

Il tormentato rapporto tra ricorso principale e incidentale nelle controversie in materia di appalti pubblici
nota a margine della sentenza n. 9/2014
dell'Ad. Plen. del C. di Stato

Avv. Luca Griselli
Studio Legale Griselli – Salina
Milano

Con la sentenza che qui brevemente si commenta, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è tornata ad affrontare una ben nota tematica processuale, dai notevoli risvolti sostanziali: il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. "escludente" nell'ambito delle controversie in materia di appalti pubblici.

E che si tratti di argomento particolarmente sentito, tanto dagli operatori quanto dalla stessa giurisprudenza, è testimoniato dalla semplice constatazione che in un lasso di tempo relativamente breve in ordine ad essa si sono registrate ben tre pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (e cioè l'organo giurisdizionale cui il C.P.A., all'art. 99, ha affidato la c.d. funzione di nomofilachia nell'ambito della giurisdizione amministrativa) (cfr. sentenze nn. 11/08, 4/11 e appunto 9/14), una sentenza della Suprema Corte di Cassazione (sentenza 21 giugno 2012, n. 10294) e persino una decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. X, 4 luglio 2013 in causa C-100/12). Si diceva che la questione, pur avendo evidente connotazione processuale, può essere considerata addirittura nevralgica, dato che, a seconda di come essa risulti impostata, discendono conseguenze pratiche relevantissime in ordine al livello di tutela giurisdizionale sul quale gli operatori possono (o meno) confidare. Il che vale in particolar modo nell'ipotesi, che è poi quella attorno a cui è in effetti insorto il dibattito, di una gara a cui abbiano preso parte due soli concorrenti. Volendo semplificare al massimo, in base a pacifici principi e precetti processuali, il ricorso proposto da un soggetto che intenda contestare l'aggiudicazione in favore di un altro operatore (c.d. contro - interessato), potrebbe essere destinato ad una declaratoria di inammissibilità, nell'ipotesi in cui quest'ultimo proponga a sua volta ricorso incidentale, sostenendo che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere comunque escluso dalla procedura di gara (ad esempio, per mancanza dei requisiti soggettivi, ovvero per difetto dei requisiti tecnico - economico - finanziari, richiesti dal Bando).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è tornata ad affrontare una ben nota tematica processuale, dai notevoli risvolti sostanziali: il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. "escludente" nell'ambito delle controversie in materia di appalti pubblici

Laddove, infatti, il Giudice amministrativo reputi che il ricorso incidente si a f o n d a t o , i l r i c o r r e n t e principale potrebbe essere ritenuto privo di legittimazione ed interesse a far valere eventuali vizi dell'aggiudicazione a terzi, dal momento che comunque non potrebbe mai risultare aggiudicatario (essendo a sua volta incorso in una causa di esclusione). In base a tale impostazione, si è sovente affermato che il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario contro-interessato dovrebbe essere normalmente esaminato prima del ricorso principale, proprio perché, nel caso di un suo accoglimento, quest'ultimo risulterebbe inammissibile: da qui il ritenuto carattere pregiudiziale del c.d. ricorso incidentale "escludente".

Il tema si complica nell'ipotesi, cui accennavo, di gara a cui abbiano preso parte due soli operatori. In tal caso, infatti, si potrebbe comunque ipotizzare l'interesse del ricorrente principale alla decisione del proprio ricorso, anche in caso di ritenuta fondatezza del ricorso incidentale. E ciò per la saliente ragione che, se fosse giudicato fondato anche il ricorso principale (e, dunque, se fosse ritenuta illegittima anche la partecipazione alla gara del soggetto contro – interessato), ne deriverebbe che la gara andrebbe considerata “deserta”, così imponendo all'Amministrazione appaltante di procedere alla sua rinnovazione integrale.

Si tratta, dunque, di un interesse processuale di tipo “strumentale”, nel senso che in tale ipotesi, il “bene della vita” per il ricorrente principale non sarebbe più di ottenere tout court l'aggiudicazione dell'appalto, bensì di conseguire una nuova chance di partecipare alla gara, da ripetere per assenza di concorrenti validamente ammessi.

