

Introduzione

Il presente elaborato focalizza la propria attenzione su una delle questioni processuali maggiormente dibattute negli ultimi decenni in materia di contratti pubblici: l'ordine di esame tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Ai fini di una corretta analisi, comprensione e, soprattutto, interpretazione degli indirizzi giurisprudenziali che sono stati sviluppati sia dal diritto nazionale, sia dal diritto europeo, è necessaria una conoscenza globale non solo di quelle che sono, innanzitutto, le condizioni processuali dell'azione, ma anche dei principi che devono essere rispettati nell'ambito di una controversia.

Nel primo capitolo della tesi in esame, infatti, viene fornita una panoramica generale dell'istituto del ricorso incidentale, partendo proprio dai suoi profili storici, chiarendo le caratteristiche principali di un istituto tanto complesso, nel tentativo di definire le condizioni e i requisiti necessari per la sua proposizione e di stabilirne correttamente la natura.

Dopo avere analizzato la disciplina codicistica che regola il ricorso incidentale, ovvero l'art. 42 c.p.a. e l'art. 37 T.U. Consiglio di Stato, sono state esaminate le correnti dottrinali che delineano gli aspetti inerenti alla legittimazione attiva e passiva.

Altra problematica rilevante riguarda la natura dell'istituto, definito da molti come una sorta di ibrido, in quanto trae molteplici caratteristiche da altri istituti affini; alla luce di ciò, sono state elaborate le più disparate ricostruzioni per chiarirne la natura: alcuni riconducono il ricorso incidentale a una mera eccezione, altri lo definiscono un'eccezione riconvenzionale, altri ancora giungono a definirlo come una domanda riconvenzionale.

Ciò che sicuramente si può sostenere è che, presentandosi come una "*difesa attiva*", il ricorso incidentale può rivelarsi un'eccezione, nell'ipotesi in cui il suo oggetto sia lo stesso del ricorso principale; mentre, è riconducibile alla domanda riconvenzionale, nel momento in cui vengono rilevati dei fatti diversi da quelli proposti con il ricorso principale.

Nel secondo capitolo, invece, si penetra maggiormente nel vivo della problematica, ovvero, si ipotizza l'eventualità che il ricorso incidentale abbia efficacia paralizzante ed escludente nei confronti del ricorso principale.

In tale sede, viene approfondito l'interesse ad agire nel ricorso incidentale, in quanto elemento fondamentale per comprendere la *ratio* dell'istituto, con riferimento alla disciplina codicistica in materia.

Si prosegue, poi, con un breve *excursus* riguardante l'evoluzione, ossia, i primi interventi del Consiglio di Stato sulla questione, con particolare menzione per le sentenze Lignani e Lipari, veri e propri *leading cases* in codesto ambito.

Nel dettaglio, è possibile notare come, in principio, il problema dell'ordine di esame tra ricorso principale e ricorso incidentale trovi diverse soluzioni, a seconda che i partecipanti alla gara siano due, o più di due.

Nel primo caso, infatti, vi è la tendenza, ripresa anche da molteplici interventi recenti, a conferire particolare rilevanza all'interesse strumentale delle imprese alla rinnovazione della gara, interesse che risulta fortemente compromesso, qualora i partecipanti alla gara siano più di due.

Pertanto, la difficoltà nel rinvenire una soluzione induce la V Sezione del Consiglio di Stato a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, con l'ordinanza 5 giugno 2008, n.2669.

In seguito a tale ordinanza, l'Adunanza Plenaria tenta, con molteplici sentenze, di giungere a capo della questione, purtuttavia, palesando alcune contraddizioni e ambiguità di fondo nel corso degli anni.

Infatti, se, da un lato, nella prima sentenza del 2008, l'indirizzo giurisprudenziale proposto dalla Plenaria attribuisce maggiore rilevanza all'interesse alla rinnovazione della gara, dall'altro, la successiva sentenza del 2011 è caratterizzata da un sostanziale mutamento di indirizzo, nel quale la rinnovazione della gara viene considerata come una mera possibilità.

Ciononostante, nel 2013 la Corte di Giustizia complica ulteriormente la questione con la sentenza 4 luglio 2013, C-100/12, meglio nota come sentenza *Fastweb*, con la quale, in un certo senso, riprende quanto sancito dalla sentenza

dell'Adunanza Plenaria del 2008, accentuando i contrasti giurisprudenziali e dottrinali.

