

# Il rito degli appalti dopo le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici

di Francesco Tramontana (\*)

“L'esigenza di garantire una tutela delle posizioni giuridiche pretermesse dall'azione amministrativa, che avesse il carattere dell'effettività, ha trasformato il rito processuale in materia di appalti pubblici. Alla luce di ciò analizziamo le modifiche introdotte per opera del nuovo Codice dei contratti entrato in vigore nel 2016.

## Il rito in tema di aggiudicazioni e le direttive su appalti e concessioni del 2014

La materia della tutela della concorrenza è forse quella su cui è maggiormente possibile avvertire la naturale tensione tra garanzia della legittimità dell'azione amministrativa ed effettività<sup>(1)</sup> della tutela delle posizioni

giuridiche di chi ne reclama la salvaguardia in sede giurisdizionale. Un *trade-off* mai semplice da conseguire, proprio in virtù del rango sostanzialmente equiordinato detenuto dagli interessi sottesi da ciascuna delle diverse posizioni in campo: la tutela dell'iniziativa economica privata, il diritto alla tutela giurisdizionale, il giusto processo, il buon andamento dell'azione amministrativa e, appunto, la tutela della concorrenza.

Nel tempo, è cresciuta l'esigenza di approdare a una tutela delle posizioni giuridiche pretermesse dall'azione amministrativa, che avesse il carattere dell'effettività. Che non fosse, cioè, limitata a conseguire una mera pronuncia di antiggiuridicità del provvedimento impugnato (con sua conseguente espunzione in caso di annullamento), ma permettesse al ricorrente di ottenere il bene della vita leso dall'azione amministrativa illegittima. La sempre più evidente sostanzialità della figura dell'interesse legittimo, contrapposta alla natura storicamente consolidata di tale istituto quale mera attenzione alla correttezza dell'azione amministrativa, e il progressivo enuclearsi, nel processo amministrativo, di un'idea di giudizio sul rapporto accanto a quella storica

(\*) Le opinioni e le tesi esposte nell'articolo non impegnano l'ente di appartenenza.

(1) Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale (già inneggiato da Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, come “*vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema*” e postulato sia dall'articolo 111 della Costituzione, in tema di giusto processo, che dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che parla di equo processo, e dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché sancito dall'articolo 1 del Codice del processo amministrativo) si sono più volte pronunciate la giurisprudenza nazionale ed europea, muovendo dall'assunto che può esservi tutela piena di una posizione giuridica, in quanto una pronuncia giurisdizionale sia in grado di far conseguire al suo destinatario il soddisfacimento del bisogno cui aspirava al momento del ricorso (cfr. Cass. n. 21255/2013, CGUE, C-69/14; C-93/12). Anche lungo l'evoluzione di questo principio si sono mosse le principali trasformazioni del diritto amministrativo: dalla risarcibilità della violazione dell'interesse legittimo (su cui: Cass., Sez. Un., n. 500/1999 e Corte cost., n. 204/2004) alla trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto (su cui, più volte, G. GRECO,

da ultimo con, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Diritto e società*, 2/2016).

di giudizio sull'atto, costituiscono chiari indizi di questa tendenza<sup>(2)</sup>.

Le trasformazioni che, nel breve volgere di un decennio, ha subito il rito processuale in materia di appalti pubblici, fotografa in maniera plastica questo orientamento. È noto come la categoria degli interessi legittimi contrapposta a quella dei diritti soggettivi non sia conosciuta dall'ordinamento dell'Unione Europea che privilegia un'idea sostanziale di posizione giuridica vantata dal soggetto che interagisce con la p.a., funzionale alla tendenza espansiva dei connotati di effettività della tutela. Ha quindi destato qualche stupore, nei primi lettori della direttiva 2014/24/UE<sup>(3)</sup>, vedere affermarsi questo concetto in uno dei considerando<sup>(4)</sup> che precedono l'ar-

ticolato. È agevole, tuttavia, constatare come si tratti di una posizione giuridica che, per quanto consimile a quella storicamente conosciuta nel nostro ordinamento, abbia strumenti di tutela e, probabilmente, anche connotati, diversi. La direttiva ne attribuisce la titolarità, infatti, ai "soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE [e che] hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente". Una modalità extra giurisdizionale, quindi, per tutelare non tanto la propria posizione giuridica soggettiva, ma un più generico interesse *uti cives* alla corretta applicazione della direttiva. Una sorta di azione popolare amministrativa, assimilabile forse a quella recentemente introdotta dal legislatore nazionale in tema di accesso generalizzato<sup>(5)</sup> e che si differenzia dall'azione giurisdizionale per la sostanziale carenza dell'interesse ad agire, codificato dall'articolo 100 del codice di procedura civile, applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'articolo 39 del c.p.a. Forse una nuova frontiera in tema di tutela di interessi diffusi che, tuttavia, al