In proposito, come si diceva, il dibattito giurisprudenziale è da sempre stato particolarmente “fertile” e non privo di oscillazioni. In estrema sintesi, si sono contrapposti due orientamenti, il primo dei quali riteneva meritevole di tutela il predetto interesse strumentale (affermando la necessità di esaminare il ricorso principale anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale “escludente”) (cfr. C. di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468; Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583); il secondo, per contro, riteneva che la regola dell'esame prioritario del ricorso incidentale valesse sempre e comunque (anche nel caso di gara con due soli concorrenti) (cfr. ad esempio, C. di Stato, Sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689).

La questione è stata rimessa una prima volta all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con ordinanza della Sez. V, n. 2669/2008). La quale si è pronunciata con sentenza n. 11/08, affermando che nel caso (caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara), il giudice dovesse dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara. Infatti a suo avviso “una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse ‘strumentale’, mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua ‘clausola escludente’: Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 1)... Infatti, la stessa ricorrente principale - pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara

- in base al principio ‘il più contiene il meno’ conserva l'interesse ‘minore’ e ‘strumentale’ a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione della aggiudicataria e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore...”.

Tale interesse non sarebbe venuto meno, secondo la sentenza n. 11/08, nemmeno in caso di accoglimento del ricorso incidentale “escludente”, dovendosi tenere conto della simmetria delle posizioni processuali della ricorrente principale e della aggiudicataria ricorrente incidentale, anch'essa titolare di un interesse “strumentale” alla ripetizione della gara. “Infatti, qualora il TAR abbia accolto il ricorso principale ravvisando l'illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della aggiudicataria, anche questa - pur non potendo mantenere l'aggiudicazione a suo favore - è titolare di un interesse ‘minore’ e ‘strumentale’ alla ripetizione della gara, soddisfatto qualora risulti fondato il suo ricorso incidentale sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale. Poiché le posizioni delle due imprese sono perfettamente simmetriche e speculari, non può ritenersi corretta la soluzione per la quale l'accoglimento del ricorso principale - quando è esaminato con priorità - renderebbe improcedibile il ricorso incidentale”. Per giungere alla predetta conclusione l'Adunanza Plenaria aveva invocato i principi di imparzialità dell'organo giudicante e di parità di trattamento delle parti processuali,

espressamente affermati dall'art. 111, secondo comma, della Costituzione, nonché dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. "Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, dunque, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara". Ma l'intervento della Plenaria non riuscì a sedare il dibattito; tant'è che, anche in seguito alla sentenza

n. 11/08, continuò a trovare terreno fertile l'orientamento giurisprudenziale da essa bocciato. E tant'è che la questione del rapporto tra ricorso incidentale e principale venne nuovamente rimessa al vaglio della stessa Adunanza Plenaria (con l'ordinanza 18 gennaio 2011 n. 351, della Sez. VI). La quale si pronunciò per la seconda volta sull'argomento (con sentenza n. 4/11), giungendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle da essa formulate in precedenza e affermando il principio di diritto secondo cui "il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità".

