

Indirizzi giurisprudenziali e dottrinari sull'ordine di trattazione del ricorso incidentale c.d. paralizzante in materia di appalti pubblici*

di Massimo Pellingra

Sommario

1. Il cammino giurisprudenziale in materia; 2. Brevi cenni sul ricorso incidentale nel c.p.a.; 3. Il recente iter giurisprudenziale a partire dalle Adunanze Plenarie n. 11/2008 e n. 4/2011 ; 4. La sentenza n. 197/2012 del Tar Lazio e l'ordinanza di rimessione n. 208/2012 del T.A.R. Piemonte; 5. Considerazioni conclusive.

1. Il cammino giurisprudenziale in materia

Anteriormente alle decisioni n. 11 dell'Adunanza Plenaria del 2008 e n. 4 del 2011, gli indirizzi giurisprudenziali hanno affrontato la querelle sull'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale nell'ipotesi di procedure selettive.

Sin dai primi anni novanta gli orientamenti giurisprudenziali maggioritari hanno anticipato gli indirizzi giurisprudenziali dell'Adunanza Plenaria nel 2011, ritenendo che il giudice dovesse dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente in via incidentale, nel caso in cui le stesse si riflettessero sulla configurabilità della legittimazione e dell'interesse ad agire del ricorrente principale¹.

Sul punto, secondo la giurisprudenza, nonostante il ricorso incidentale fosse di regola condizionato alla rilevata fondatezza del gravame principale, era indiscutibile che, ove il ricorso incidentale fosse consistito in motivi che mettevano in discussione il titolo di legittimazione del ricorrente principale, quest'ultimo dovesse essere esaminato in via preliminare, considerato il carattere pregiudiziale che acquisiva.

Gli arresti giurisprudenziali concernevano i casi del ricorso incidentale c.d. escludente, proposto cioè in seno a controversie aventi ad oggetto le pubbliche gare d'appalto: si tratta dell'ipotesi in cui il ricorrente incidentale assume che le ricorrenti principali avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura selettiva, con la conseguente sopravvenuta carenza di legittimazione ad opporsi alle risultanze di

* Il lavoro è stato sottoposto ad una preventiva valutazione da parte di due referee anonimi.

¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 1986, n. 57; id., Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367; id., Sez. V, 6 giugno 2001 n. 3079; id., Sez. V, 8 maggio 2002 n. 2468; T.A.R. Lazio, Sez. II, 13 dicembre 2001 n. 11368; T.A.R. Piemonte Torino,

sez. II 10/06/2002 n. 1190, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr. anche T.A.R. Roma, Sez. II, 30 aprile 2012, n. 3891; T.A.R. Milano, Sez. II, 2 settembre 2011 n. 2134.

una gara rispetto alla quale l'interesse azionato avrebbe assunto il carattere di interesse di mero fatto e quindi *ipso iure* non tutelabile.

La fondatezza del ricorso incidentale determinava, quindi, l'accoglimento dello stesso, e la conseguente improcedibilità di quello principale. La proposizione del ricorso incidentale costituiva un passaggio logico necessario ed insostituibile per contestare la legittimazione attiva del ricorrente². Quanto esposto si radicava sull'interpretazione del ricorso incidentale come funzione paralizzante dell'azione principale³.

Le questioni di cui al ricorso incidentale producono effetti sulle condizioni dell'azione del ricorrente principale, assumendo una valenza processuale e cioè pregiudiziale, rispetto all'esame del ricorso principale⁴.

² Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ Lo strumento del ricorso incidentale offerto al controinteressato è utile per insorgere contro lo stesso provvedimento oggetto del ricorso principale, ma per profili diversi da quest'ultimo e tali da ampliare il "*thema decidendum*" originario. In tal modo, l'azione può neutralizzare o limitare l'incidenza di un eventuale accoglimento del ricorso principale sulla posizione di vantaggio derivante al medesimo controinteressato dal provvedimento impugnato. Da un lato, vi è diversità dell'interesse fatto valere dal ricorrente incidentale, rispetto a quello del ricorrente principale, in quanto teso alla conservazione della propria posizione di vantaggio; dall'altro lato, il ricorso incidentale ha carattere condizionato o accessorio, nel senso che è subordinato all'esito del ricorso principale ma può comunque condizionare a sua volta l'interesse del ricorrente principale, potendo portare alla sua sopravvenuta carenza quando vengano dedotti motivi che lo mettano in discussione, tanto che lo stesso ricorrente principale non trarrebbe più alcun vantaggio dall'accoglimento del proprio gravame, sicché in tal caso il ricorso incidentale assume carattere pregiudiziale. Cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III 04/03/2003 n. 1701, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento* in www.giustamm.it, 2006.