Un anno più tardi, però, la Plenaria interviene nuovamente con la sentenza n.9/2014, nel dichiarato tentativo di coordinare la sentenza *Fastweb* con la sentenza n. 4/2011, riaffermando l'esame prioritario del ricorso incidentale che abbia effetto paralizzante o escludente sul ricorso principale.

Infine, il terzo capitolo delinea i profili comparativi tra la giurisprudenza europea e quella nazionale più recenti, partendo proprio da quelli che sono i principi ispiratori della Corte di giustizia dell'Unione europea. Infatti, tale organo tende a conferire particolare valore all'autonomia procedurale degli Stati membri e al principio della concorrenza, e in virtù di ciò sostiene come sia sempre necessario l'esame del ricorso principale, anche in caso di accoglimento di quello incidentale con effetto paralizzante.

Uno degli ultimi interventi della CGUE in cui è possibile scorgere la presenza di tali principi è proprio la sentenza 5 aprile 2016, C-689/2013, c.d. *Puligienica*, la quale, in contrasto con la citata sentenza *Fastweb*, afferma la totale irrilevanza del numero di partecipanti alla gara o di coloro che abbiano presentato ricorso, principale o incidentale che sia. Diretta conseguenza di ciò, infatti, è proprio l'esame contestuale dei ricorsi proposti, valorizzando, in tal modo, la tutela della concorrenza.

La sentenza *Puligienica* è il punto di partenza per la giurisprudenza successiva, la quale, partendo dai principi espressi al suo interno, affronta altre questioni rilevanti in materia.

A tal proposito, di non poca irrilevanza sono le sentenze *GesmbH* e *Archus*, che si soffermano proprio sulla legittima partecipazione alla gara come requisito fondamentale per poter proporre ricorso.

Infine, viene analizzata la sentenza 5 settembre 2018, C- 333/18, meglio nota come sentenza Lombardi, emessa dalla Corte di giustizia, che pare aver posto fine alla questione.

Tale sentenza definisce un giudizio di appello proposto da un'impresa terza classificata, alla quale il ricorso principale era stato respinto in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale, esaminato in via prioritaria. L'impresa ricorrente principale, infatti, richiamando il *dictum* della sentenza *Puligienica*, sostiene il necessario esame del ricorso principale, che non può essere precluso dall'accoglimento del ricorso incidentale.

Alla luce di ciò, il TAR adito ha rimesso la questione alla CGUE, la quale si è espressa in maniera definitiva, ritenendo necessario il contestuale esame dei ricorsi, indipendentemente dal loro esito o dal numero di concorrenti partecipanti alla gara.

Capitolo I

Il ricorso incidentale: profili storici e sostanziali

Sommario: 1. Origine e *ratio* dell'istituto 2. Caratteri dell'interesse alla sua proposizione anche dal punto di vista dell'art.42 c.p.a. e dell'art.37 T.U. Consiglio di Stato 2.1. Legittimazione attiva: controinteressati e intervenienti. 2.1a. La legittimazione dell'amministrazione resistente. 2.1b. La legittimazione del ricorrente principale. 2.2 Legittimazione passiva. 3. Natura giuridica e oggetto del ricorso incidentale: un mezzo necessariamente condizionato. 3.1. Le diverse tesi a confronto: a) Eccezione, b) Domanda riconvenzionale, c) Eccezione riconvenzionale 3.2. La soluzione della dottrina e della giurisprudenza. 3.3. Oggetto del ricorso incidentale. 4. Il ricorso incidentale e la domanda riconvenzionale. 4.1. Origine e *ratio* della domanda riconvenzionale. 4.2. La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo. 4.3. Il ricorso incidentale e la domanda riconvenzionale: analogie e differenze.