La sentenza n. 4/11 giungeva a tale drastica conclusione sulla base di un ragionamento giuridico molto articolato e complesso, che non si presta ad essere sintetizzato in questa sede. Per quel che qui più interessa, è importante sottolineare che l'Adunanza Plenaria ha superato l'argomento principale utilizzato nella precedente pronuncia n. 11/08 (fondato come si è visto sull'applicazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento) sulla scorta di argomenti prettamente processuali. In particolare, ha rilevato che "La piena attuazione dei canoni essenziali di parità delle parti e di imparzialità del giudice non contraddice affatto l'esigenza logica di definire il corretto ordine di esame delle questioni. L'affermazione o la negazione delle richieste di tutela formulate dalla parte attrice, infatti, deve conseguire, all'esito del completo confronto processuale delle parti, al puntuale riscontro della esistenza dei prescritti requisiti della domanda. L'alterazione della corretta sequenza dei punti sottoposti allo scrutinio del giudice rappresenterebbe, all'evidenza, proprio la contraddizione del principio di parità delle parti, snaturando la regola della equidistanza rispetto alle posizioni espresse dai litiganti". In tale prospettiva, e sempre in sintesi estrema, la sentenza n. 4/11 ha sostanzialmente ritenuto che il titolo necessario per poter validamente proporre il ricorso principale sia costituito sempre e comunque dalla partecipazione (legittima) dell'operatore ricorrente alla procedura di gara (salve talune ben circoscritte deroghe, relative all'ipotesi in cui sia mancata in radice la procedura stessa e si contesti proprio la sua mancata indizione, ovvero al caso di impugnazione immediata del bando di gara contenente clausole immediatamente lesive). Qualora fosse riscontrata l'assenza di tale titolo (vuoi perché il concorrente sia stato legittimamente escluso dalla gara, con provvedimento non impugnato o inutilmente impugnato, vuoi perché l'illegittimità della sua partecipazione sia stata dedotta dal

contro - interessato aggiudicatario tramite ricorso incidentale) non sussisterebbe più alcuna legittimazione a dolersi dell'esito della procedura: da qui l'esigenza processuale di esaminare prioritariamente, in ogni caso, il ricorso incidentale escludente, indipendentemente dal numero di soggetti che abbiano preso parte alla gara controversa. Infatti, l'accoglimento del ricorso incidentale determinerebbe il venire meno della legittimazione ad agire del ricorrente principale. Tale nuova presa di posizione, peraltro, non è andata esente da critiche, perché al di là dell'indubbia sottigliezza degli argomenti spesi per sostenerla, è parsa sostanzialmente iniqua. In particolare, si è stigmatizzato il fatto che in base ad essa, in presenza di due offerte che ugualmente avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura di gara (magari per ragioni identiche o simili), di fatto si finisce con l'attribuire una preferenza, per asserite ragioni processuali, per quella risultata (illegittimamente) aggiudicataria dell'appalto (a discapito della seconda classificata).

Il dissenso non ha tardato ad appalesarsi, tanto da essere in qualche misura fatto proprio anche dalla Corte di Cassazione. La quale, sia pure con un mero obiter dictum, ha apertamente criticato la sentenza n. 4/11, affermando che: "Il principio espresso dal Consiglio di Stato — secondo il Giudice amministrativo laddove reputi che il ricorso incidentale sia fondato, il ricorrente principale potrebbe essere ritenuto privo di legittimazione a far valere eventuali vizi dell'aggiudicazione a terzi, dal momento che comunque non potrebbe mai risultare aggiudicatario cui nel giudizio amministrativo il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura — non è condivisibile, in quanto, 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 un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo" (sentenza 21 giugno 2012, n. 10294 cit.).

Stavano, dunque, maturando rapidamente i presupposti per un ulteriore intervento correttivo, che è stato infine sollecitato dal T.A.R. Piemonte. Il quale, con ordinanza della Sez. II, 9 febbraio 2012 n. 208, dissentendo frontalmente dall'indirizzo dell'Ad. Plen. n. 4/11 (per il caso di gara con due concorrenti e reciproche censure escludenti), ha ritenuto che la penalizzazione del ricorrente principale, quale conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale escludente, è un interesse processuale di tipo "strumentale", nel senso che in tale ipotesi, il "bene della vita" per il ricorrente principale non sarebbe più di ottenere tout court l'aggiudicazione dell'appalto, bensì una nuova chance di partecipare alla gara non apparisse "in linea con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e — in definitiva — con il principio di libera concorrenza che sono sottesi alla Direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE (Direttiva del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori), come recentemente modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE. Tale direttiva, come è noto, si preoccupa di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria (art. 1, par. n. 1), prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di "procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime", così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese. Le procedure di ricorso, in particolare, devono poter mirare "ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime"