Il descritto orientamento giurisprudenziale risalente trovava il suo fondamento nell'assunto in base al quale l'impresa che ha partecipato illegittimamente ad una procedura di gara è equiparabile a quella che non vi ha mai partecipato o che è stata legittimamente esclusa.

I richiamati indirizzi giurisprudenziali non possono considerarsi univoci, ma contengono accezioni per così dire diverse: la priorità e la fondatezza del ricorso incidentale, infatti, non sempre secondo il Consiglio di Stato, si sarebbero dovute tradurre nell'inammissibilità del ricorso principale⁵.

A contrario, altri orientamenti giurisprudenziali, tenuto conto dell'esame prioritario del ricorso incidentale volto a paralizzare l'azione del ricorrente principale, ritenevano che la fondatezza del ricorso incidentale non potesse comportare l'improcedibilità di quello principale, in forza della sussistenza per il ricorrente principale di un interesse secondario del rinnovo integrale della procedura selettiva.

Nell'ipotesi di una gara alla quale avessero partecipato due soli concorrenti, il richiamato indirizzo riteneva sussistente l'interesse di ciascuno volto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione⁶ disposta a favore dell'altro concorrente e la riedizione della gara.

2. Brevi cenni sul ricorso incidentale nel c.p.a.

L'art. 42 del Codice del processo amministrativo ha riscritto il ricorso incidentale, che ha sostituito la precedente disciplina di cui agli art.

⁵ Cfr. Cons. Stato sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468 secondo cui "*potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali*".

⁶ Fra gli indirizzi giurisprudenziali, cfr. Cons. Stato, sez. V 14/04/2006 n. 2095, in www.giustizia-amministrativa.it; in dottrina, vedasi A. CERRI, *Spunti e riflessioni sull'ordine delle domande, l'ordine delle questioni e l'impugnativa incidentale escludente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010.

44, legge 1034/1971 e art. 37, r.d. 1054/1924⁷. Il Codice, oggi, pare optare per l'identificazione nel ricorso incidentale di un'azione costitutiva. Infatti, secondo l'art. 42, comma 2, il ricorso incidentale "hai i contenuti di cui all'articolo 40" e cioè gli stessi contenuti prescritti per il ricorso principale, tra i quali "l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato"; l'art. 42, comma 1, qualifica il ricorso incidentale come strumento per "proporre domande"; il medesimo articolo, comma 4, disciplina gli effetti sulla competenza territoriale della "domanda introdotta con il ricorso incidentale".

Dall'analisi ontologica del ricorso incidentale, si deduce che si tratta di uno strumento processuale di cui sono titolari, ex art. 42, comma 1, c.p.a., il resistente ed il controinteressato, idoneo ad ampliare il *thema decidendum*; lo stesso è assoggettato alle formalità di notificazione e contenutistiche del ricorso introduttivo. Come chiarito *apertis verbis* dall'art. 42 c.p.a., infatti, il ricorso incidentale è uno strumento per introdurre nuove e contrapposte domande nel giudizio instaurato dal ricorrente principale.

Il Codice del nuovo processo amministrativo non prevede alcuna particolare disciplina in ordine alla problematica a riguardo dell'ordine di esame, da parte del Giudice, della domanda principale e di quella incidentale né tantomeno sulle conseguenze che l'eventuale accoglimento del secondo provoca in ordine all'ammissibilità e/o improcedibilità del primo.

⁷ Cfr. F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo, Commento articolo per articolo al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, II ed. Dike, 2012; S. CRESTA e G. F. NICODEMO, *Il nuovo codice del processo amministrativo, Commento alle novità introdotte dal decreto correttivo*, Roma, 2011.

L'art. 276 c.p.c. contiene un principio processuale di carattere generale, applicabile a qualunque tipo di giudizio, secondo cui il Giudice, nel decidere, deve seguire l'*iter* logico in cui le questioni si presentano. Secondo tacuni indirizzi dottrinari oltre che giurisprudenziali, la previsione normativa rilevava anche per il caso del ricorso incidentale "escludente"; esso solleverebbe, infatti, una questione di natura pregiudiziale che investe direttamente l'ammissibilità dell'iniziativa giudiziale⁸, e che quindi va decisa in via preventiva.