(2) Su cui vale la pena di registrare la pronuncia della Corte costituzionale n. 94 del 2017 che ha ritenuto l'articolo 30 del c.p.a. conforme a Costituzione laddove esso assoggetti la proposizione dell'azione risarcitoria "derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria" a termine decadenziale e non (come nel caso dell'azione risarcitoria per violazione dell'articolo 2043 del codice civile) prescrizione quinquennale ex articolo 2947 cod. civ. Per argomentare questo assunto, il giudice delle leggi si è soffermato (assai sinteticamente, in vero) sulla differenza tra la tutela approntata dall'ordinamento nei confronti delle violazioni di diritti soggettivi rispetto a quella a garanzia di interessi legittimi, affermando che "le due situazioni giuridiche soggettive poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela", così confermando la storica persistenza di una diversificazione strutturale tra le due posizioni. Sul rilievo costituzionale della tutela risarcitoria derivante da violazione di interessi legittimi, si rinvia a Police, A. "Voce art. 103", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, I. OLIVETTI.

(3) Si tratta della Direttiva sugli appalti pubblici, che ha visto la luce nel marzo 2014, insieme alla n. 25 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e alla n. 23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

(4) È il considerando 122: "La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con

modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit".

(5) Si tratta di un istituto codificato dall'articolo 5 del d.lgs. 33/2013, che prevede che "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis".

momento non ha trovato attuazione nella normativa del nostro Paese<sup>(6)</sup>.

Al di là di questo richiamo, in effetti dai connotati più suggestivi che pratici, la direttiva 24 non contiene disposizioni in tema di tutela giurisdizionale. Ciò, in quanto la c.d. Direttiva ricorsi (2007/66/Ce) aveva già approntato un sistema di tutela giurisdizionale volto, tra l'altro, a garantire il principio di effettività. Il nostro ordinamento ha recepito questa direttiva con il decreto legislativo 53 del 2010 che ha novellato l'allora vigente Codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo 163 del 2006. Buona parte di quelle disposizioni sono state trasposte nel corpo del decreto attuativo della direttiva 24 adoperando il "filtro" della delega parlamentare (legge 28 gennaio 2016, n. 11) che ha dettato due principi<sup>(7)</sup> a riguardo: la raziona-

lizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale e la revisione e razionalizzazione del rito abbreviato "anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione".

In realtà, come si è detto, il nostro ordinamento nazionale conosceva già una serie di rimedi giurisdizionali "speciali" in tema di controversie per appalti pubblici. Le disposizioni contenute negli articoli del Titolo V "Riti abbreviati relativi a speciali controversie" del Libro quarto del Codice del processo amministrativo<sup>(8)</sup>, insieme ad alcune disposizioni dell'allora vigente decreto legislativo 163 del 2006, avevano recepito le regole dettate dalla direttiva ricorsi prevedendo, in particolare: l'obbligo di comunicazione tempestiva degli esiti della gara ai concorrenti, la loro possibilità di beneficiare di un accesso informale ai documenti di gara, un termine dilatorio, coordinato con quello per proporre ricorso, intercorrente tra dette comunicazioni e la data di stipulazione del contratto, il dimidiamiento dei termini per proporre ricorso, gli effetti sospensivi sulla stipulazione del contratto derivanti dalla proposizione di azione cautelare, la codificazione di orientamenti giurisprudenziali in tema di sorte del contratto a seguito della pronuncia di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, la risoluzione delle controversie attraverso una sentenza in forma semplificata. È opportuno ricordare come già dal 2010 la tutela giurisdizionale in tema di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture avvenga secondo un rito speciale, disciplinato dall'articolo 120 del codice del processo amministrativo. A questo si sono aggiunte regole processuali diverse per le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento<sup>(9)</sup>.

