

L'ordo decidendi: il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nella materia degli appalti pubblici, anche alla luce della recente giurisprudenza.

di Christian Corbi

Data di pubblicazione: 31-5-2024

Il presente contributo si prefigge lo scopo di fare il punto, anche alla luce della giurisprudenza successiva alla nota pronuncia della C.G.U.E. del 5.9.2019 (C-338/2018), in ordine alle questioni controverse in tema di ricorso incidentale escludente nella materia dei pubblici appalti e di rispondere alla seguenti due domande: il ricorso principale e il ricorso incidentale devono sempre e comunque essere esaminati congiuntamente, con divieto di assorbimento di uno di essi? In ogni caso, quale tra i due ricorsi deve essere esaminato prioritariamente?

1. La nozione di ricorso incidentale. - 2. L'ordine di esame dei due ricorsi. - 2.1. L'impostazione tracciata dal Consiglio di Stato, A.P., nn. 11/2008 e 1/2010. - 2.2. L'impostazione tracciata dal Consiglio di Stato, A.P., n. 4/2011. - 2.3. L'impostazione tracciata dal Consiglio di Stato, A.P., n. - 7/2014, all'indomani della Sentenza *Fastweb* della CGUE (C-100/12, del 4.7.2013). - 2.4. La rimessione alla CGUE sollecitata dal Consiglio di Stato, A.P., n. 6/2018. - 2.5. I principi di cui alla pronuncia della CGUE del 5.9.2019 (C-338/2018). - 3. La recente giurisprudenza. - 4. Considerazioni finali e critiche.

1. La nozione di ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale, disciplinato dall'**art. 42 c.p.a.**, è un rimedio di **carattere processuale**, esperibile nei soli giudizi a **carattere impugnatorio** a fronte della lesione di **interessi legittimi**, mediante il quale la parte **resistente** (P.A.[\[1\]](#)) o i **controinteressati**[\[2\]](#) impugnano, nell'ambito del **medesimo giudizio**, l'**atto amministrativo già censurato dal ricorrente principale**, ovvero **altro e diverso atto** a esso legato da un rapporto di **presupposizione** o di derivazione. L'interesse a impugnare del ricorrente incidentale nasce dalla circostanza che l'atto amministrativo illegittimo, ma a esso favorevole, abbia formato oggetto di impugnazione da parte del ricorrente principale.

Il ricorso incidentale si caratterizza per la **peculiarità dell'oggetto** e per il requisito della **c.d. accessorietà**.

Con riferimento al primo profilo (**oggetto**), il ricorso incidentale investe un provvedimento amministrativo illegittimo, ma favorevole al ricorrente. Inoltre, tramite il ricorso ex art. 42 c.p.a., si può stigmatizzare, oltre al provvedimento oggetto del giudizio principale, anche l'atto amministrativo presupposto o a esso sovraordinato.

Con riferimento al secondo aspetto (**accessorietà**), il ricorso incidentale mira a mantenere inalterato l'assetto di interessi realizzato dall'atto amministrativo impugnato, cosicché **l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso principale determina l'improcedibilità di quello incidentale** per carenza di interesse.

In ordine alla **natura giuridica** dell'istituto in esame, sono emerse tre tesi.

Secondo una **prima impostazione**, la *ratio* del rimedio consisterebbe nel paralizzare l'ammissibilità del ricorso principale, impendendone l'esame. In tal caso, esso sarebbe equiparabile a **un'eccezione processuale**^[3]. Tale tipo di ricorso incidentale è detto, in tal caso, di tipo **escludente**^[4].

Secondo **altra tesi**, il ricorso incidentale tenderebbe ad ampliare il *thema decidendum* e a introdurre nel processo amministrativo domande nuove, connesse, sotto il profilo della *causa petendi*, a quella del ricorso principale. In tale prospettiva, il ricorso incidentale sarebbe equiparabile alla **domanda riconvenzionale**.

