

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, X Sezione, 4 luglio 2013 (in causa C-100/12) – ROSAS *Presidente* – SVABY *Relatore* – Fastweb spa – Telecom Italia – Azienda Sanitaria Locale di Alessandria

**Giustizia amministrativa – ricorso principale e incidentale – Censure reciprocamente escludenti in materia di appalti pubblici – necessità che il giudice si pronunzi sul ricorso principale e su quello incidentale (Dir. 89/665/CEE modif. da Dir. 2007/66CE del Parlamento europeo e del Consiglio)**

*L'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che vanno esaminati sia il ricorso principale che quello incidentale contenenti censure reciprocamente escludenti in un medesimo procedimento per l'affidamento di appalto pubblico di servizio basate sulla non conformità delle offerte alle specifiche tecniche indicate nel piano dei fabbisogni, non potendo dichiararsi inammissibile il ricorso principale a seguito dell'esame preliminare del ricorso incidentale, dal momento che ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta migliore. (1).*

**(1) La legittimazione a ricorrere e l'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti nelle controversie sugli appalti pubblici sono individuati negli interessi protetti dalle norme.**

SOMMARIO: 1. La decisione della Corte di Giustizia e gli interessi pubblici rilevanti. – 2. La legittimazione a ricorrere va conformata ai principi

sostanziali comunitari. – 3. L'essenziale rispetto della parità delle parti nel giusto processo amministrativo. – 4. L'esame delle questioni secondo i parametri degli interessi e delle fasi nel procedimento ad evidenza pubblica. – 5. Censure reciprocamente escludenti nello stesso segmento procedimentale e gare con più concorrenti.

1. *La decisione della Corte di Giustizia e gli interessi pubblici rilevanti.*

La sentenza della Corte di Giustizia non ha alcun bisogno di dilungarsi per affermare il principio<sup>1</sup> che le imprese concorrenti ad uno stesso appalto sono in una posizione di parità e possono far valere le medesime ragioni volte ad escludere l'aggiudicatario e quest'ultimo ad escludere il ricorrente ed il giudice deve esaminare tutte le censure. Il procedimento amministrativo di gara deve osservare i principi comunitari di parità di trattamento, di non discriminazione, di libera concorrenza, di proporzionalità, di trasparenza per assicurare la *par condicio* e, in sede di tutela giurisdizionale, questo rapporto non può essere alterato favorendo un concorrente a danno di un altro e, in specie, l'aggiudicatario rispetto agli altri concorrenti, dovendo garantirsi una tutela giurisdizionale effettiva in linea con i detti principi.

La Corte di Giustizia ha ben richiamato le ragioni, di stampo processuale, alla base della sentenza dell'A.P. 7.4.2011 n. 4<sup>2</sup>: “la

---

<sup>1</sup> A. CACCIARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale: una questione davvero risolta dalla Corte di Giustizia?* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) 2013, ritiene che la sentenza sia “scarsamente motivata”, soprattutto con riferimento a “un problema ampiamente dibattuto quale la distinzione tra interesse legittimo e di mero fatto” (2); P. QUINTO, *La Corte di giustizia anticipa l'Adunanza Plenaria* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) afferma, invece, che la sentenza della Corte di Giustizia “si caratterizza per la snellezza della motivazione e per la incisività del principio di diritto” (pag. 5).

<sup>2</sup> In *Dir. Proc. Amm.* 2011, 1035 e ss., con note di: A. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo* (1063-1118); A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale* (1119-1150); F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale* (1151-1173); M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale escludente e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell'Adunanza Plenaria)* (1174-1182) e R. VILLATA, *Annotando gli annotatori* (1183-1192) il quale, considerando gli argomenti essenziali degli

legittimazione a ricorrere contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico spetta soltanto al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura di aggiudicazione”, per cui “l’accertamento dell’illegittimità dell’ammissione del ricorrente principale alla procedura avrebbe una portata retroattiva e l’esclusione definitiva di quest’ultimo dalla suddetta procedura comporterebbe che esso si trovi in una situazione che non gli permette di contestare l’esito della procedura stessa” (par. 15 motiv.). La Corte rileva, altresì, che, per il Consiglio di Stato, l’interesse pratico alla rinnovazione della procedura di aggiudicazione non attribuisce al ricorrente “una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso” (par. 16 motiv.), perché tale interesse non distingue il ricorrente da quello di qualsiasi altro operatore economico.

La Corte di Giustizia si discosta nettamente<sup>3</sup> dalla posizione espressa dall’A.P. del Consiglio di Stato n. 4 del 2011 e si allinea a quella espressa dall’A.P. n. 11 del 2008<sup>4</sup>.

---

Autori che hanno criticato la sentenza dell’Adunanza Plenaria, conclude che “la sentenza n. 4/2011 resiste vittoriosamente alle critiche che le sono state rivolte” (1192).

Apparentemente adesiva alla tesi dell’A.P. n. 4/2011, ma con rilevanti spunti critici la nota di F. G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale* in *Corr. Giur.* 2012, 113 e ss.. cfr. C. LAMBERTI, *L’adunanza Plenaria “boccia” l’interesse strumentale* in *Urb. e App.* 2011, 674.

<sup>3</sup> S. TOSCHEI, *Una scelta in linea con le proposizioni sviluppate dopo il varo della seconda direttiva ricorsi* in *Guida al Diritto* 2013, 91 rileva che le “affermazioni della Corte di Giustizia non lasciano spazio a dubbi in merito alla decisa bocciatura della lettura che la Plenaria nel 2011 aveva proposto con riferimento alla valorizzazione della posizione giudiziale dell’aggiudicatario rispetto a richieste di verifica della legittimità della sua presenza in gara, anche al fine della coltivazione di aspirazioni strumentali alla riedizione della selezione” (97) e constata la vulnerabilità da parte di una Corte esterna al nostro Paese dell’interpretazione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, “provocandosi... una storica ‘breccia’ nella funzione nomofilattica della Plenaria” (97).