(6) È possibile rintracciarne un'eco nell'articolo 213, comma 5, del Codice dei contratti, che prevede che "nell'ambito dello svolgimento della propria attività, l'Autorità [nazionale anticorruzione] può disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato nonché dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi".

(7) Articolo 1, comma 1: "aaa) razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari; al fine di garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti pubblici di lavori, previsione, nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale, che, già nella fase cautelare, il giudice debba tener conto del disposto dell'articolo 121, comma 1, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 122 e nell'applicazione dei criteri ivi previsti, debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta; bbb) revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 119 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione

della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva".

(8) Si tratta degli artt. da 119 a 125.

(9) Sono le disposizioni processuali contenute nell'art. 125 del codice, modificate dall'art. 1, comma 1, lett. ii) del d.lgs. 195 del 2011.

Si tratta di istituti che, nella struttura di diritto sostanziale e processuale successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo 50 del 2016, permangono. In recepimento dei principi della legge delega, essi hanno però ricevuto una considerevole revisione, rilevante sia sotto il profilo del diritto sostanziale che di quello processuale.

### Un cenno alle questioni di giurisdizione

All'interno di quel *continuum* che va dall'indizione del procedimento di gara allo spirare di efficacia del contratto, la linea demarcatrice che individua la giurisdizione del giudice amministrativo corrisponde con la stipulazione del sinallagma.

Esso si configura come primo elemento della fase dell'esecuzione e, pertanto, rappresenta l'atto iniziale di un percorso il cui eventuale contenzioso è devoluto al giudice ordinario. Per converso, tutti gli atti che precedono la stipulazione sono assegnati alla giurisdizione del giudice amministrativo. Il dato di diritto positivo è costituito dall'articolo 133, comma 1, lettera e) del c.p.a.<sup>(10)</sup>.

È interessante notare come la regola che assegna alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le vicende relative al rapporto contrattuale (risoluzione, recesso, revisione prezzi, ecc.) subisca alcune eccezioni nei casi in cui, pur nel corso dell'efficacia del contratto, l'ammini-

strazione dismetta la posizione paritetica e si riappropri di quella autoritativa, con ciò radicando nuovamente la giurisdizione del giudice amministrativo.

È il caso in cui il soggetto privato, pur in costanza di rapporto contrattuale, perda i requisiti prescritti per partecipare alla procedura di scelta del contraente. In questa circostanza, infatti, più che di risoluzione del contratto, è il caso di parlare di decadenza dall'aggiudicazione e l'aver assunto il ruolo di contraente non inibisce all'amministrazione di esercitare nuovamente le prerogative pubblicistiche di stazione appaltante e pronunciare con un provvedimento unilaterale la decadenza e la conseguente risoluzione del contratto<sup>(11)</sup>.

“ Il rito in materia di aggiudicazione di contratti pubblici ha subito numerose modifiche per opera del nuovo Codice ”

### Le modifiche apportate dal nuovo Codice

Chiarito il perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo, è possibile soffermarsi sulle peculiarità del rito in materia di aggiudicazione di contratti pubblici. È opportuno evidenziare che il processo ha subito numerose modifiche per opera del nuovo Codice dei contratti entrato in vigore nel 2016. Si tratta delle disposizioni contenute nell'articolo 204 del d.lgs. 50 del 2016 che hanno inciso per lo più sul testo dell'articolo 120 del c.p.a. Sinteticamente:

- a) l'impugnabilità dei provvedimenti emanati dall'Anac, in relazione alle procedure di affidamento (comma 1);
- b) l'introduzione di un nuovo rito, ancora più accelerato, avente a oggetto i provvedimenti di esclusione e ammissione alle procedure di affidamento “all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali” (comma 2-bis);
- c) la disciplina del nuovo rito (comma 6-bis);
- d) l'inapplicabilità ai provvedimenti di esclusione e ammissione al procedimento di gara della regola secondo la quale “i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti” (comma 7);

(10) La norma parla di “controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto”.

(11) Sul punto, cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 30 agosto 2006, n. 526.

- e) una nuova disposizione in materia di tutela cautelare, in forza della quale *“nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all’esecuzione contrattuale del contratto, dandone conto nella motivazione”* (comma 8-ter);
- f) il deposito della sentenza di cui al nuovo rito entro sette giorni dall’udienza di discussione (comma 9);
- g) l’applicazione dl nuovo rito anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato (comma 11);
- h) la proponibilità di ricorso cumulativo nel caso di offerte per più lotti, solo se vengano *“dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”*.