1. Origine e *ratio* dell'istituto

Nel processo amministrativo di primo grado, il ricorso incidentale, disciplinato dall'art.42 c.p.a., secondo una concezione diffusa, è l'istanza con cui un soggetto, investito da una altrui impugnazione volta all'annullamento o alla riforma di un atto amministrativo, dal quale questi tragga una posizione di vantaggio, chiede a sua volta al giudice l'annullamento o la riforma dello stesso provvedimento, o di atti endoprocedimentali o presupposti, per ragioni diverse da quelle rilevate dal ricorrente principale¹. Tale istituto è stato ed è ancora oggi sicuramente uno dei più dibattuti e controversi in dottrina e giurisprudenza, e a conferma di ciò molteplici sono stati gli interventi nel tentativo di chiarire alcune delle disposizioni che lo regolano che, a causa della loro lacunosità, hanno da sempre suscitato numerosi dubbi interpretativi e di applicazione. La disciplina di tale istituto, infatti, si presenta particolarmente scarna e mal coordinata²; l'art.22 della legge n.1034/1971 si limita a prevedere la possibilità di proporre tale ricorso, e rinvia a quanto previsto dalle norme degli artt.37 T.U. Cons. Stato e 44 del R.D. n. 642/1907, le quali a loro volta disciplinano soltanto termini e modalità procedurali, salvo l'importante disposizione, peraltro di non agevole interpretazione, secondo la quale il ricorso incidentale non è efficace se successivo alla rinuncia del ricorso principale, o se quest'ultimo viene dichiarato inammissibile in quanto tardivo. Orbene, l'inadeguatezza e insufficienza di tale disciplina, inizialmente, hanno indotto a pensare che il ricorso incidentale fosse modellato sulle impugnazioni incidentali del processo civile³. È possibile notare come le prime indagini sul tema ricostruiscono un'idea del ricorso incidentale ben diversa da quella che si sarebbe successivamente imposta. Secondo una prima tesi, il ricorso incidentale è una

¹G. Ferrari, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, 1058 ss; G. Figuera, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, 1066 ss;

²R. Villata, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale e nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 286.

³G. Tropea, *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 488 ss.

impugnazione che “*incide*”, cade, si inserisce nel rapporto processuale già sorto⁴; dunque, le ragioni di una successiva proposizione rispetto al ricorso principale sarebbero di carattere meramente cronologico e non sistematico. Di conseguenza, nel processo amministrativo, a differenza delle impugnazioni incidentali del processo civile, non vi è obbligatorietà di proposizione del rimedio e l’accessorietà, secondo quanto stabilito dall’art.37 T.U. Consiglio di Stato, sarebbe solo parziale. Secondo un’altra impostazione⁵, invece, sulla falsariga della concezione dell’oggetto del processo amministrativo vertente sul rapporto controverso, il ricorso incidentale è considerato come un essenziale rimedio del processo, caratterizzato da un’unica azione con pluralità di legittimati, instaurando quindi uno stretto legame tra la sua obbligatorietà e la sua autonomia rispetto all’impugnazione principale. La seconda teoria sostiene che la forma incidentale del ricorso è obbligatoria per legge, relativamente alle impugnazioni successive alla prima, ed è propria pure dei cointeressati, ai quali il ricorso principale deve essere notificato. Tali ricostruzioni non si imposero nella dottrina e giurisprudenza successive, in quanto i riflessi sul processo amministrativo del carattere imperativo del provvedimento caratterizzarono anche la natura e i caratteri fondamentali del ricorso incidentale⁶. Alla luce di ciò, è più corretto configurare il ricorso incidentale come un mezzo necessariamente condizionato, una “*difesa attiva*”⁷, che costituisce un *quid pluris* rispetto alla semplice negazione dei motivi dedotti in giudizio dal ricorrente principale, determinando un ampliamento del *thema decidendum*. Ai fini di una comprensione completa di tale mezzo di impugnazione, è d’uopo richiamare la definizione pressoché unanimemente condivisa dalla dottrina successiva elaborata da Walter Catalozzi⁸, il quale afferma che il ricorso

⁴ E. Capaccioli, *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, 1016.

⁵ A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 206 ss.

⁶ V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 691.

⁷ F. Lubrano, *L’impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1964.

⁸ Ci si riferisce ai seguenti lavori di W. Catalozzi: *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi ordinari*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, vol. III, 1759 ss. e *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXVII,

incidentale è “*un’impugnazione autonoma riconosciuta per la tutela di un interesse legittimo contrapposto a quello che sorregge il ricorso principale.*” Sebbene si possa affermare che l’istituto sia stato delineato nei suoi aspetti essenziali, non si può dire lo stesso per altre questioni esegetiche rimaste irrisolte, che ancora oggi sono oggetto di dibattiti giurisprudenziali e dottrinali, tra cui sicuramente spiccano l’interesse ad agire, la legittimazione e, soprattutto, le problematiche riguardanti la natura giuridica e l’oggetto del ricorso incidentale⁹.