Infine, vi è **un terzo orientamento**, ritenuto prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, che riconduce all'istituto *de quo* **entrambe le funzioni** e che quindi richiede, ai fini della sua qualificazione giuridica, un esame caso per caso avendo riguardo al **contenuto specifico del rimedio**.

2. L'ordine di esame dei due ricorsi.

La dottrina e la giurisprudenza si sono chieste se il giudice, nell'ambito di un giudizio in cui sia stato esperito il ricorso incidentale, debba sempre e comunque esaminare anche quello principale ovvero se, per il **principio della ragione più liquida**, sussista tra essi un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tale da consentire al giudice di assorbire uno di essi. Inoltre, ci si è altresì chiesti quale dei due ricorsi debba essere esaminato con priorità rispetto all'altro.

La questione ha formato oggetto di una complessa e articolata evoluzione giurisprudenziale.

2.1. L'impostazione tracciata dal Consiglio di Stato, A.P., nn. 11/2008 e 1/2010.

Il Consiglio di Stato, A.P., nn. 11/2008 e 1/2010, ha ritenuto che, in argomento, fosse necessario distinguere in ragione del numero dei partecipanti alla gara e, segnatamente, tra **gara a più di due concorrenti e gara a due ricorrenti**.

Nel primo caso (**più di due concorrenti**), l'accoglimento del ricorso incidentale escludente si sarebbe dovuto considerare necessariamente pregiudiziale rispetto a quello principale, cosicché il giudice non avrebbe dovuto procedere all'esame di quest'ultimo. Il difetto di legittimazione ad agire del ricorrente principale avrebbe, infatti, eliso anche l'ulteriore condizione dell'azione, l'**interesse ad agire**, poiché anche qualora il ricorrente principale avesse ottenuto l'accoglimento del proprio ricorso, e quindi conseguito la caducazione dell'aggiudicazione del resistente (a seguito di esclusione del resistente), la gara sarebbe stata vinta dal terzo partecipante e in ogni caso non sarebbe stata ripetuta.

Nel caso di una procedura a evidenza pubblica a cui partecipano **solo due concorrenti**, invece, l'esame del ricorso incidentale non avrebbe potuto precludere l'esame di quello principale, in quanto la fondatezza delle difese proposte da entrambe le parti del processo e il conseguente reciproco difetto di legittimazione a ricorrere avrebbero potuto indurre la P.A. ad annullare la gara e a indirla di nuovo. Cosicché il ricorrente principale sarebbe stato certamente titolare dell'interesse ad agire, non secondo l'accezione in senso stretto del termine (interesse funzionale al perseguimento immediato del bene della vita), ma in senso **strumentale**, ossia quale interesse finalizzato alla riedizione del potere della P.A. e quindi alla ripetizione della gara.

2.2. L'impostazione tracciata dal Consiglio di Stato, A.P., n. 4/2011.

Successivamente, il Consiglio di Stato, con A.P., n. 4/2011, ha osservato che il giudice è tenuto, in omaggio al principio di economia dei mezzi giuridici, dell'effettività del processo, della terzietà e imparzialità del giudice e della parità delle armi, a procedere alla trattazione delle questioni dedotte dalle parti, seguendo l'**ordine logico**. Esso dovrà quindi muovere da quelle processuali (presupposti processuali e condizioni dell'azione) per poi passare alla disamina di quelle inerenti al "merito" (motivi di ricorso tesi alla declaratoria di illegittimità del provvedimento amministrativo).

Orbene, è evidente che ove il giudice ravvisi il difetto di una delle descritte questioni pregiudiziali di rito, dovrà certamente emettere una decisione di carattere processuale che definisce il giudizio, non potendo quindi esaminare i motivi di ricorso adottati a sostegno della pretesa illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato.

La pronuncia in commento ha inoltre precisato che **è del tutto irrilevante lo strumento processuale con il quale siffatte questioni pregiudiziali vengano dedotte nel processo** (ricorso incidentale o principale), assumendo viceversa importanza la tipologia della questione fatta valere dalle parti. Ove essa consista in una questione pregiudiziale di rito e venga sollevata mediante il ricorso incidentale, dovrà essere cronologicamente esaminata in via pregiudiziale rispetto a tutte le altre questioni (anche se dedotte con ricorso principale). Ne deriva che l'accoglimento del ricorso incidentale contenente la questione di tal fatta determinerà l'effetto preclusivo della successiva trattazione processuale, indipendentemente dal numero dei partecipanti che concorrono alla gara.