Altro *punctum saliens* è rappresentato dal mancato riferimento dell'accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale che l'art. 42 non contiene, contrariamente alle previsioni dell'abrogato art. 37, ultimo comma, Testo Unico Cons. Stato. L'abrogata disciplina, infatti, prevedeva l'inefficacia del ricorso incidentale nel caso in cui lo stesso fosse stato proposto dopo che era intervenuta la rinuncia al ricorso principale⁹, ovvero nel caso in cui il ricorso incidentale fosse stato ritenuto inammissibile¹⁰.

In dottrina, si è invece sviluppato un orientamento secondo cui l'art. 42, comma 14, c.p.a. nel prevedere che "le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale" accresca

⁸ Cfr. *ex pluribus*, R. VILLATA e L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 42*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA e V. LOPILATO, Milano, 2011; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, p. 285 e ss.

⁹ R. VILLATA, *Riflessioni, op. cit.*, E. CAPACCIOLI, *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1951, II; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Vol. I, Milano, 1962.

¹⁰ L'Adunanza Plenaria n. 4/2011 ha offerto un'interpretazione del "silenzio" legislativo come un'attenuazione dell'accezione "accessoria" del ricorso incidentale.

l'accessorietà del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale¹¹.

La qualifica di accessorietà al ricorso incidentale rispetto a quello principale comporta rilevanti refluenze in tema di relazione tra i due ricorsi, anche con riferimento all'ordine di trattazione degli stessi.

3. Il recente cammino giurisprudenziale a partire dalle Adunanze Plenarie n. 11/2008 e n. 4/2011

La questione dell'ordine di esame del ricorso principale ed incidentale in materia dei contratti pubblici è stata rimessa all'Adunanza Plenaria¹². Il Consiglio di Stato con la decisione n. 11/2008¹³ ha condiviso la soluzione di cui all'ordinanza di rimessione, ritenendo che dovesse comunque essere esaminato anche il ricorso principale, a seguito di accoglimento del ricorso incidentale escludente.

Non vi è dubbio che l'indirizzo giurisprudenziale del 2008 attribuiva rilevanza alla tutela dell'interesse c.d. "strumentale", cioè volto al perseguimento dell'utilità connessa alla ripetizione della gara in modo da conseguire una rinnovata *chance* di aggiudicazione. Nell'ipotesi di fondatezza di entrambi i ricorsi,

sembrava più corretto un *decisum*¹⁴ che imponesse l'annullamento dell'intera procedura e determinasse il conseguente rinnovo della stessa.

In seguito, a più riprese, tra l'altro con una decisione n. 4 del 7 aprile 2011, l'Adunanza Plenaria torna a confrontarsi sulla questione del rapporto tra il ricorso incidentale e principale, con riguardo all'impugnazione dell'aggiudicazione di appalti pubblici. Nel caso in oggetto, i giudici di Palazzo Spada attribuiscono rilievo all'efficacia paralizzante del ricorso incidentale che determina l'inammissibilità del ricorso principale.

In altri termini, la funzione difensiva del ricorso incidentale si radicherebbe in una decisione della controversia che, stante il richiamo al richiamato art. 276 c.p.c. da parte del c.p.a., comporta la sussistenza del giudizio logico sulla verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso. La contestazione della legittimazione e dell'interesse al ricorso può emergere anche attraverso la proposizione del ricorso incidentale, qualora l'attivazione di tale strumento costituisca lo strumento necessario per accertare l'illegittimità dell'atto su cui si fonda la legittimazione asserita dall'attore principale.

La doverosa verifica della legittimazione ad agire del ricorrente, trova una *ratio* qualora l'interesse legittimo è correlato ad un attuale e concreto bene della vita il quale sussiste quando un soggetto ha legittimo titolo per la pro-

¹¹ F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 3, 1151.

¹² Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 giugno 2008, n. 2669, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ Si legge letteralmente nell'ordinanza che "per i principi della parità delle parti e di imparzialità [...] 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".

¹⁴ La pronuncia del 2008 conteneva un principio più garantista dell'interesse dedotto dalle parti: sia il ricorrente principale sia quello incidentale avrebbero mantenuto *ab origine* l'interesse all'esame del merito dei rispettivi ricorsi. Il principio della parità delle parti impedisce una soccombenza anche parziale di una delle stesse, in conseguenza dei criteri logici che il giudice ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni.

posizione del ricorso, vantando l'interesse concreto volto ad elidere gli atti di affidamento di un contratto pubblico prodottisi con l'aggiudicazione che si ritiene illegittima¹⁵.

