

Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. “difensivo” o “escludente”

di Maria Lucia Civello, Maria Lucia Civello

Data di pubblicazione: 10-10-2019

Ricorso incidentale dell’aggiudicatario e rapporto con il ricorso principale – Ricevibilità del ricorso principale in caso di fondatezza del ricorso incidentale

La Corte di Giustizia dell’Unione europea è tornata a pronunciarsi sulla dibattuta questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. “difensivo” o “escludente”, vale a dire quello proposto dal controinteressato, aggiudicatario della procedura, volto a far valere una causa di esclusione nei confronti del ricorrente principale, al fine di “paralizzare” l’azione di quest’ultimo, destituendolo d’interesse.

Come noto, la questione è stata oggetto di un intenso dibattito tra l’Adunanza Plenaria (cfr. Ad. Plen. n.11 del 10 novembre 2008, n. 4 del 7 aprile 2011, n. 9 del 25 febbraio 2014) e la Corte di Giustizia europea, declinandosi così e affinandosi nel tempo regole interpretative invero di non univoca applicazione.

In particolare, il “dialogo” ha preso il via con un primo intervento della Corte europea, che in occasione della nota sentenza “Fastweb” (sentenza del 4 luglio 2013, C-100/12) ha avuto modo di affermare il principio in base al quale in caso di gara con due soli concorrenti è sempre necessario che vengano esaminati sia il ricorso principale che quello incidentale, alla luce dell’interesse strumentale di entrambi i ricorrenti alla riedizione della procedura, venendo così meno l’importanza della questione dell’ordine di esame.

La Corte è poi tornata sul tema con la altrettanto nota sentenza del 5 aprile 2016, (C-689/13, cd. sentenza Puligienica), affermando il principio secondo cui, indipendentemente dalla sorte riservata al ricorso incidentale, e indipendentemente dal numero dei partecipanti, il ricorso principale andrebbe sempre esaminato nel merito, posto che l’aggiudicatario, anche in ipotesi di accoglimento del ricorso incidentale, manterrebbe comunque intatto l’interesse mediato e strumentale alla riedizione della procedura, eventualmente anche attraverso il riesame, in autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento.

In tal modo, la Corte aveva inteso estendere il principio espresso dalla sentenza “Fastweb”, valorizzando l’interesse strumentale dell’operatore economico, in una prospettiva più generale di equità e di legittimità delle procedure di affidamento, attraverso la trasposizione del principio di par condicio sul piano processuale.

L’occasione di una ulteriore puntualizzazione dei predetti principi - che pongono il più ampio tema dell’incomunicabilità dell’ordinamento statale con quello europeo, sul piano dei presupposti processuali dell’azione - è stata ancora una volta fornita dall’Adunanza Plenaria

del Consiglio di Stato, che ordinanza n. 6 del 15 maggio 2018 ha rimesso ancora una volta alla Corte di Giustizia l'esigenza di un approfondimento dei principi espressi dalla sentenza Puligienica, in ragione dei forti dubbi emersi nella giurisprudenza interna in ordine alle conseguenze applicative nelle diverse fattispecie che si possono presentare.

In risposta ai dubbi sollevati dalla Plenaria, la Corte di Lussemburgo ha ribadito il principio secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di due ricorsi intesi entrambi alla reciproca esclusione sono da considerarsi, in linea di principio, equivalenti; tale equivalenza si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso principale, nonostante l'accoglimento dell'incidentale.

Tale principio, secondo la Corte, si applica anche qualora i concorrenti, nell'ambito della gara in contestazione, siano più di due e le offerte degli altri non siano giudizialmente contestate, posto che, anche in tal caso, non può escludersi che, anche se l'offerta del ricorrente principale fosse giudicata irregolare, la Stazione appaltante possa essere indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta e proceda di conseguenza all'indizione di una nuova procedura di gara, essendo sufficiente, ai fini dell'integrazione dell'interesse, anche la sola astratta possibilità che ciò avvenga.