2.3. L'impostazione tracciata dal Consiglio di Stato, A.P., n. 7/2014, all'indomani della Sentenza *Fastweb* della CGUE (C-100/12, del 4.7.2013).

Alla luce dei principi sanciti dalla C.G.U.E. con la sentenza *Fastweb* (C-100/12, del 4.7.2013)^[5], il Consiglio di Stato, A.P., n. 7 del 2014, ha posto in evidenza il carattere eccezionale del caso esaminato dal Giudice europeo, atteso che esso era relativo a una gara svoltasi tra due concorrenti che contestavano reciprocamente il difetto di legittimazione ad agire (ricorsi reciprocamente escludenti), dolendosi del medesimo vizio.

Sorta quindi l'esigenza di perimetrare il concetto di "*identico vizio*", la giurisprudenza ha chiarito che esso attiene all'**identità della "causa" e non all'identità dell' "effetto"** e, inoltre, che la nozione in parola non dovesse essere interpretata in senso stretto, quale coincidenza specifica della doglianza (es. entrambi i concorrenti si dolgono reciprocamente del difetto del requisito finanziario), ma in senso lato, riferendola alla **medesima categoria** elaborata dalla giurisprudenza relativamente all'*iter* cronologico tramite il quale si snoda la gara (subprocedimenti).

Al riguardo erano state enucleate tre distinte fasi.

La prima atteneva alla **tempestività della domanda di partecipazione alla gara e all'integrità del plico**; la seconda ai **requisiti soggettivi**, generali o specifici, richiesti dal codice dei contratti pubblici, ovvero dal bando per la partecipazione (es. assenza di precedenti penali); la terza alla **formulazione dell'offerta**.

Orbene, il vizio si considerava identico se entrambi i ricorrenti avessero lamentato reciprocamente l'omessa tempestività di proposizione della domanda di gara, ovvero il difetto di uno dei requisiti soggettivi (es. un concorrente deduce la carenza delle condizioni finanziarie richieste e l'altro la sussistenza di carichi penali), ovvero vizi che riguardano l'offerta.

In tali casi, la simmetria invalidante che si verificava tra le rispettive posizioni processuali induceva **il giudice, in omaggio al principio della parità delle armi, a dover esaminare sia il ricorso incidentale sia il ricorso principale**. E ciò in quanto se il vizio riguardava la medesima fase della gara, sia che la P.A., nell'esercizio della propria attività discrezionale decidesse di ripeterla integralmente sia che decidesse di ripetere una singola fase della stessa, sussisteva l'interesse ad agire del ricorrente principale (**strumentale**).

A conclusioni contrarie si doveva però addivenire qualora con il ricorso incidentale si fosse fatto valere un **vizio che inficiasse la fase anteriore a quella presa in considerazione dal ricorrente principale**. Ne conseguiva che l'accoglimento del ricorso incidentale avrebbe determinato l'esclusione del ricorrente principale. Quindi anche ove fosse stato accolto il ricorso principale di quest'ultimo, con il quale si contestavano vizi afferenti alla fase successiva a quella presa in esame dal ricorrente incidentale, e la P.A. si fosse determinata alla ripetizione della singola fase della gara, essa avrebbe dovuto prendere in considerazione quella cronologicamente successiva a quella censurata dal ricorrente incidentale. Da tal fase, il

ricorrente principale sarebbe però già stato escluso, cosicché l'accoglimento del ricorso incidentale, oltre a far venir meno la legittimazione ad agire del ricorrente principale, avrebbe minato anche l'interesse (ad agire), posto che l'eventuale accoglimento del ricorso presentato da quest'ultimo gli avrebbe precluso, in ogni caso, di prendere parte alla fase di gara, nuovamente indetta.