2. Caratteri dell’interesse alla sua proposizione anche dal punto di vista dell’art.42 c.p.a. e dell’art.37 T.U. Consiglio di Stato

Alla luce delle ricostruzioni di cui sopra, si può affermare con certezza che requisito fondamentale per aversi interesse alla proposizione del ricorso incidentale sia la presunta soccombenza virtuale del controinteressato, dal momento che la funzione di tale istituto non si concreta nel tutelare un interesse autonomo, ma nel prevenire una possibile lesione di un interesse, a sua volta determinata dall’ accoglimento del ricorso principale. Di conseguenza, il vincolo dell’interesse ad agire si scompone in due elementi: il primo, di carattere negativo, che consiste nell’assenza di una lesione attuale, che si dovrebbe far valere in via principale; il secondo, di carattere positivo, che concerne la lesione virtuale che deriverebbe dall’accoglimento del ricorso principale¹⁰. Per una piena cognizione del concetto di interesse ad agire e di legittimazione è indispensabile analizzare in maniera approfondita la realtà sostanziale del contenuto del provvedimento che viene impugnato¹¹. Non è legittimato a proporre ricorso incidentale il soggetto che avrebbe potuto ricorrere in via principale contro il provvedimento impugnato, dal quale era sorto per lui un

Roma, 1991, 1 ss. Sul fondamentale contributo di tale Autore alla sistemazione dell’istituto si vedano, infra, il Capitolo Primo, § 1, e il Capitolo Secondo, § 2.

⁹ Cons. St., Sez. IV, 9 novembre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ P. Stella Richter, *L’impugnabilità*, Milano, 1970.

¹¹ S. Baccarini, *L’impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo fra tradizione e innovazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, 635.

interesse *ad agendum*. In tal senso, il tipo di interesse che concerne il ricorso incidentale determina anche la legittimazione alla sua proposizione: esso è esperibile dal controinteressato, nelle ipotesi in cui a favore di questi sia stato emesso un provvedimento, a sua volta adottato in seguito ad un'istruttoria. Nell'ambito dell'istruttoria, poi, valutazioni di carattere meramente interno e strumentale, prive quindi di autonomia, possono essere caratterizzate da alcune illegittimità preliminari a danno del controinteressato, però irrilevanti ai fini del provvedimento, come accade nei pubblici concorsi e, generalmente, nei procedimenti che si concludono con la formazione della graduatoria. Peraltro, sulla scia delle recenti aperture della dottrina¹², vi è stato un aumento dell'utilizzo di tale strumento, in quanto è stata ammessa la possibilità di impugnare con ricorso incidentale, oltre all'atto impugnato in via principale, anche altri provvedimenti che siano strettamente ed intimamente legati al primo, in modo che la loro eventuale illegittimità possa riverberarsi su di esso a favore del ricorrente incidentale; a tal proposito, sicuramente emblematico è il caso del titolare della concessione edilizia che deduce l'illegittimità della prescrizione del piano regolatore la cui violazione rappresenta la censura formulata per chiedere l'annullamento della stessa concessione. L'interesse del ricorrente incidentale nasce dunque con la proposizione del ricorso principale, determinante la possibilità che in seguito al suo accoglimento quell'illegittimità, originariamente a carattere interno, assuma rilevanza giuridica, in quanto può concorrere a determinare un provvedimento sfavorevole¹³. Da ciò discende il suo carattere accessorio, che si manifesta sia sul profilo formale, per cui la possibilità di proporre ricorso è subordinata alla pendenza e alla validità di un processo, oltre che alla sua idoneità a sfociare in una decisione di merito, sia sul piano sostanziale, comportando una subordinazione piena dell'esame della

¹² Cons. St. Sez. V, 26 luglio 1985, n. 267, in *Foro amm.* 1985, 1368.