<sup>4</sup> In *Dir. Proc. Amm.* 2009, 146 e ss. con note di A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d’appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*(151-200) e di G. TROPEA, *La plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince* (200-225). Critico nei confronti dell’A.P. n. 11/2008, con argomenti di spessore e molto interessanti; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 285 e ss.; C. CACCIAVILLANI, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale* in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese* a cura di E. Follieri e L. Iannotta Napoli 2010, 315 e ss.. Assertore, invece, della soluzione data dall’A.P. n. 11 del 2008: G. Pellegrino, *ricorso incidentale e parità delle parti. La Plenaria dopo la svolta della V e della VI* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). ID., *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, ivi, ID., *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*, ivi. Cfr. pure SIGISMONDI, *Sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel giudizio amministrativo* in *Foro Ital.* 2009, III, 1 e

La questione sottoposta alla Corte di Giustizia dall'ordinanza del TAR Piemonte<sup>5</sup> si può così sintetizzare: due sole imprese concorrono per l'appalto di un servizio e presentano offerte difformi dalle specifiche tecniche poste a base di gara dalla amministrazione appaltante.

L'amministrazione aggiudica l'appalto all'impresa A e la concorrente B impugna gli esiti della gara, deducendo, fra l'altro, l'inammissibilità dell'offerta di A per violazione delle specifiche tecniche richieste dal bando; l'impresa A propone ricorso incidentale, rilevando che l'offerta B dovesse essere dichiarata inammissibile per difformità dalle specifiche tecniche richieste dalle regole di gara.

La posizione delle imprese nel procedimento amministrativo è la stessa: tutte e due hanno presentato offerte inammissibili, con la conseguenza che dovevano essere escluse dalla gara, potendo, quindi, aspirare alla ripetizione (eventuale) dalla gara.

L'applicazione del principio stabilito dall'A.P. del Consiglio di Stato n. 4/11 assegna in giudizio la "preferenza" alla impresa aggiudicataria perché dispone il necessario prioritario esame del ricorso incidentale che (se fondato) non consente di prendere in considerazione il ricorso principale dell'impresa classificatasi seconda, pur fondato sulle stesse ragioni.

Come si giustifica questa diversa posizione dei concorrenti nel processo, rispetto a quella che hanno nel procedimento? In quest'ultimo,

---

TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale in Urb. e App.* 2009, 41; P. QUINTO, *La Corte di giustizia anticipa l'Adunanza Plenaria, op. cit.*, rileva che la sentenza della Corte Europea riporta "alla memoria alcuni postulati di diritto che si possono leggere in un'altra decisione dell'A.P. precedente alla n. 4, e cioè la n. 11 del 2008" (pag. 7), frutto del richiamo dell'art. 111, 2° co., Costituzione nonché dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

<sup>5</sup> TAR Piemonte, Sez. II, ord. 9.2.2012 n. 208 in *Urb. E App.* 2012, 437, con nota critica di M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale ed incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario* il quale richiama Cons. Stato, Sez. VI, 15.6.2011 n. 3655 che ha disatteso le questioni di compatibilità comunitaria sollevate in giudizio, escludendo la violazione dei principi di non discriminazione delle imprese per la paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto che lo legittimi ad essere parte nella gara (giusta presenza in un rapporto amministrativo) (446). Cfr. pure P. COSMA, *Sull'ordine di esame dei ricorsi invocate la Corte di Giustizia e una nuova Plenaria in Corr. Giur.* 2013, 835 e ss.

l'Amministrazione deve valutare l'ammissibilità delle offerte di tutte le imprese, senza distinzione e senza preclusioni, nel rispetto dei principi comunitari, trasfusi nel nostro ordinamento. Nel processo, invece, i rapporti tra le parti vengono a disequilibrarsi, ponendo in una posizione di supremazia e di vantaggio l'aggiudicatario.

Nel procedimento amministrativo valgono i principi di parità tra i contendenti, trasparenza, libertà di concorrenza, mentre nel processo prevale la scelta dell'amministrazione, con alterazione del rapporto tra i concorrenti, mantenendo in una posizione privilegiata l'aggiudicatario che può far valere profili di inammissibilità o esclusione del ricorrente, pur se l'offerta dell'impresa che ha vinto presenta gli stessi vizi.

Il *favor* verso il controinteressato, vincitore dell'appalto, viene collegato allo scopo di consentire che l'appalto possa avere esecuzione, senza procedere ad un'altra gara, con allungamento dei tempi.

Ma nei contratti pubblici di cui si discute la considerazione prioritaria dell'interesse dell'aggiudicatario non è prevista tra quelli posti dalla normativa comunitaria che il nostro ordinamento ha indicato nell'art. 2 D. L.vo 12.4.2006 n. 163 e che impone il rispetto dei "principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità".

Si tratta di interessi che si appuntano in capo alle imprese ed alla loro libertà di iniziativa economica e che sono considerati pubblici alla pari di quelli – egemoni prima che il mercato si aprisse alle regole stabilite dall'ordinamento comunitario – patrimoniali della pubblica amministrazione (migliore qualità al minor prezzo)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Sul punto: cfr. E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture* in *Foro Amm.* TAR 2004, 2757 ss., part. 2761 e ID. *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20.3.2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, 2010, 1067 e ss. part. 1068 e ss..

Gli altri interessi pubblici, diversi da quelli dettati dal mercato e dalla concorrenza, sono volti a “garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza” (Art. 2, 1° comma, D. L.vo 12.4.2006 n. 163) e se lo scopo di eseguire l’appalto in tempi rapidi può soddisfare gli obiettivi di efficacia e tempestività e, forse, anche quello di economicità, certo non è in sintonia con la “correttezza”, per cui si darebbe corso ad un’aggiudicazione illegittima.

Quindi, gli interessi considerati dall’A.P. n. 4/2011 non sono quelli tutelati dalla normativa sul piano sostanziale<sup>7</sup>.