Né valga *a contrario* rilevare che, a fronte dell'esercizio del potere discrezionale della P.A. di annullare la gara e di indirne la ripetizione integrale, sussisterebbe l'interesse ad agire in capo al ricorrente principale. La nozione di interesse ad agire infatti certamente può assumere il carattere della strumentalità, ma non quello dell' "ipoteticità" ed "eventualità". Né, d'altra parte, l'esperimento di un ricorso può risolversi nell'interesse del privato ad accertare in via generica la legittimità dell'operato della P.A..[\[6\]](#)

2.4. La rimessione alla CGUE sollecitata dal Consiglio di Stato, A.P., n. 6/2018.

Le conclusioni della sentenza Fastweb avevano formato oggetto di due letture contrapposte.

Secondo una **prima impostazione (Cass. civ., SS.UU., n. 2242/15)**, la regola generale era quella per la quale il giudice fosse tenuto a valutare, in via prioritaria, il ricorso incidentale e, ove fondato, ad assorbire quello principale; con l'unica eccezione di cui alla sentenza Fastweb (asimmetria invalidante).

Secondo **altra tesi (sentenza Puligienica, CGUE 2016)**, la sentenza Fastweb avrebbe introdotto una regola generale per la quale l'esame del ricorso incidentale non avrebbe mai potuto essere paralizzante - e ciò in disparte il numero dei soggetti partecipanti alla gara (due o più), il tipo di vizi e la fase in cui essi vengono fatti valere - cosicché il ricorso principale avrebbe sempre dovuto essere esaminato, anche ove il primo fosse risultato fondato.

A fronte del **prospettato contrasto giurisprudenziale**, il **Consiglio di Stato, A.P., n. 6/2018**, ha rimesso la questione alla C.G.U.E., rilevando che *nulla quaestio* nelle ipotesi (di cui alla sentenza Fastweb) in cui fossero rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi avessero proposto ricorsi reciprocamente escludenti in relazione al medesimo vizio: in tal caso, infatti, si imponeva la disamina sia del ricorso principale sia di quello incidentale. Inoltre, alle medesime conclusioni si perveniva pure in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara, ove il ricorso principale avesse contenuto, però, motivi che, se accolti, avrebbero comportato il rinnovo della procedura (e quindi la sussistenza dell'interesse ad agire strumentale in capo al ricorrente principale): in tal caso, si trattava di censure relative alla regolarità della posizione non soltanto dell'aggiudicatario, ma di **tutti gli altri concorrenti** rimasti in gara, ovvero di censure avverso il **bando di gara** idonee, ove ritenute fondate, a invalidare l'intera selezione.

Di contro, sussisteva incertezza nell'evenienza in cui, rimasti in gara una **pluralità di contendenti**, il ricorrente principale **non aveva né contestato la regolarità della posizione degli altri concorrenti, nè eccetto vizi del bando**, ovvero sollevato **vizi che, ove accolti,**

avrebbero indotto la P.A., con certezza, a dar luogo alla ripetizione della gara.

Sotto tale aspetto, si erano confrontate **due impostazioni**.

Secondo **una prima** (Cons. Stato, 20 luglio 2017, n. 3593), la domanda di tutela poteva essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale e incidentale. Inoltre, la stazione appaltante avrebbe sempre potuto ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, il riesame, in **autotutela**, degli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato fosse loro comune.

Secondo **un altro approccio ermeneutico** (Consiglio di Stato, 26 agosto 2016, n. 3708), non avrebbe invece dovuto essere esaminato il ricorso principale in caso di più di due imprese partecipanti alla gara e in difetto della deduzione di vizi tali da invalidare la gara e favorirne la ripetizione.