¹³ F. Lubrano, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1964, 771-772.

impugnazione incidentale all'accoglimento del ricorso principale¹⁴. Per di più, a seguito di tali argomentazioni, bisogna affermare, con chiarezza, non solo l'esclusione in radice di qualsiasi applicazione analogica dei principi del processo civile, ma anche, nonostante la formulazione letterale dell'art.37 T.U. Consiglio di Stato, la totale accessorietà dell'istituto¹⁵ rispetto al ricorso principale, con conseguente caducazione del primo nei casi di improcedibilità e in ogni altra ipotesi di inammissibilità o rigetto dell'impugnazione principale. Queste consolidazioni sono poi confermate dall'art.42, comma 1 c.p.a., che laconicamente afferma che il ricorso incidentale è il mezzo per proporre *“domande il cui interesse sorge in dipendenza di una domanda proposta in via principale”*. Il problema dell'accessorietà è stato fondamentale nel processo di ricostruzione dell'istituto. Emblematici sono stati i primi lavori di approfondimento¹⁶ da parte di Capaccioli e Piras, i quali partono da una prospettiva differente rispetto a quella adottata dalla giurisprudenza successiva: entrambi partono dall'idea che l'art.37 T.U. Consiglio di Stato si applichi anche ai cointeressati, ma divergono sulla sorte del ricorso incidentale in caso di caducazione del ricorso principale. Da un lato, il primo¹⁷ sostiene che, se esso è stato proposto prima della scadenza del termine, il ricorso in questione viene meno; dall'altro lato, il secondo¹⁸ ne afferma l'autonomia, a causa dell'obbligatorietà della forma incidentale. La tesi dell'accessorietà totale inizia a svilupparsi di pari passo con l'idea che con l'impugnazione incidentale si possono proporre questioni subordinate a quella proposta con l'impugnazione principale, mentre nel caso di lesione diretta ed autonoma è esperibile solo ed esclusivamente il ricorso principale. Alla medesima conclusione perviene chi ha affrontato il problema della possibilità che il ricorso incidentale riapra i termini

¹⁴ W. Catalozzi, *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi ordinari*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1968, 1171.

¹⁵ Cons. St., Sez. V, 18 maggio 2002, n. 2468; Cons. St., Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3782, in *Foro amm. Cons.Stato*, 2002, 1714.

¹⁶ A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.

¹⁷ E. Capaccioli, *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Giur. Cass. Civ.*, II, 1951, 1016.

¹⁸ A. Piras, *op. cit.*

di impugnazione già decorsi, consentendo così di insorgere anche a chi abbia eventualmente già prestato acquiescenza, ovvero a chi avrebbe potuto a suo tempo ricorrere in via principale ma non lo ha fatto¹⁹. Si sostiene, al riguardo, che non ci si possa limitare ad un concetto meramente formale del ricorso incidentale, ma che si debba osservarlo anche dal punto di vista sostanziale, in modo tale che, o il ricorso incidentale è volto ad evitare una lesione futura ed eventuale, oppure si tratterà di configurare un caso in cui si consegua il rigetto del ricorso principale, operando su un atto su cui il ricorso principale si fonda, in una sorta di impugnativa cumulativa strumentale per il controinteressato. In ogni caso, la conclusione rimane la stessa, cioè che, nonostante la formulazione dell'art.37 ultimo comma T.U. Consiglio di Stato, si ritiene non pensabile una prosecuzione del giudizio per un'autonoma decisione sul ricorso incidentale una volta che, per qualsiasi ragione, sia divenuto improcedibile il ricorso principale. Anche da parte del c.p.a. non vi è un vero e proprio silenzio, dal momento che la formulazione iniziale dell'art.42, comma 1, riportata in precedenza, lascia intendere l'intenzione del legislatore di riferirsi a un'accessorietà totale. Tuttavia, per venire a capo del problema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, non basta limitarsi al problema dell'accessorietà.

2.1. Legittimazione attiva: controinteressati e intervenienti

La problematica relativa alla legittimazione a proporre ricorso incidentale è strettamente connessa con quella dell'accessorietà. Ai fini di una corretta panoramica del problema, bisogna analizzare in primo luogo il comma 1 dell'art.37 T.U. Consiglio di Stato. Tradizionalmente, il ricorso incidentale viene considerato un rimedio proprio del controinteressato, tuttavia, il comma 1 dell'art.37 non si riferisce in maniera esplicita alla figura processuale del controinteressato, ma, più genericamente, all' "*autorità e alle parti alle quali il ricorso fosse stato notificato*". È possibile scorgere già in tale formulazione un

¹⁹ P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 2008, 221.