(art. 2, par. n. 1, lett. b), in un'ottica di effettività della tutela, dunque, che sembra inconciliabile con l'affermata incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale". Il T.A.R. ha, dunque, valorizzato "l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, reso evidente dalla fondatezza dei motivi mediante i quali si è contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'impresa aggiudicataria (...)" il quale "deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena altrimenti l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata (così come dimostrato dalla fondatezza del ricorso principale) in modo non corretto o non legittimo. Diversamente ragionando, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica". Per tale ragione, il T.A.R. Piemonte ha dunque investito a sua volta della questione la Corte di giustizia dell'Unione Europea, che si è pronunciata con la sentenza n. 100 in data 4 luglio 2013 (causa C-100/12) (per altre pronunce di I grado, che hanno criticato la sentenza dell'Ad. Plen. n. 4/11, vedasi ad esempio T.A.R. Lazio, Sez. I-ter, 10 gennaio 2012, n. 197, Sez. IIter, in data 13 luglio 2012 n. 6418, T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 14 ottobre 2013 n. 1360).

La Corte di Giustizia UE nella summenzionata sentenza 100/13 (caso "Fastweb"), ha preso dunque in considerazione l'ipotesi, sfociata nel contenzioso giudiziale innanzi al T.A.R. Piemonte, della procedura di gara con due soli concorrenti. Con la peculiarità che le loro offerte si erano rivelate difformi dalle specifiche tecniche previste dalla lex specialis (e, pertanto, entrambe avrebbero teoricamente dovuto essere escluse). Il T.A.R. aveva fatto notare che, in tale ipotesi, applicando il principio di cui alla sentenza n. 4/11, si sarebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso principale e tener dunque ferma l'aggiudicazione in favore della controinteressata (e ricorrente incidentale) nonostante che anche la sua offerta fosse risultata viziata e, dunque, teoricamente meritevole di esclusione.

La Corte UE ha ricordato innanzi tutto che "dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione. Secondo il paragrafo 3 del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione". La Corte ha poi rilevato che a fronte della constatazione che, erroneamente, nell'ambito della gara oggetto del giudizio a quo, l'offerta prescelta non era stata esclusa, nonostante che essa non rispettasse le specifiche tecniche "il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, 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" (punti 32 e 33).

In conclusione, la Corte ha risposto alla questione pregiudiziale affermando che: "l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla

compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale". La pronuncia della Corte sembrava aver definitivamente risolto la questione, ritenendo illegittimo (per contrasto con l'art. 1, par. 3, Dir. 89/665), che la posizione dell'aggiudicatario potesse godere di una preferenza di ordine puramente processuale, nono- stante che anche la sua offerta, al pari di quella del ricorrente principale, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Ma sulla vexata quaestio è intervenuta nuovamente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sollecitata con ordinanza n. 2681 in data 17 maggio 2013, della VI Sezione) che con la sentenza in data 25 febbraio 2014 n. 9 ha fornito un'interpretazione molto restrittiva della suddetta sentenza della Corte europea, limitandone la portata applicativa.

L'Adunanza Planaria ha in primo luogo rammentato che il diritto dell'UE mira all'armonizzazione e non all'unificazione del diritto processuale, valendo il c.d. "principio di autonomia processuale nazionale", cui la stessa Corte di giustizia avrebbe mostrato di aderire, fermi restando i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, che gli ordinamenti dei singoli Stati devono comunque garantire. E ha poi affermato che a suo avviso il principio processuale dell'esame prioritario del ricorso incidentale, rispetto a quello principale, non comporterebbe alcuna violazione dei suddetti limiti, sia pure "fatto salvo il rispetto della particolare regola iuris introdotta dalla sentenza della Corte di giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C100/12 Fastweb". Ciò in quanto l'impossibilità di esaminare la domanda di annullamento del ricorrente principale deriverebbe dalla stessa responsabilità di quest'ultimo, che non ha per fatto proprio utilmente preso parte alla procedura di gara.

In altri termini, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'impianto teorico costruito dall'Adunanza plenaria

n. 4 del 2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, non sarebbe stato sostanzialmente intaccato dalla sentenza "Fastweb".

