in senso conforme alla decisione giurisdizionale; per converso l'ipotizzato annullamento limitato alle ammissioni di tutti i concorrenti in gara, consegna un esito deserto della procedura di per sé autoesecutivo e già conforme alla decisione giurisdizionale. E la PA non ha alcun tipo di obbligo né di onere a rinnovare una gara che è andata deserta. Può farlo; ma può anche non farlo. In tal senso è richiamabile il rilievo di incoercibilità in sede di ottemperanza operato nell'ordinanza di rimessione della VI sezione, sia pur erroneamente declinato con riguardo all'intera categoria dell'interesse strumentale.

In effetti può affermarsi che una sentenza che annulli l'ammissione di tutti i concorrenti in gara non possa essere portata in ottemperanza pretendendosi una rinnovazione della gara, che verrebbe ad esulare dalla portata anche conformativa del dictum. Ed infatti una gara con esito deserto è pur sempre una gara legittimamente conclusa.

A ciò aggiungendosi che proprio nella contrattualistica pubblica all'esito deserto della gara, può conseguire la determinazione della stazione appaltante di seguire sistemi di affidamento diversi e meno concorrenziali; anche per tale profilo

confermandosi come non possa ricondursi all'interesse strumentale diretto e attuale, la prospettiva su cui la Plenaria del 2008 fondava la propria decisione.

Quanto precede avrebbe, a ben vedere, consentito alla nuova Plenaria di rivedere le conclusioni attinte dal proprio precedente sulla scorta di argomenti idonei a conciliare al rigore giuridico, profili anche di giustizia sostanziale e senza necessità di mettere in gioco categorie più generali con il rischio, come abbiamo visto di aprire nuove e persino più rilevanti questioni.

Ad ogni modo appaiono convincenti, anche su un piano più generale, le conclusioni operate dalla Plenaria sul versante della ribadita distinzione tra legittimazione ad agire e interesse a ricorrere, applicata alle controversie in tema di pubbliche gare.

Per quanto qui rileva, e ferma tale distinzione, sussistevano due opzioni. Si poteva, secondo una prima impostazione, ritenere che, la legittimazione (quale posizione differenziata), si acquista già con la tempestiva domanda di partecipazione alla gara, con la conseguenza che la successiva eventuale esclusione disposta dalla PA o dal giudice, rilevi esclusivamente in punto di interesse. Ed è a questa ipotesi che, sia pur implicitamente, risultò aderire la precedente Plenaria del 2008. Ma può anche affermarsi, come ora afferma la Plenaria, che invece sia solo la **definitiva ammissione** ad intestare una posizione legittimante differenziata. Sicchè la stessa viene meno sia in caso di inoppugnato o non annullato provvedimento di esclusione, sia nel caso, necessariamente analogo, in cui l'ammissione si accertata e dichiarata illegittima dal giudice. Su tale ultimo punto la nuova Plenaria afferma a chiare lettere l'assoluta equipollenza dell'esclusione originaria con l'esclusione per pronuncia giurisdizionale, che invece era stata sorprendentemente messa in discussione da un pur minoritario indirizzo.

Ma resta esplicitamente fermo che se è parte processuale un concorrente che è stato ammesso alla gara, solo il provvedimento del giudice che accolga la contestazione avversaria su quella ammissione, può privarlo della legittimazione a contestare tra l'altro l'altrui ammissione. E, specularmente, la stessa contestazione rivolta avverso l'ammissione del ricorrente, può essere mossa solo da chi a sua volta non subisca contrapposta pronuncia del giudice in ordine al proprio provvedimento di ammissione.

Da qui deriva che anche la qualificazione della legittimazione cui aderisce la nuova Plenaria nulla sposta alla pari ordinazione delle due contrapposte contestazioni con

cui le imprese contestino l'una l'ammissione dell'altra (con le diversificate conseguenze che abbiamo innanzi illustrato).

