

# Ricorso principale e incidentale, il Consiglio di Stato si rimette all'Adunanza plenaria

---

7 Novembre 2017

In un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica il giudice è tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario?

Due diverse sentenze di Palazzo Spada hanno emesso due orientamenti diversi, con la conseguenza che dopo un ricordo presentato per l'annullamento di una sentenza di primo grado, è stata emessa ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

## **Il caso**

Il caso riguardava la procedura di affidamento dell'appalto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori di risanamento idrogeologico del Centro storico di un Comune, per la quale la terza classificata in graduatoria proponeva ricorso contestando l'ammissione alla procedura di gara tanto dell'aggiudicatario (mancanza da parte del soggetto indicato come progettista dei requisiti richiesti dal disciplinare di gara, falsamente dichiarati, nonché per mancata presentazione della documentazione a corredo della fideiussione per la cauzione provvisoria) quanto della seconda classificata (mancanza dei requisiti di partecipazione in capo alle società ausiliarie delle quali dichiarava di avvalersi).

Si costituiva in giudizio l'aggiudicatario che, con ricorso incidentale escludente, impugnava gli atti della procedura per mancata esclusione della ricorrente, per aver perduto i requisiti di partecipazione richiesti dal disciplinare di gara in corso di svolgimento della procedura.

Il giudizio si concludeva con la sentenza del TAR che, esaminando prioritariamente il ricorso incidentale escludente e accogliendone uno dei motivi, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità della procedura nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione della terza classificata e ricorrente. Di conseguenza, dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale.

## **Due diversi orientamenti**

Nel dispositivo, i giudici del Consiglio di Stato hanno ricordato due diversi orientamenti dati:

- Con la **sentenza 26 agosto 2016, n. 3708** per la quale il giudice che, esaminato per primo il ricorso incidentale, lo abbia ritenuto fondato, è tenuto ad esaminare anche il ricorso principale solo se dal suo accoglimento può derivare un vantaggio in capo al ricorrente principale. Tale vantaggio non potrà consistere nella mera aggiudicazione del contratto in quanto, avendo accolto il ricorso incidentale escludente, il giudice ha già statuito sulla sua necessaria esclusione dalla procedura; pertanto, non potrà che essere l'accoglimento di un mezzo che per suo contenuto retroagisce fino a comportare la ripetizione della procedura. La ripetizione della procedura è concretamente ipotizzabile - per non restare una possibilità astratta e priva di effettiva utilità - se le imprese in gara siano state soltanto due; ovvero, in caso di più di due

imprese delle quali solo due siano in giudizio, se anche le offerte delle restanti imprese risultino affette dal medesimo vizio che, in giustizia, ha giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente che è parte della controversia.

- Con la **sentenza 20 luglio 2017, n. 3593** per la quale la domanda di tutela del proprio interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di gara con esclusione di tutte le offerte che, in quanto affette da vizi, non potevano essere esaminate dalla stazione appaltante, rivolta dal ricorrente principale al giudice amministrativo, merita di essere esaminata anche se, per ipotesi, la stessa offerta del ricorrente andava esclusa dalla procedura. In questa prospettiva, il giudice non tiene conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste fuori dal giudizio) come dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale, poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale come incidentale.

## La decisione

Nel caso di specie le ragioni di esclusione prospettate dall'appellante nei confronti dell'aggiudicataria attengono alla mancanza dei requisiti di progettazione in capo alla società che è stata indicata in sede di offerta come incaricata della progettazione. Invece, le ragioni di esclusione prospettate nei confronti della seconda graduata attengono alla mancanza dei requisiti di qualificazione S.O.A. in capo alle imprese ausiliarie.

Se nel decidere questa controversia si dovesse applicare il primo orientamento, in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale, si dovrebbe valutare se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale.

Qualora, invece, si dovesse fare applicazione del secondo orientamento, pur in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, si dovrebbe procedere all'esame di entrambi i ricorsi, spettando all'amministrazione poi, all'esito del giudizio, valutare la comunanza dei vizi alle restanti offerte e decidere, ove ciò abbia accertato, di annullare l'intera procedura di aggiudicazione, piuttosto che procedere all'aggiudicazione a favore dell'impresa successivamente classificata. Vi sarebbe, dunque, pur sempre un interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale, poiché la valutazione dell'identità dei vizi sarebbe compiuta, concluso il giudizio, dalla stazione appaltante.

Da qui la decisione del Consiglio di Stato di disporre il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

[ordinanza-cds-06.11.2017-5103](#)