## *2. La legittimazione a ricorrere va confermata ai principi sostanziali comunitari.*

L’A.P. n. 4/2011 giustifica la soluzione raggiunta con un raffinato discorso processuale<sup>8</sup> che distingue, correttamente, interesse a ricorrere e legittimazione<sup>9</sup>, e ritiene privo di tale secondo requisito il ricorrente qualora il controinteressato contesti fondatamente con ricorso incidentale la sua partecipazione alla gara, per cui l’impresa ricorrente è come ogni altra impresa che non abbia presentato l’offerta ed è priva di legittimazione a ricorrere, avendo un interesse di mero fatto, indifferenziato rispetto allo specifico procedimento di evidenza pubblica.

Ma, evidentemente, le questioni processuali non possono avere il sopravvento e mortificare i principi stabiliti, in via sostanziale, dalla

---

<sup>7</sup> Cfr. F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, op. cit., 1167.

<sup>8</sup> Riconducibile alle posizioni espresse in dottrina da R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, op. cit., 285 e ss.; G. TROPEA, *La plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, op. cit., e C. CACCIAVILLANI, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, op. cit., 315 e ss.

<sup>9</sup> E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell’azione* in *Giustizia amministrativa* a cura di F. G. SCOCA, V ed. Torino 2013, 283 e ss..

normativa comunitaria: le regole processuali devono rappresentare uno strumento per rendere effettivi i principi fissati in via sostanziale, ma non possono lederli e renderli inattuabili.

E qui la legittimazione a ricorrere, secondo una ricostruzione non peregrina e, comunque, sostenuta con dovizia di argomenti, riguarda non solo il ricorrente ma, nel momento in cui viene contestata l'ammissione alla gara del controinteressato, anche quest'ultimo che si pone in posizione simmetrica rispetto al ricorrente<sup>10</sup> in reciproca pregiudizialità<sup>11</sup>.

Non intendo ripercorrere le ragioni a favore dell'una o dell'altra interpretazione nella complessa rete dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale<sup>12</sup> e tra rito e merito, ma evidenziare la diatriba tra le soluzioni che ha interessato non soltanto la dottrina, ma anche la giurisprudenza, tanto che ormai si distinguono due "fazioni": i sostenitori della tesi escludente il ricorrente e quelli della tesi reciprocamente escludente.

Per la giurisprudenza amministrativa di primo grado, a parte il TAR Piemonte che ha rimesso la questione alla Corte Europea, il TAR Lazio<sup>13</sup> ha valutato sia il ricorso incidentale che quello principale, affermando la fondatezza di entrambi e, quindi, ha annullato gli atti di gara ed ha disposto di rinnovare la procedura ad evidenza pubblica. Il TAR Lombardia<sup>14</sup> ha esaminato la prima censura del ricorso principale il cui accoglimento

---

<sup>10</sup> Cfr. A. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, *op. cit.*, 1101; F. FOLLIERI, *op. cit.*, 1161, F. G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, *op. cit.*, 114 e soprattutto, ID. *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?* In *questa Rivista* 2012, 2161 e ss., part. 2164.

<sup>11</sup> F. FOLLIERI, *op. cit.*, 1162.

<sup>12</sup> Cfr. G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo* Napoli 2007, opera che costituisce un punto di riferimento sull'argomento e le interessanti puntualizzazioni di A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo* in *Dir. proc. amm.* 2009, 581 e ss. nonché C. GUACCI, *Profili problematici delle impugnazioni incidentali* in *Dir. e Proc. amm.* 2013, 565 e ss. nel numero speciale dedicato ad Ignazio Maria Marino.

<sup>13</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 10.1.2012 n. 197 in *Foro Amm. TAR* 2011, osservatorio, fasc. 12.

<sup>14</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 23.2.2012 n. 595 citata da R. VILLATA, *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo* in *Dir. proc. amm.* 2012, 368.

potrebbe travolgere l'intera procedura, compresa la fase di presentazione delle offerte, neutralizzando così anche il ricorso incidentale. Il TAR Puglia<sup>15</sup> ha sottolineato che il ricorrente che sollevi l'inammissibilità della offerta dell'aggiudicatario produce anch'essa "effetti sulla sussistenza di una condizione dell'azione demolitoria incidentale, cioè su questione parimenti di rito". Il TAR Sicilia<sup>16</sup> ha accolto il ricorso principale e incidentale ed ha escluso entrambi i concorrenti.

Ma le perplessità non sono mancate nemmeno nelle Sezioni del Consiglio di Stato che, in base al terzo comma dell'art. 99 c.p.a.<sup>17</sup>, non condividendo il principio espresso dall'A.P. n. 4/11, hanno rimesso a quest'ultima la questione con ordinanze motivate della V<sup>18</sup> e della VI Sezione<sup>19</sup>.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pur evidenziando che, trattandosi di un errore di diritto, non poteva formare oggetto di sindacato in sede di ricorso ex art. 111 Cost. (motivi attinenti alla giurisdizione), hanno esternato perplessità proprio sulla sentenza dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 4/2011, oggetto di impugnativa, aggiungendo che "l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento"<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> TAR Puglia, Bari, Sez. I, 14.6.2012 n. 1192, richiamata da F. G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, op. cit. 2162.

<sup>16</sup> TAR Sicilia, Palermo, 14.2.2013 n. 351 in *Foro Amm.* – TAR 2013 Osservatorio, LXXXVI.

<sup>17</sup> E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 1237 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'adunanza plenaria* in *Dir. e Proc. Amm.*, 2012, 1143; S. OGGIANU, *Profili della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato nel nuovo codice del processo amministrativo* (art. 99, co. 3) e nella più recente giurisprudenza amministrativa (ad. Plen. 25.2.2011, nn. 912-917), ivi 2011, 1043; ID., *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* Padova 2011; G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli 2012.

<sup>18</sup> Cons. Stato, Sez. V, 15.4.2013 n. 2059.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 17.5.2013 n. 2681.

<sup>20</sup> Cass., SS.UU., 21.6.2012 n. 10294 in *questa Rivista* 2012, 2161, con nota di F. G. SCOCA, *Censure penalizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, op. cit.. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è commentata, ponendola a confronto con l'A.P.