L'unico effetto (pure rilevante) sortito dalla qualificazione della legittimazione cui aderisce la nuova Plenaria, è quello di corroborare anche per tale via la conclusione che le due contrapposte impugnazioni relative alla (sola) fase di ammissione non possano essere **simultaneamente accolte**, in disparte restando che sul versante dei principi dovrebbero risultare entrambe (e non solo il ricorso principale) inammissibili. Conclusione quest'ultima che evidenzia la necessaria equirodinazione delle due contrapposte contestazioni relative alle rispettive ammissioni che, come abbiamo visto, assume decisivo rilievo nel diverso caso in cui il ricorso principale abbia anche contenuti e portata ulteriori rispetto alla mera contestazione dell'ammissione del ricorrente incidentale. E ciò anche a prescindere dalla qualificazione che voglia attribuirsi al ricorso incidentale, che è l'ultimo profilo che per completezza passiamo ad esaminare

6. La sostanziale irrilevanza, ai nostri fini, della qualificazione del ricorso incidentale, peraltro risolta dal codice.

Affermato il principio che l'impresa che doveva essere esclusa non può utilmente contestare l'ammissione di altro concorrente, lo stesso deve essere applicato a tutte le parti del processo e certamente non solo al ricorrente principale.

Sicchè quale che sia il mezzo di introduzione delle reciproche contestazioni rivolte avverso le rispettive ammissioni, le stesse potranno essere utilmente esperite e cioè potranno portare ad un positivo apprezzamento da parte del giudice, solo in assenza della richiamata preclusione; e ciò in termini di ovvia ed assoluta reciproca parità.

Pertanto nemmeno metterebbe conto di qualificare la natura del ricorso incidentale. Ed infatti le conclusioni non cambierebbero nemmeno se lo qualificassimo come eccezione ovviamente di tipo **riconvenzionale** (posto che sicuramente amplia il *thema decidendum*). Ed invero, come è sin troppo noto, l'eccezione riconvenzionale si differenzia dalla domanda riconvenzionale solo in quanto quest'ultima è volta anche ad ottenere una pronuncia additiva del giudice, mentre la prima soltanto a paralizzare la domanda principale. Fermo restando che nell'uno e nell'altro caso l'oggetto del mezzo è una pretesa interna al rapporto che, sin troppo ovviamente bisogna aver titolo a brandeggiare e quindi a chiederne al giudice l'accertamento, per poi ottativamente avere una pronuncia additiva (domanda riconvenzionale)

ovvero la declaratoria della paralisi della domanda avversaria (eccezione riconvenzionale).

Peraltro la questione della qualificazione dell'incidentale dovrebbe ritenersi risolta dal nuovo codice del processo amministrativo che ha chiarito che l'incidentale altro non è che uno strumento per introdurre una **domanda** (art. 42 cpa). Anche di ciò la sentenza in commento dà atto, anche se poi declina tale definizione ottativamente come possibile *eccezione riconvenzionale, domanda di annullamento o domanda di accertamento pregiudiziale*.

Tra tali configurazioni dell'incidentale ritenute ancora possibili dalla Plenaria pur a fronte di una norma che testualmente lo qualifica solo come strumento per introdurre domande, la sentenza ritenere che nel caso dell'incidentale escludente, il mezzo si atteggierebbe quale **domanda** volta ad una pronuncia di **accertamento** dell'illegittima ammissione del ricorrente principale, conseguentemente idonea a privarlo di legittimazione a ricorrere contro l'ammissione dell'aggiudicatario.

In realtà, siffatto ricorso incidentale dovrebbe più correttamente ritenersi portatore di una **domanda di annullamento** che ove accolta, rimuovendo ex tunc l'atto di ammissione, degrada il ricorrente principale ad un quisque de populo estraneo alla procedura. Osserviamo infatti che postulare una ricostruzione dell'incidentale in termini di domanda di accertamento o di eccezione riconvenzionale, imporrebbe, per declinare la conseguente carenza di legittimazione, di fare accesso alla categoria della **disapplicazione** dell'atto amministrativo puntuale, nel senso appunto che il ricorrente principale dovrebbe essere considerato come non ammesso, in evidente disapplicazione del provvedimento di ammissione.