Quest'ultima avrebbe dunque semplicemente "sommministrato" una "concreta regola iuris costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema. Tanto è vero questo che ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe". In tale quadro, la sentenza 9/14 ha ritenuto di dover enucleare ancor meglio il contenuto della suddetta "eccezione" alla regola generale (dell'esame prioritario del ricorso incidentale), affermando che essa è destinata ad operare solo ed esclusivamente laddove il vizio dedotto con il ricorso principale sia il medesimo dedotto con il ricorso incidentale. Solo in tale ipotesi, infatti, verrebbe effettivamente in rilievo l'esigenza di rispettare "il principio di "parità delle armi", dato che "L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo. In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale". Così l'Adunanza Plenaria ha elencato anche le ipotesi in cui si può parlare di vizio "identico", ritenendo che debba farsi riferimento alla causa dell'esclusione, "che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale", e sostenendo che "deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio".

In definitiva, secondo la sentenza n. 9/14 “devono considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all’interno delle seguenti tre, alternative, categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara); b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell’impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione); c) carenza di elementi essenziali dell’offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell’offerta o della sua provenienza)”.

Pertanto, solo laddove si realizzi nei termini predetti la c.d. “simmetria” dei vizi, potrà derogarsi alla regola generale che, nel solco già tracciato dalla sentenza n. 4/11, impone che il ricorso incidentale escludente sia esaminato sempre prima del ricorso principale. A dire la verità la sentenza n. 9/14 non pare del tutto persuasiva. La sentenza “Fastweb” della Corte Ue non sembra aver inteso tratteggiare una “evidente eccezione” alla predetta regola generale. Perlomeno, nel testo di tale pronuncia non sembrano rinvenibili affermazioni di tal fatta. Piuttosto, la Corte UE pare avere introdotto un principio generale, sia pure scaturito da una fattispecie concreta in cui vi era effettivamente una piena identità di vizi escludenti (dato che entrambe le offerte non erano conformi alle specifiche tecniche).

Ma ciò non sembra condizionare la portata della sentenza medesima, che ha pur sempre valorizzato il fatto che nell’ipotesi di reciproche censure escludenti “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” (punti 32 e 33).

Ciò che sembra rilevare, dunque, non è tanto la necessaria identità dei motivi escludenti, quanto proprio l’esistenza di una gara che, laddove il Giudice amministrativo accogliesse entrambi i ricorsi (principale e incidentale), risulterebbe deserta, così costringendo l’Amministrazione a valutare il suo rinnovo integrale.

Diversamente, del resto, dovrebbe ritenersi che la posizione dell’aggiudicatario (acquisita illegittimamente), dovrebbe essere preferita, anche laddove in ipotesi la sua offerta sia gravemente viziata, ad esempio per carenza di elementi essenziali (che rientrano nella categoria “c” introdotta dalla sentenza n. 9/14), sol perché casualmente il vizio che inficia l’offerta del ricorrente principale si colloca all’interno delle categorie “a” o “b” enucleate dall’Adunanza Plenaria.

Tale conclusione non pare condivisibile, perché ciò che sembra essere stato valorizzato dalla giurisprudenza comunitaria è proprio quell’interesse strumentale alla ripetizione della gara (in caso di procedura a due), che nell’impostazione della sentenza 9/14 viene in qualche misura ridimensionato.

A mio avviso, concludendo, tale sentenza fa riemergere le criticità già evidenziate dalla Suprema Corte di Cassazione, che aveva parlato non a torto di vera e propria “crisi del sistema” processuale, per avere imposto una preferenza per una delle due parti in causa, pur in presenza di un’aggiudicazione acquisita non legittimamente (sentenza 21 giugno 2012, n. 10294 cit.).

Il diritto dell’UE mira all’armonizzazione e non all’unificazione del diritto processuale, valendo il c.d. “principio di autonomia processuale nazionale fermi restando i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, che gli ordinamenti dei singoli Stati devono comunque garantire