In questo quadro giurisprudenziale e dottrinario così diviso, va seguita l'interpretazione che rispetti i principi di diritto sostanziale e mantenga, anche nel processo, la *par condicio* tra i concorrenti, e non quella che alteri il rapporto a tutto vantaggio dell'aggiudicatario e, quindi, della scelta dell'amministrazione, come stabilito dalla Corte di Giustizia che non affronta la questione processuale ma, a chiare lettere, afferma il rispetto dell'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE e, quindi, la necessità di esaminare sia il ricorso incidentale che quello principale relativi all'ammissione di entrambe le parti.

### *3. L'essenziale rispetto della parità delle parti nel giusto processo amministrativo.*

La parità delle parti nel processo e la terzietà del giudice che, in quanto tale, interpreta ed applica le norme processuali in modo che sia assicurato un contraddittorio ad armi pari è uno dei fondamentali del giusto processo, anche amministrativo, dettato dall'art. 111 della Costituzione e, a livello internazionale dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo<sup>21</sup>.

---

del Consiglio di Stato n. 4/11, anche da S. D'Ancona, *Il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea: note a margine delle pronunce della Cass. SS.UU. 21.6.2012 e del C. di St., Sez. III, 30.8.2012 n. 4656* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) il quale sottolinea che "rimane... non evocato il tema principale: il diritto al ricorso dei singoli partecipanti alla gara ed il confronto con il diritto dell'Unione" (par. 6). M. TRIMARCHI, *Scontro SS.UU. CdS sull'ordine d'esame tra ricorso incidentale e principale* in *Osservatorio Luiss-guida al diritto*, tiene ad evidenziare che la perplessità manifestata dalla Corte di Cassazione circa l'orientamento dell'A.P. n. 4/11 può "essere considerato tutt'al più come un autorevole monito rivolto all'Adunanza Plenaria", ma non discende alcun obbligo per i giudici amministrativi. Cfr., altresì, C. VARRONE, *L'oggetto del processo amministrativo e suoi riflessi sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: i motivi del contrasto tra le SS.UU. della Corte di Cassazione e l'A.P. del Consiglio di Stato* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) che richiama il fine ultimo della giustizia amministrativa che è "l'accertamento dell'esistenza del potere di provvedere dell'amministrazione e il suo corretto dispiegarsi" (par. III), e, nel contempo, è una giurisdizione non di diritto oggettivo, "ma sollecitata su iniziativa della parte che dimostri la sua legittimazione *ad causam*" (par. IV), per cui se con il ricorso principale si lamenta che la gara sia stata assegnata ad un concorrente che non aveva titolo "permane la lesione della *chance* fatta valere dal ricorrente principale, in quanto la tutela della concorrenza presuppone la ripetizione della gara". Cfr. pure R. DE NICTOLIS, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in Urb. e App.* 2012, 1017.

<sup>21</sup> Cfr. F. G. COCA, *I principi del giusto processo* in *Giustizia amministrativa a cura di F. G. COCA*, Torino 2013, V ed., 157 e ss..

È stato osservato che anche la giurisdizione deve avere una sua legittimazione democratica, alla pari della legislazione e dell'amministrazione, e dovrebbe prevedersi il reclutamento del giudice attraverso le elezioni perché risponda ai cittadini elettori, ma, in Italia, un tale sistema comporterebbe più rischi che risultati, per cui la legittimazione dei giudici “inizia decisamente dal rispetto del giusto processo che garantisce ad un tempo indipendenza nel giudice e presupposti di giustizia per le parti”<sup>22</sup>.

Le parti “sono e debbono sentirsi parimenti ordinate”<sup>23</sup> e “non può esservi alcuna esigenza che giustifichi la scomparsa di un effettivo contraddittorio e la mancanza di adeguata considerazione degli interessi di una delle parti”<sup>24</sup>.

E questo profilo si riflette sul giudice che non è terzo se considera una parte ed i suoi interessi in modo diverso, sia preferenziale che di sfavore.

Questi aspetti che attengono allo svolgimento della funzione del giudice devono essere tenuti presenti e, per così dire, “coltivati” soprattutto dal giudice amministrativo per recuperare, sul piano oggettivo e dell'attività giurisdizionale, la carenza di terzietà che presenta sul piano soggettivo ed istituzionale<sup>25</sup>.

Ho già avuto modo, in più scritti, di evidenziare il difetto di un contraddittorio pieno e in condizioni di uguaglianza che, a seconda dei

---

<sup>22</sup> I. M. MARINO, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione Europea dopo il trattato di Lisbona* in *Dir. e Proc. Am.* 2012, 25.

<sup>23</sup> I. M. MARINO, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto fra pubblico e privato* in *La Scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*. Atti del convegno, Venezia, 11.12.1999, Padova 2011, 172.

<sup>24</sup> I. M. MARINO, *Sulla funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato in il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale a cura di S. Cassese*, Milano 1997, 84.

<sup>25</sup> Si rinvia a E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione* in *Dir. e proc. amm.* 2013, part. 522 e ss. nel fascicolo speciale dedicato ad Ignazio Maria Marino.

profili, riguarda tutte le parti del processo amministrativo<sup>26</sup> e che non è stato superato dal codice del processo amministrativo<sup>27</sup>.

La parte più svantaggiata del processo è il ricorrente perché, in sintesi, il giudizio amministrativo è nella sua stessa struttura sperequato se si considera che: il ricorrente è contrastato dialetticamente da due parti, il resistente e il controinteressato (quando c'è, ovviamente), o i controinteressati, che mirano al medesimo risultato a cui si contrappone il ricorrente con i poteri di una sola parte; nella discussione, il ricorrente espone per primo le sue tesi che possono essere contestate dal resistente e dal o dai controinteressati; il ricorrente deve dimostrare l'illegittimità dell'azione amministrativa per ottenere un risultato favorevole, mentre le altre parti, oltre a contrastare le tesi di merito, possono muoversi anche su un altro campo, quello delle eccezioni in rito ed il loro interesse è soddisfatto se viene adottata una sentenza di rigetto per una qualunque ragione, anche in rito<sup>28</sup>; è un giudizio, nella sostanza, ancora oggi sugli atti della parte resistente che li forma e li detiene e di alcuni di essi il ricorrente, nonostante l'accesso, può non avere conoscenza.