Quanto offerto in termini esplicitivi dall'Adunanza vaglia la legittimazione e l'interesse al ricorso¹⁶. La legittimazione al ricorso ha il suo antecedente logico in una posizione legittimante, la quale ha ad oggetto un bene della vita tutelabile non solo dall'accoglimento di una domanda ma dall'utilità pratica che da essa ne deriva. Pertanto, l'accertamento della fondatezza del ricorso incidentale "escludente" produce l'effetto paralizzante che l'Adunanza Plenaria del 2008 voleva scongiurare; la legittimazione processuale del concorrente-ricorrente deriverebbe dalla portata retroattiva dell'accertamento dell'illegittimità della sua ammissione alla gara¹⁷.

Gli indirizzi dottrinari hanno messo in luce che, a far seguito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008, derivano importanti conseguenze di carattere teorico, che investono gli stessi concetti di legittimazione al ricorso ed interesse al ricorso.

In primis, la partecipazione alla gara, anche se avviene illegittimamente, è fonte di legittimazione al ricorso. In altre parole, l'impresa che viene ammessa a partecipare alla gara diventa, per ciò solo, titolare di una posizione differenziata rispetto al *quisque de populo*. Inoltre, l'interesse strumentale alla ripetizione della gara è bastevole per ritenere esistente l'interesse al ricorso.

L'Adunanza del 2011, invece, attribuisce all'interesse rilevanza solo in seguito all'eventuale positivo riscontro della legittimazione al ricorso. D'altra parte, la Plenaria del 2008 si fondava su un quadro normativo diverso rispetto a quello attuale e su cui si è espressa nel 2011¹⁸. Sembra del tutto condivisibile la critica espressa da quegli indirizzi dottrinari secondo i quali l'impostazione dell'Adunanza Plenaria del 2011 trascura quella che sembra essere una gerarchia di interessi imposta dalla normativa comunitaria e nazionale, sovvertendola, in modo da rendere superiore l'interesse pubblico e dell'amministrazione all'esecuzione dell'appalto, rispetto all'interesse parimenti pubblico.

4. La sentenza n. 197/2012 del T.A.R. per il Lazio e l'ordinanza di rimessione n. 208/2012 del T.A.R. per il Piemonte

Di recente, il T.A.R. per il Piemonte ed il T.A.R. per il Lazio hanno sollevato dubbi sulla correttezza del principio enunciato in seno alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 secondo cui il ricorso incidentale interdittivo andrebbe sempre esaminato in via prioritaria ri-

¹⁵ Stante l'attuale cornice giurisprudenziale, in materia di affidamento di contratti pubblici, la legittimazione al ricorso spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva, eccetto le ipotesi di clausole di bando immediatamente lesive e/o escludenti, che possono essere gravate anche da chi non ha potuto partecipare alla gara.

¹⁶ "A parere del Collegio, deve essere tenuta rigorosamente ferma la netta distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere "finale" o "strumentale" di tale vantaggio".

¹⁷ G. PESCATORE, *Brevi note in tema di ricorso incidentale escludente, legittimazione al ricorso ed ordine di esame delle questioni*, in *www.lexitalia.it*, 5/2012.

¹⁸ M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice amministrativo*, commento all'ordinanza del T.A.R. Piemonte, Sez. II. 9 febbraio 2012, v. 208, in *Urb. e App.*, 4/2012, p. 437.

petto al ricorso principale, e la sua fondatezza comporterebbe il venir meno della legittimazione ad agire del ricorrente principale.

Il T.A.R. Piemonte ha sollevato il dubbio che l'applicazione di tale principio di diritto processuale elaborato dall'Adunanza Plenaria, potrebbe determinare in concreto una violazione del principio di parità delle parti, di non discriminazione e di libera concorrenza, principi tutelati dall'ordinamento comunitario, secondo cui (cfr. Direttiva n. 1989/665/CEE (modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE, art. 2, par. n. 1, lett. B) si prescrive che tutti gli Stati membri si dotino di procedure idonee e tali da permettere l'annullamento delle decisioni illegittime, in modo da evitare effetti discorsivi della concorrenza causati, in seno ad ogni singolo Stato, da un eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese" attraverso l'annullamento delle decisioni illegittime. Il T.A.R. per il Piemonte tenta di ripristinare – attraverso la rimessione all'organo della Giustizia Comunitaria – la posizione assunta dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1/200.

Anche il T.A.R. per il Lazio con la sentenza 10 gennaio 2012, n. 197 ha affermato come il principio espresso dal Supremo consesso nel 2011 non sia del tutto condivisibile. In altri termini esso non trova applicazione in ogni caso ma nell'ottica della valutazione di ogni singola vicenda controversa, in modo da evitare di giungere a soluzioni illogiche ed irragionevoli dei casi concreti sottoposti all'esame del giudice amministrativo.