Si accedrebbe quindi ad una categoria (disapplicazione del provvedimento puntuale) che è pacificamente negata in tema di tutela di interessi.

Inoltre si incorrerebbe in una ulteriore **specifica violazione del nuovo codice** che, in applicazione di generali principi, e con la sola esclusione della cd. azione risarcitoria autonoma, vieta espressamente al g.a. di emettere pronunce di accertamento sulla legittimità di provvedimenti amministrativi non impugnati (cpa, art. 34, co. 2 secondo periodo).

Del resto non si vede perché analoga domanda di accertamento non dovrebbe essere allora consentita anche al concorrente escluso che non abbia impugnato l'atto di esclusione e che ciò nonostante insorga contro l'esito della gara, cercando

di recuperare legittimazione, a mezzo della domanda di accertamento del carattere illegittimo della sua pur inoppugnata esclusione. In ciò peraltro rafforzato dalla circostanza che il Cpa a seguito degli interventi del Governo sul testo predisposto dal Consiglio di Stato, non prevede più un termine di proposizione della domanda di accertamento.

Per tali ragioni sembra indubbiamente doversi preferire la configurazione dell'incidentale escludente come portatore di una domanda di **annullamento** dell'atto di ammissione del ricorrente principale, il cui accoglimento con la rimozione ex tunc di tale atto, consente **anche** di far valere la carenza di legittimazione dell'attore all'impugnazione principale. Tipica è del resto in procedura civile (tra tante Cass. Sez. III n. 9044/10) la circostanza che uno stesso profilo venga addotto a sostegno sia di una domanda riconvenzionale (nel nostro caso volta all'annullamento dell'ammissione del ricorrente principale), sia di una eccezione (nel nostro caso inammissibilità del ricorso principale per avvenuta perdita della legittimazione).

Ad ogni modo, sia se qualificiamo l'incidentale come domanda di annullamento sia se lo qualificiamo come domanda di accertamento, è evidente che anche il ricorrente incidentale deve avere **legittimazione** ad accedere a tale domanda. Sicchè ove sia fondata anche la contrapposta contestazione della sua ammissione, è evidente che anche il ricorrente incidentale risulta carente della legittimazione ad introdurre la contestazione dell'altrui ammissione. E quindi anche il ricorrente incidentale resta privato della possibilità di ottenere una pronuncia del giudice che, accogliendo tale domanda annulli l'avverso provvedimento di ammissione (o ne accerti l'illegittimità) e conseguentemente gli consenta di far valere la derivante carenza di legittimazione.

Né, con un tautologico cortocircuito può ritenersi che tale legittimazione comunque spetterebbe all'incidentale **per il fatto** di essere aggiudicatario e quindi destinatario del ricorso principale. Ed infatti è proprio la corretta distinzione tra legittimazione ed interesse esaustivamente trattata dalla Plenaria, ad escludere tale semplicistica soluzione. Ed invero come esplicitamente chiarito dall'art. 42 del codice, la notifica del ricorso principale all'aggiudicatario è idoneo a far sorgere e rendere attuale in capo a questo l'interesse alla contestazione dell'ammissione del ricorrente principale e quindi giammai ad operare sull'ambito distinto e presupposto della legittimazione che risponde invece per tutte le parti processuali e quindi anche per il