Il codice del processo amministrativo non ha inciso su alcune regole processuali che avrebbero potuto rendere più equilibrato il processo. Infatti, non è prevista alcuna preclusione per l'amministrazione ed il controinteressato se non si costituiscono nel termine di sessanta giorni fissato dall'art. 46 c.p.a.; non è stata usata formula per la costituzione del resistente e del controinteressato del tipo "entro e non oltre", tanto che il termine è qualificato ordinatorio, con possibilità di costituirsi formalmente

---

<sup>26</sup> E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.* 2006, 499 e ss.; ID., *Le ragioni del controinteressato nel processo cautelare* in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese* a cura di E. FOLLIERI e L. IANNOTTA, Napoli 2010, 349 e ss..

<sup>27</sup> E. FOLLIERI, *Le parti ed i loro difensori nel codice del processo amministrativo* in *Dir. e proc. amm.* 2011, 1015 e ss.; ID., *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, *op. cit.*, 525 e ss..

<sup>28</sup> È infatti del tutto teorica la possibilità di ripetere la domanda, stante il breve termine di decadenza di sessanta giorni a tutela dell'interesse legittimo.

all'udienza di trattazione del ricorso e discutere la causa oralmente, sollevando anche profili in rito, come stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>29</sup>. Non è sanzionata la mancata produzione, da parte dell'amministrazione resistente, degli atti e documenti in base ai quali l'atto è stato emanato.

In un processo così sperequato è il giudice, terzo ed imparziale, che deve intervenire ad interpretare gli istituti processuali in modo da riequilibrare le posizioni delle parti per assicurare il contraddittorio in condizioni di parità e garantire così la democrazia<sup>30</sup>. In particolare, il giudice dovrebbe evitare di rendere ancora più sperequata la posizione processuale del ricorrente.

La soluzione data dall'Adunanza Plenaria n. 4/11 assegna al controinteressato una posizione di vantaggio ulteriore rispetto al ricorrente<sup>31</sup>, accettando una tesi discutibile e discussa<sup>32</sup> sulla necessità di richiedere e verificare la legittima partecipazione alla gara solo per il ricorrente e non anche per il controinteressato, ricorrente incidentale, quando la sua partecipazione sia stata pure contestata<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 25.2.2013 n. 5 in *Guida al Diritto* 2013, 46 e ss. con commento di A. TOMASSETTI.

<sup>30</sup> Per il modo con cui cercare di condurre il contraddittorio in condizioni di parità, sia consentito ancora un rinvio a E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, op. cit., 499 e ss. e soprattutto ID., *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisprudizione*, op. cit., 526 e ss..

<sup>31</sup> F.G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, op. cit., 2164, osserva che se il principio dà luogo “a disparità di trattamento delle parti significa che non è applicato in modo conseguente”.

<sup>32</sup> In proposito: F.G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, op. cit., 2164 evidenzia che “se il ricorso incidentale è, in primo luogo, un ricorso ossia un atto di esperimento di un'azione, devono sussistere anche per il ricorso incidentale e, se richiesto, devono essere accertati i presupposti e le condizioni dell'azione (e tra, i primi, la legittimazione ad agire)”; F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, op. cit., 1161 rileva che “dal punto di vista ‘funzionale’, necessario per la ricostruzione dell'ordine di esame delle questioni introdotte in giudizio, il ricorso principale, seppure proposto precedentemente, si atteggia allo stesso modo del ricorso incidentale: l'eventuale previo accoglimento dell'uno comporta il difetto di legittimazione alla proposizione dell'altro. Il ricorso principale, cioè, si atteggia, rispetto al ricorso incidentale, alla stessa maniera, in un'interpretazione funzionale dell'utilità ritraibile, all'interno del processo e nel campo sostanziale, dalla proposizione della domanda”.

<sup>33</sup> Le Sezioni Unite della Cassazione hanno rilevato che il principio affermato dall'A.P. n. 4/11 è squilibrato perché “al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di una aggiudicazione (in tesi) illegittima”, Cass. SS.UU. 21.5.2012 n. 10294, cit., par. 7. In dottrina A. SQUAZZONI, *Ancora*

La decisione della Corte di Giustizia che si annota è anche in linea con i principi del giusto processo e tiene in equilibrio i rapporti tra le imprese concorrenti anche nel processo.

#### *4. L'esame delle questioni secondo i parametri degli interessi e delle fasi nel procedimento ad evidenza pubblica.*

La pronunzia della Corte Europea è stata emessa si può dire alla vigilia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato cui la questione è stata rimessa con ordinanze della V e della VI Sezione<sup>34</sup> e il supremo consesso amministrativo dovrà certo rivedere le conclusioni cui è giunto con la sentenza n. 4 del 2011.

La Corte Europea ha affermato la necessità di un esame congiunto sia delle censure escludenti del ricorrente incidentale che di quelle del ricorrente principale che contestavano, entrambe, la difformità delle offerte rispetto alle specifiche tecniche, in una situazione nella quale “ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare”<sup>35</sup>.

Dalla decisione della Corte Europea emergono due importanti profili: i motivi addotti dalle parti e l'interesse legittimo tutelato.

Da questi punti occorre prendere le mosse per individuare una soluzione che, nel rispetto del principio, sostanziale e processuale, della parità dei concorrenti alla gara e degli interessi tutelati nella specifica materia degli appalti pubblici, possa inserirsi sistematicamente nel processo.

---

*sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo, op. cit., 1075, rileva che il magistrato si arroga “un eterodosso potere di graduazione degli interessi sostanziali”.*

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. V, 15.4.2013 n. 2059 e Sez. VI 17.5.2013 n. 2681.