In particolare, il T.A.R. del Lazio afferma che il ragionamento logico-giuridico seguito dalla Plenaria n. 4/2011 avvalora l'ipotesi che il ricorso incidentale escludente sia idoneo soltanto a inibire al ricorrente principale di contestare l'esito della gara a tutela del proprio interesse diretto all'aggiudicazione, e non di contesta-

re l'ammissione dello stesso ricorrente incidentale, come unico altro concorrente in gara, a tutela di un subordinato interesse alla ripetizione della procedura.

Parte della dottrina, invero, si è schierata a favore della visione garantista degli interessi del ricorrente, di cui si sono fatti portatori gli organi giurisdizionali amministrativi di primo grado sopra menzionati. È stato affermato che *"l'esame non può che essere contestuale e paritetico ... Nessuna gerarchia di esame vi può essere tra domande equiordinate e contrapposte. I mezzi operano sullo stesso piano con la conseguenza che solo ragioni eventuali di economia processuale, possono talvolta consentire l'esame di uno solo di essi, come può senz'altro avvenire nell'ipotesi tipica di manifesta infondatezza del ricorso principale"*¹⁹.

In ordine all'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia formulata dal T.A.R. per il Piemonte, sono state innanzitutto sollevati in dottrina dubbi sulla correttezza formale e sostanziale dell'ordinanza stessa.

In precedenza, il Consiglio di Stato aveva negato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267, ritenendo che la regola affermata nella sentenza dell'Adunanza Plenaria²⁰ *"è compatibile con i principi, espressi dalla direttiva c.d. ricorsi n. 2007/66/Ce, della non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto e della paritaria accessibilità al ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire un'asserita illegittima lesione della sua posizione"*.

In realtà, secondo i più acclarati indirizzi interpretativi, la nozione di "interesse

¹⁹ G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2012.

²⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

all'affidamento di un determinato appalto pubblico" implica una verifica che tale interesse sia "legittimo" nel senso di essere fondato su ragioni legittime, e non sia un interesse di mero fatto. Pertanto, l'interesse all'affidamento di un appalto pubblico spetta solo a chi ha tutti i requisiti per partecipare alla gara, non può spettare a chi dalla gara è stato escluso o deve essere escluso. Colui che è stato legittimamente escluso non ha un interesse all'affidamento della gara fondato su ragioni legittime, con la conseguenza che, sul piano processuale, non ha legittimazione a contestare la gara.

5. Considerazioni conclusive.

La problematica dell'ordine di trattazione degli anzidetti ricorsi, e delle conseguenze che tale ordine comporta, pareva essersi risolta definitivamente con la decisione assunta dalla citata Adunanza Plenaria n. 4/2011; così non è stato, in quanto i Tribunali Amministrativi hanno assunto recentemente posizioni quantomeno dubbiose circa la correttezza dell'impostazione del Supremo Consesso.

La questione, in particolare, è stata affrontata in sede comunitaria, a seguito della sua rimessione da parte del Tribunale Amministrativo piemontese alla Corte di Giustizia Europea, chiamata a decidere se i principi espressi dall'Adunanza Plenaria possano considerarsi lesivi della parità della parti processuali e della concorrenza.

Ciò posto, la legittimazione del soggetto all'impugnazione dell'atto di indizione di una gara pubblica²¹ è condizionata al dimostrato possesso di una posizione differenziata e con esso incompatibile, mentre la più ampia legittimazione riguardante la contestazione degli

affidamenti diretti trova fondamento e giustificazione nel giudizio di assoluto disvalore del diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il menzionato principio della concorrenza. Al di fuori delle ipotesi tassativamente individuate dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, resta fermo il principio per il quale, nelle controversie riguardanti l'affidamento di contratti pubblici, la legittimazione al ricorso spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo da tale circostanza deriva il riconoscimento di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela. La mera partecipazione alla gara pubblica non è elemento sufficiente al riconoscimento della legittimazione al ricorso atteso che questa deriva da una qualificazione di carattere normativo e postula un esito positivo del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. La definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Tale esito rimane fermo in ogni caso in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è stata definitivamente accertata per inoppugnabilità dell'atto di esclusione ovvero per annullamento dell'atto di ammissione.

Per concludere, sembra che i dubbi sollevati dal Collegio piemontese possano essere condivisi, in quanto affermare sempre e comunque la pregiudizialità del ricorso incidentale escludente – indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura selettiva – può sostanzialmente in un'ingiusta ed irreparabile lesione degli interessi del ricorrente principale.

²¹ L. DELPINO e F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2009, passim; R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009.