2.5. I principi di cui alla pronuncia della CGUE del 5.9.2019 (C-338/2018).

La **CGUE, con sent. del 5.9.2019 (C-338/2018)**, ha aderito alla prima impostazione, ribadendo quindi i principi della sentenza Puligienica e imponendo l'esame di entrambi i ricorsi, principali e incidentali. E ciò in quanto **l'effettività della tutela si realizza mediante l'esame di tutte le doglianze di cui a entrambi i ricorsi**. Inoltre, sussiste sempre **l'interesse strumentale del ricorrente principale** a che la P.A. annulli la gara e dia luogo a una nuova indizione della stessa, dopo aver verificato che il vizio sollevato dal ricorrente principale si estende anche agli altri partecipanti alla gara non esclusi.

3. La recente giurisprudenza.

In antitesi con l'impostazione primigenia (in base alla quale l'accoglimento del ricorso incidentale escludente determinava sempre e comunque la pronuncia di inammissibilità del ricorso principale **per carenza di interesse** e in ragione della **funzione impediante del ricorso incidentale**), le superiori argomentazioni impongono invece **l'esame sempre e comunque del ricorso principale, anche ove quello incidentale risulti fondato**.

A fronte di tale conclusione, la giurisprudenza nazionale ha però tratto un diverso e ulteriore corollario.

Se, muovendo dall'esame in via prioritaria del ricorso incidentale, sussiste sempre e comunque l'obbligo del giudice di esaminare il ricorso principale, non è, però, vero il contrario. Allorquando, il ricorso principale risulta infondato, allora il ricorso incidentale diviene improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

La conclusione appena espressa è stata recepita in modo granitico dalla recente

giurisprudenza (TAR Roma, nn. 16401/2023, 6258/2023, 5663/2023, TAR Napoli, n. 4723/2023, TAR L'Aquila, n. 228/2023).

Tirando le fila del discorso, l'ordine di esame delle questioni impone che, nella materia degli appalti pubblici, venga esaminato il **ricorso principale escludente con priorità rispetto a quello incidentale**. A fronte dell'accoglimento del primo, si dovrà necessariamente procedere all'esame del secondo. In caso di reiezione del ricorso principale, deve essere adottata la declaratoria d'improcedibilità del ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse.

In chiave squisitamente processualistica, giova osservare che se il ricorso principale risulti fondato, nel dispositivo della pronuncia si leggerà: "**si accoglie il ricorso principale e per l'effetto si annulla l'aggiudicazione**". Si dovrà poi passare all'esame del ricorso incidentale e, ove fondato, il dispositivo della sentenza non potrà dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale (per carenza della legittimazione ad agire), essendo esso già stato esaminato nel merito, ma dovrà statuire nel senso dell'accoglimento, altresì, del ricorso incidentale.

Volendosi invece discostare dalla recente giurisprudenza di cui si è detto e quindi l'esame delle questioni prenda le mosse, in via prioritaria, dal ricorso incidentale, il dispositivo della pronuncia farà menzione dell'accoglimento del ricorso incidentale e quindi degli esiti dell'esame del merito del ricorso principale (che può essere accolto o rigettato).

4. Considerazioni finali e critiche.

L'importante precipitato della richiamata pronuncia della C.G.U.E. del 5.9.2019 (C-338/2018) evidenzia come la materia dei contratti pubblici, a differenza delle altre materie del diritto amministrativo, segua una **logica attributiva dei diritti**: il contratto viene stipulato o con una parte o con un'altra, cosicché ove entrambe le parti del giudizio fossero prive dei requisiti necessari per conseguire l'aggiudicazione, allora viene in rilievo la posizione del terzo operatore^[7].

Sul punto, deve però essere notato come tale pronuncia abbia conferito rilievo, in contrasto con i principi costituzionali dell'effettività della tutela, all'**interesse legittimo ipotetico**. Peraltro, imporre al giudice di esaminare anche il ricorso principale, in caso di infondatezza della pretesa del ricorrente incidentale, significa "piegare" la **giurisdizione amministrativa a una logica di oggettività**.

La pronuncia giudiziale, ove fondato anche il ricorso principale, finisce, infatti, per **dare ragione al terzo** (unico operatore in gara), contraddicendo l'indole del processo amministrativo che invece, al pari di quello civile, mira a tutelare una delle parti e non il terzo a esso estraneo, sulla base della posizione giuridica soggettiva in esso azionata.