<sup>35</sup> Par. 33.

La dottrina ha evidenziato che le cause di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica (e che possono trovare specificazione nei motivi del ricorso principale e di quello incidentale) sono numerose e “troppo diverse tra loro: alcune consistono in ‘errori’ meramente formali, altre nella mancanza di requisiti sostanziali, anche di fondamentale importanza: si pensi alla mancanza dei requisiti morali o tecnici”<sup>36</sup>.

Questa osservazione induce ad abbandonare la strada della soluzione generale valevole per “tutte le stagioni” e a condurre un’analisi normativa sulle diverse cause di esclusione, combinata con il tipo di procedimento che potrebbe essere a struttura monofasica o plurifasica dove la “stazione appaltante deve gradatamente pronunciarsi sull’ammissione dei concorrenti in più momenti distinti (es. in sede di prequalifica, poi in sede di verifica della regolarità formale dell’offerta, poi in sede di valutazione tecnica dell’offerta etc.)”<sup>37</sup> e, quindi, considerare gli interessi legittimi che trovano tutela e costituiscono la base della legittimazione al ricorso, riferita ad un bene della vita oggetto dell’attività svolta dall’amministrazione<sup>38</sup> secondo le norme sostanziali e processuali in materia.

Proverò ad indicare molto sommariamente un possibile percorso.

Il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture<sup>39</sup> individua i soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici, i requisiti di ordine generale che devono possedere e la cui mancanza non consente di partecipare alle gare e la capacità economica, finanziaria,

---

<sup>36</sup> F. G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, op. cit., 117.

<sup>37</sup> A. SQUAZZONI, *Ancora sull’asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, op. cit., 1068, nota 5; G. TROPEA, *La plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, op. cit., 211, rileva pure che questi procedimenti possano essere scomposti in fasi, ma è un percorso “infruttuoso ove le censure afferiscano allo stesso segmento procedimentale”.

<sup>38</sup> Cfr. l’esatto rilievo dell’A.P. n. 4/11 al paragrafo 34 della motivazione.

<sup>39</sup> D. L.vo 12.4.2006 n. 163 e ss. mm. ed ii..

tecnica e professionale, differenziando gli esecutori di lavori, i fornitori e i prestatori di servizi, in relazione alla specificità dell'appalto<sup>40</sup>.

Questi soggetti possono concorrere alle gare pubbliche e sono titolari dell'interesse legittimo a partecipare che consente loro di impugnare un affidamento diretto o senza gara ovvero una clausola del bando che non permetta la partecipazione per la previsione di illegittimi requisiti<sup>41</sup>.

Qui l'interesse legittimo è che ci sia una gara a cui si può partecipare ed è tutelato con l'annullamento e la dichiarazione di inefficacia del contratto, trattandosi di un caso di "gravi violazioni"<sup>42</sup> perché si attenta al mercato, alla libera concorrenza ed all'interesse riconosciuto a soggetti qualificati, in possesso dei requisiti richiesti dalle norme, a tutela del diritto di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost.<sup>43</sup>.

L'interesse tutelato è appagato dall'annullamento degli atti adottati dall'amministrazione e dalla dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto intervenuto.

Sono interessi che attengono agli operatori economici che rientrano nella cerchia dei soggetti appartenenti ad un determinato settore di mercato.

Vi sono, poi, una seconda tipologia di interessi legittimi che si collegano alle previsioni normative che stabiliscono le regole che deve seguire la stazione appaltante per il rispetto della libera concorrenza, della parità di trattamento, della non discriminazione, della trasparenza, della proporzionalità, della pubblicità nonché della *lex specialis* di gara e che

---

<sup>40</sup> Cfr. artt. 34-52 D. L.vo 12.4.2006 n. 163 e ss. mm. ed ii..

<sup>41</sup> È pacifico in giurisprudenza che in queste ipotesi vi sia legittimazione al ricorso: cfr. Ad. Plen. del Cons. di Stato n. 4/11 *cit.*, paragrafo 39.

<sup>42</sup> Art. 21 c.p.a. su cui E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.* 2010, 1067 e ss. part. 1094 e ss..

<sup>43</sup> Cfr. i pertinenti ed illuminanti rilievi di C. VARRONE "*Der Kampf ums Recht*": *breve chiosa sul c.d. interesse strumentale nelle procedure di evidenza pubblica* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) 2012, par. 1; l'A. efficacemente definisce come "barriera all'entrata" il possesso dei requisiti dei soggetti che li rende titolari dell'interesse legittimo per contestare la legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione adottati con riferimento alla singola procedura.

possono riguardare profili formali, specifiche tecniche, contenuto dell'offerta e così via. Questi interessi riguardano lo svolgimento della gara e la sua conclusione.

Tutti questi interessi sono tutelati e la loro lesione può essere fatta valere, alla pari dell'impugnativa di un affidamento diretto o di una clausola di bando escludente, soltanto dai soggetti qualificati del settore di mercato che abbiano partecipato alla specifica gara.

È opportuno precisare per la lesione degli interessi che non comportano con la sentenza di accoglimento l'aggiudicazione della gara al ricorrente, ma solo l'annullamento degli atti amministrativi, che possono pure essere definiti "strumentali", ma ne va chiarito il senso.

Se, con strumentale, si intende affermare che il massimo e finale interesse cui mira il ricorrente e che, per così dire, lo accompagna nel procedimento di evidenza pubblica e in ogni iniziativa processuale è quello di divenire aggiudicatario dello specifico appalto, attraverso (anche) la ripetizione della gara, questa strumentalità non ha rilievo giuridico nella qualificazione e nella titolarità dell'interesse legittimo, ma è solo un dato sociologico e di fatto. La strumentalità, cioè, non connota la titolarità dell'interesse legittimo e la legittimazione a ricorrere, ma soltanto la tensione verso il bene finale, apprezzabile sul piano sociologico.