ricorrente incidentale, ai criteri generali che la stessa Adunanza Plenaria ha insistentemente individuato. Sicchè non può che valere anche per il ricorrente incidentale la conclusione che può senz'altro contestare gli atti della procedura (tra cui l'ammissione del ricorrente principale), a meno che però non sia fondatamente contestata e censurata dal giudice la sua stessa partecipazione alla gara. Sicchè in tali casi le due contrapposte contestazioni, se entrambe fondate, non possono che avere analogo esito in rito. Di talchè il giudice, dove ciò assume rilievo, quando vi sono anche contestazioni ulteriori, non potrà privare dell'ammissione e quindi della legittimazione nessuna delle due parti, in quanto compulsato da soggetti che stante la reciprocità dei mezzi, non possono ottenere sul punto utile accoglimento delle rispettive contestazioni (una volta che si è condivisibilmente superata l'ipotesi dell'esito consistente nella simultanea comune esclusione per mano del giudice). Pertanto in tali casi il giudice non può che consentire l'ingresso alle eventuali contestazioni ulteriori, relative ad esempio all'attribuzione dei punteggi, **erogando il dovuto servizio giustizia in un processo di parti.**

Ancora una volta quindi dobbiamo concludere (anche in ulteriore approfondimento delle nostre stesse precedenti riflessioni sul tema) che è proprio in applicazione di salde regole processuali in tema di legittimazione ed interesse e di ovvia parità delle parti (e sulla base delle stesse categorie generali richiamate dalla decisione in commento), che il ricorso incidentale escludente è soggetto ad un tendenziale esame prioritario e (se fondato) assorbente, tranne le **necessarie eccezioni** connesse direttamente ai contenuti del ricorso principale e che potranno essere:

- in tutto o in parte pregiudiziali alla censura posta con l'incidentale (si pensi se è contestata la clausola escludente su cui lo stesso si fonda);

- ovvero articolati **anche** con riguardo **diretto** alla individuazione del soggetto aggiudicatario (attribuzione punteggi), così da rendere rilevante la reciproca equipollenza delle rispettive contestazioni sulla fase di ammissione e dare luogo alle necessarie conseguenze processuali illustrate analiticamente sub. 4.2.2, e ora ribadite.

7. Conclusioni. La necessità di una lettura “costituzionalmente orientata” della nuova Plenaria.

E' possibile che la Plenaria avesse in qualche modo in animo di affermare una sorta di pregiudizialità assoluta del ricorso incidentale, sempre e comunque, come un po' traspare dall'avara sintesi del principio di diritto.

Ma, come abbiamo visto, la stessa Plenaria nella lunga motivazione non ha potuto negare che gli specifici contenuti del ricorso principale possono dare ingresso a conclusione di volta in volta diversa.

E' questa è la finestra dalla quale, come abbiamo cercato di evidenziare, è possibile mettere al riparo i principi di un giusto processo tra parti equiordinate del tutto compatibili ovviamente con salde regole processuali in tema di legittimazione ad agire e di interesse al ricorso.

In realtà, tra la Plenaria del 2008 e la Plenaria del 2011 la differenza sostanziale, vista con gli occhiali della buona volontà costituzionalmente orientata, è nella sola conclusione da fornire alla ipotesi delle contrapposte impugnazioni formulate **soltanto** sulle ammissioni e da **tutti** i concorrenti in gara.

Questione importante, ovviamente, ma rispetto alla quale sia le conclusioni del 2008 (accoglimento contestuale) sia le conclusioni del 2011 (necessaria pronuncia in rito sul ricorso principale che al più dovrebbe riguardare anche l'incidentale senza pertanto incidere sull'esito del contenzioso), **risultano entrambe coerenti con il principio di parità delle parti.**

E però a patto che rimangono ben salde anche tutte le eccezioni al principio tendenziale, nelle quali, come abbiamo cercato di illustrare, sono i contenuti del ricorso principale ad escludere in determinate fattispecie che l'incidentale possa avere valenza pregiudiziale e del tutto paralizzante; e ciò se al principio di parità vuol darsi minima ma necessaria attuazione.

Si tratta a ben vedere di fare ricorso ad una lettura della nuova sentenza della Plenaria, che sia "costituzionalmente e comunitariamente orientata", attraverso la valorizzazione anche dei diffusi e apprezzabili obiter, che ne accompagnano gli accenni meritevolmente sistematici, ma, anche per questo, fatalmente incompleti.