[1] La P.A. non può impugnare i propri provvedimenti in via incidentale, in quanto ove essa li ritenga illegittimi ben può agire in autotutela; può però impugnare i **provvedimenti di altre amministrazioni**.

[2] Qualora il **controinteressato** intenda far valere la **nullità del provvedimento amministrativo**, esso dovrà agire non con il ricorso incidentale, bensì **sollevare l'eccezione di nullità** che non è soggetta a termini decadenziali.

[3] Le parti resistenti che intendono sollevare eccezioni pregiudiziali di rito non sono di regola tenute a veicolare nell'ambito del ricorso incidentale, potendo proporle *tout court*. Sennonché, si rende necessario il ricorso incidentale ogni qual volta l'eccezione di rito consegua all'impugnazione da parte del resistente del provvedimento già impugnato dal ricorrente principale.

[4] Il rimedio processuale in parola assume, nella materia degli appalti pubblici, carattere "escludente" ogni qual volta, impugnata l'aggiudicazione in via principale da parte del concorrente non aggiudicatario, il resistente (aggiudicatario) si dolga, ai sensi dell'art. 42 c.p.a., della **partecipazione del primo alla gara**. E ciò per non aver il ricorrente principale tempestivamente proposto la domanda di partecipazione alla gara, ovvero per essere esso privo dei requisiti soggettivi richiesti dal bando, nonché per aver formulato un'offerta difforme dalle prescrizioni contenute nel bando di gara. Per tal via, il resistente solleva un'eccezione pregiudiziale di rito volta a far valere **il difetto di una delle condizioni dell'azione** e, segnatamente, **il difetto di legittimazione a ricorrere** in capo al ricorrente principale, e quindi a ottenere la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

[5] La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, chiamata a pronunciarsi dal TAR Piemonte (ord. 9.2.2012) sull'assetto cui è pervenuta la giurisprudenziale nazionale in ordine al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, aveva concluso che, con riferimento a una **gara a due**

concorrenti, il giudice avrebbe comunque dovuto procedere all'esame del ricorso principale qualora essi avessero esperito, in sede giudiziaria, **ricorsi incrociati reciprocamente escludenti**, lamentandosi del **"medesimo vizio"**.

[6] Al tempo, rimaneva aperta la questione del rapporto tra impugnazione incidentale escludente e ricorso principale nel caso in cui tramite il primo rimedio si fosse preso in considerazione un **vizio che interessava la fase successiva rispetto a quella censurata dal ricorrente principale** (es. il ricorrente principale lamenta la tempestività della domanda alla gara proposta del ricorrente incidentale e quest'ultimo il difetto del requisito soggettivo in capo al ricorrente principale).

Sul punto, due apparivano le strade astrattamente percorribili.

Si poteva estendere a tale questione la soluzione prospettata dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 2014 e quindi ritenere che poichè l'esame del ricorso principale si impone solo alle condizioni poste dalla sentenza Fastweb (simmetria invalidante), al di fuori di esse si riaffermava la regola generale per la quale il giudice, ritenuto fondato il ricorso incidentale, non doveva esaminare quello principale.

Sotto altro e diverso profilo, si poteva pervenire a conclusioni opposte ove si fosse considerato che la P.A., in caso di ripetizione della singola fase della gara, sarebbe stata tenuta a far riferimento a quella cronologicamente successiva a quella censurata dal ricorrente principale, con la conseguenza che, l'eventuale accoglimento del ricorso presentato dal ricorrente principale, avrebbe consentito a quest'ultimo di prendere parte alla fase di gara nuovamente indetta. In tal caso, sussistendo l'interesse ad agire del ricorrente principale, il relativo ricorso avrebbe dovuto essere esaminato congiuntamente a quello incidentale.

[7] Le medesime considerazioni varrebbero, in astratto, anche nella materia dei concorsi pubblici, anche se, in tale ambito, il problema non si è mai posto, essendo pacifico che si debba procedere all'esame preventivo del ricorso incidentale.