Sotto questo profilo, sono strumentali tutti gli interessi che si appuntano in capo agli operatori economici del settore degli appalti pubblici, ma essi sono protetti e tutelati dalla norma in quanto tali e non perché possano consentire o diano probabilità di divenire aggiudicatari.

Gli interessi presi in considerazione dalle norme in via diretta e oggetto di tutela nello specifico settore sono interessi legittimi tutelati di per sé, a prescindere dalla loro strumentalità con l'interesse "principe" dei concorrenti alla gara che è quello di vincerla.



Il rilievo della strumentalità sposta l'attenzione su un elemento non considerato dalle norme e che non entra in ballo nella tutela degli interessi legittimi di cui si discute e che non può costituire un attributo per l'individuazione di una diversa categoria dell'interesse legittimo (interesse legittimo strumentale)<sup>44</sup>.

Può essere nozione utile per individuare il rapporto tra il sostrato sostanziale dell'interesse legittimo e il sostrato sostanziale di altro interesse legittimo, ma non entra nella qualificazione giuridica dell'interesse legittimo (né, per così dire, di partenza, né di arrivo – aggiudicazione -) e può solo indurre in errore negando la legittimazione al titolare dell'interesse perché è solo eventuale ed ipotetica la soddisfazione di altro interesse (rinnovazione della gara ed aggiudicazione dell'appalto) che rappresenta una utilità di fatto<sup>45</sup>.

Chiarito il senso in cui va intesa, in queste ipotesi, la strumentalità, vanno considerate le due (ampie) tipologie di interessi legittimi innanzi evidenziate. Orbene, nel caso di censure reciprocamente escludenti del ricorrente principale e del ricorrente incidentale, va data la preferenza ai motivi (del ricorso principale o di quello incidentale) che sono diretti a contestare che il concorrente abbia i requisiti generali per poter partecipare alla gara (la prima tipologia di interessi legittimi indicata innanzi) perché,

---

<sup>44</sup> *Contra* E. STICCHI DAMIANI, *I limiti della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo* in *dir. e Proc. amm.* 2013, 905 e ss. nel fascicolo dedicato a Ignazio Maria Marino.

<sup>45</sup> Sulla nozione di interesse strumentale alla rinnovazione della gara e sui conseguenti problemi: A. Giannelli, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, *op. cit.*, 1125 e ss.; G. TROPEA, *L'interesse strumentale al ricorso: una categoria al bivio?* in *Dir. Proc. Amm.* 2010, 664 e ss.

È appena il caso di rilevare che diverso è il riferimento alla strumentalità dell'interesse legittimo quando si vogliono chiarire i rapporti tra l'interesse sociologico o di base e l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi che, insieme, compongono la figura dell'interesse legittimo; a ciascuno di detti interessi viene riferita la strumentalità, a seconda delle posizioni dottrinali: interesse sociologico strumentale alla realizzazione dell'interesse alla legittimità degli atti amministrativi (studiosi che ritengono – meglio ritenevano – la giurisdizione amministrativa come oggettiva) o interesse alla legittimità degli atti amministrativi strumentale alla soddisfazione dell'interesse sociologico (dottrina che afferma la giurisdizione amministrativa come soggettiva, a tutela della situazione giuridica soggettiva); cfr. E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti 1984, 59 e ss..

se fondati, comportano che quel soggetto non poteva partecipare a quella gara per carenza di elementi essenziali, per cui non ha interesse giuridicamente tutelabile a chiedere l'annullamento degli atti di evidenza pubblica o a mantenere l'aggiudicazione.

Si tratta di riprendere il principio espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2010 che ha assegnato effetto paralizzante e priorità nell'esame del motivo che riguardi la carenza di un requisito generale di ammissione alle gare che cade nel momento procedimentale anteriore, a prescindere se sia stata proposta dal ricorrente principale o da quello incidentale, perché priva il concorrente di qualunque interesse a censurare i vizi relativi allo svolgimento successivo del procedimento<sup>46</sup> e che è forse più proprio dire che lo esclude dalla cerchia dei soggetti qualificati a partecipare alle gare di quel settore di mercato, per cui non è titolare degli interessi legittimi che riguardano lo svolgimento del procedimento selettivo di evidenza pubblica.

E, se si supera questa fase (che potrebbe coincidere con la prequalifica o qualifica), tutti gli altri vizi escludenti che attengono ai profili formali, alla presentazione dell'offerta, al suo contenuto, etc. riguardano il concreto svolgimento della gara ed i suoi esiti e i motivi reciprocamente escludenti vanno esaminati tutti, sia quelli del ricorrente principale che incidentale, e che appartengono alla seconda tipologia di interessi. La fondatezza della censura escludente del ricorrente incidentale non preclude l'esame del motivo, parimenti escludente, del ricorrente principale il quale ha interesse giuridicamente protetto alla "esclusione dell'offerta degli altri", come rilevato dalla Corte Europea, e che consiste nel "non vedere illegittimamente modificate a suo sfavore le condizioni di mercato nelle

---

<sup>46</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 15.4.2010 n. 1 che è più nota per il principio espresso sul termine per la proposizione dei motivi aggiunti nei processi ex art. 23 bis legge TAR: cfr. G. BACOSI, *Spunti di riflessione* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) pubblicata il 28.6.2010.

quali opera, mediante un provvedimento dell'amministrazione che attribuisce una posizione privilegiata ad un concorrente che non ne ha diritto"<sup>47</sup>. L'interesse del ricorrente principale è che la precedente situazione di mercato non venga modificata sulla base di un provvedimento *contra legem* e che, da un lato, rafforza nel mercato di riferimento un concorrente, e, dall'altro lato, contrae la propria presenza sul mercato<sup>48</sup>.

Le norme sulla libertà di iniziativa economica, sulla libera concorrenza, sulla parità di trattamento, sulla non discriminazione, sulla trasparenza, sulla proporzionalità, sulla pubblicità nonché la *lex specialis* di gara attribuiscono ai soggetti in possesso dei requisiti generali – che abbiano partecipato alla gara – la titolarità degli interessi legittimi a far valere il rispetto di tali regole e la legittimazione ad agire per evitare che altro concorrente acquisisca un'ingiustificata posizione privilegiata, alterando gli equilibri del mercato del settore di riferimento.

È fin troppo evidente che l'interesse c.d. strumentale alla rinnovazione ed all'aggiudicazione della gara sta sullo sfondo e non rileva giuridicamente poiché gli interessi legittimi protetti dalle norme e tutelati giudizialmente sono altri.

##### *5. Censure reciprocamente escludenti nello stesso segmento procedimentale e gare con più concorrenti.*

Le censure reciprocamente escludenti riguardanti la fase procedimentale successiva (quanto meno sul piano logico, anche se, nel concreto, non sempre sul piano strutturale) alla verifica dei requisiti soggettivi per la partecipazione alla gara vanno tutte esaminate perché la legittimazione si fonda per l'appartenenza a quel settore di mercato che attribuisce la

---

<sup>47</sup> C. VARRONE "Der Kampf ums Recht": breve chiosa sul c.d. interesse strumentale nelle procedure di evidenza pubblica, *op. cit.*, par. 3.

<sup>48</sup> C. VARRONE, *op. ult. loc. cit.*.

titolarità della situazione di interesse legittimo ai soggetti qualificati e che agiscono in giudizio per il rispetto delle regole del mercato, avendo partecipato alla gara, divenendo irrilevante, ai fini della legittimazione, che siano fondati i motivi di esclusione basati sulla violazione delle norme di gara.

In questi casi non può parlarsi di infruttuosità del percorso “ove le censure afferiscano allo stesso segmento procedimentale”<sup>49</sup> poiché comporta l’esame di tutte le censure, da qualunque parte provengano, e assicura la soddisfazione degli interessi legittimi tutelati dalla normativa di settore con l’annullamento degli atti di gara.

Se, per ipotesi, vi siano più di due concorrenti, l’accoglimento di reciproci motivi escludenti del ricorrente e dell’aggiudicatario, comporterà (qualora l’impresa classificatasi terza, quarta etc. non abbia preso parte al giudizio) che la stazione appaltante aggiudicherà l’appalto al soggetto che segue in graduatoria e avverso questo atto amministrativo potranno ricorrere anche i soggetti che hanno dato luogo al precedente giudizio, avendo pur sempre legittimazione a far valere il rispetto delle regole di gara, dal momento che la loro posizione si differenzia per essere titolari degli interessi legittimi quali soggetti qualificati nel settore di mercato riguardante lo specifico appalto.

Questa proliferazione di giudizi si potrebbe evitare, qualora il giudice disponesse la integrazione del contraddittorio nel primo giudizio nei confronti degli altri concorrenti contro i quali le parti potrebbero far valere, in via principale od incidentale, censure di esclusione.

---

<sup>49</sup> G. TROPEA, *La plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince, op. cit., 211* che si riferisce al pensiero di R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) il quale apre il suo articolo rilevando che nelle materie dei concorsi pubblici e degli appalti pubblici i relativi procedimenti possono scomporsi in fasi, sostanzialmente autonome.

Più attenzione, invece, merita l'ipotesi in cui, nel segmento procedimentale propedeutico alla valutazione delle offerte, si incrocino motivi volti a contestare nel ricorrente e nell'aggiudicatario la sussistenza dei requisiti generali che portino all'esclusione dei concorrenti perché non appartenenti ai soggetti che possono partecipare alla gara.

Qui, infatti, accertata la illegittima partecipazione dei due concorrenti per non essere soggetti qualificati alla partecipazione della gara, viene meno la titolarità dell'interesse legittimo ad evidenziare l'illegittimità delle regole seguite dalla stazione appaltante e, quindi, la legittimazione ad agire per contestare i risultati della selezione o per mantenere l'aggiudicazione. Il giudice, anche in questi casi, non potrà dare la precedenza ai motivi del ricorrente o a quelli incidentali del controinteressato, essendo entrambi non legittimati, ma prendere atto della situazione, lasciando alla stazione appaltante ogni successivo provvedimento che potrà consistere nell'eventuale aggiudicazione ad altro concorrente, se i partecipanti non erano solo i due soggetti non legittimati.

A differenza di quanto rilevato innanzi, i due concorrenti, parte nel giudizio, non potranno ricorrere contro l'aggiudicazione al terzo concorrente graduato, né per la violazione delle regole di gara poiché non possono essere titolari di interessi legittimi al rispetto delle norme sullo svolgimento del procedimento amministrativo di selezione, né per l'illegittima ammissione per carenza dei requisiti generali del concorrente classificatosi terzo, in quanto privi di legittimazione, per non essere titolari di interesse legittimo volto ad impedire il disequilibrio di un mercato di cui non fanno parte e non potendo neppure vantare l'interesse a vincere la gara.

Quando si incrociano censure escludenti sulla prima tipologia di interessi legittimi e risultano entrambe fondate, si smarrisce la "bussola" del processo soggettivo di parti, dal momento che la sentenza sembra volta

all'affermazione della violazione dei principi che regolano la materia degli appalti, non assegnando alcun risultato ai contendenti: non l'aggiudicazione della gara; non la partecipazione nel caso di ripetizione della gara, con la possibilità di divenire aggiudicatario; non la soddisfazione dell'interesse legittimo al rispetto delle regole per l'aggiudicazione di un appalto, siccome soggetti esterni a quel settore di mercato.

Si arriverebbe, dunque, ad un caso, di giurisdizione oggettiva?

L'ipotesi non deve preoccupare più di tanto perché, proprio nella materia degli appalti pubblici, per l'influenza dei principi comunitari che considerano un diverso modello processuale, quando si passa all'applicazione delle sanzioni alternative, si apre una fase del processo diversa in cui la giurisdizione, da soggettiva, diventa oggettiva, come ho evidenziato in altra occasione<sup>50</sup>.

- ENRICO FOLLIERI -

---

<sup>50</sup> E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici* in *Urb. e App.*2011, 1129 e ss..