#### **Tassonomia dei riti in tema di affidamento di lavori, servizi e forniture**

I *“provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”* appartengono al novero di quelli cui, in forza l’articolo 119, comma 1, lettera a) del c.p.a., si applica un rito abbreviato. Le disposizioni procedurali sono contenute nello stesso articolo 119 (sono quelle comuni alle altre sedici tipologie di provvedimenti elencate nel comma) nonché nell’articolo 120, mentre l’articolo 125 contiene alcune discipline speciali per le infrastrutture strategiche.

L’esame delle disposizioni del c.p.a. permette di affermare che in tema di affidamento di lavori servizi e forniture coesistono tre differenti procedure processuali, tutte aventi carattere abbreviato rispetto al rito ordinario, e differenti l’una dall’altra in ragione della tipologia del provvedimento impugnato.

Nell’ambito della specialità del rito, è così possibile enucleare:

- a) una procedura specifica per le controversie concernenti le infrastrutture strategiche, contenuta nell’articolo 125 del c.p.a.;
- b) una procedura speciale, super accelerata, relativa alle controversie riguardanti la legittimità dei provvedimenti di esclusione e di ammissione alle procedure, a seguito della verifica dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali;
- c) una procedura ordinaria, con termini abbreviati, per tutti gli altri provvedimenti.

Qualche parola sul primo rito. Esso riguarda (comma 1) *“le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asserimento”*, nonché (comma 4): le procedure di affidamento in caso di fallimento dell’esecutore o risoluzione del contratto, le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione degli interventi individuati nel contratto istituzionale di sviluppo ai sensi dell’articolo 6 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88 e le procedure relative a Expo Milano 2015.

Con un certo sbilanciamento a favore della necessità di garantire l’esecuzione della commessa, rispetto alla tutela di piena giustiziabilità alla stregua delle regole ordinarie, in questi casi il legislatore ha previsto che in sede di giudizio cautelare, il giudice contemperi gli ordinari parametri del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* con le *“probabili conseguenze del provvedimento stesso [di sospensione] per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera”* e della *“irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure”*.

Ma c’è di più. Al di fuori dei casi in cui l’articolo 121 c.p.a. prevede l’inefficacia del contratto, l’ordinanza cautelare di sospensione degli effetti del provvedimento impugnato e la sentenza di annullamento del provvedimento di annullamento non comportano *“la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene [non in forma specifica, ma] per equivalente”*. Conseguenza di ciò è l’applicazione dell’articolo 34, comma 3 del c.p.a., secondo cui in casi come questo (allorquando l’annullamento del provvedimento impugnato non costituisce una misura idonea per il ricorrente per conseguire il bene della vita cui aspira, cioè per lo più l’affidamento della commessa per la quale ha concorso), l’accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato è funzionale esclusivamente alla liquidazione del danno risarcibile. Insomma, si tratta di regole di diritto eccezionale e contingente dettate dalla necessità di garantire la prosecuzione della commessa affidata. Tale esigenza, la cui rilevanza trascende il coinvolgimento delle parti e abbraccia dimensioni più ampie come il *“preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera”*, dà luogo a una traslazione della tutela dall’ambito

tipicamente reale del conseguimento l'aggiudicazione e il contratto susseguente alla dichiarazione di inefficacia di quest'ultimo (articolo 124 c.p.a.), a quello per equivalente conseguibile attraverso la liquidazione di una somma di denaro.

## Il rito ordinario

Il rito ordinario in materia di aggiudicazioni di commesse pubbliche ha carattere di residualità, in quanto concerne tutti i provvedimenti diversi da quelli relativi alle infrastrutture strategiche e da quelli oggetto di rito speciale (o super accelerato) introdotto dal nuovo codice dei contratti e disciplinato dai commi 2-bis e 6-bis dell'articolo 120 del c.p.a.

Si tratta di un rito improntato a canoni di concentrazione e accelerazione<sup>(12)</sup>. È testimonianza del primo elemento la disposizione recata dall'articolo 128 del c.p.a. che esclude che in tema di procedimenti di aggiudicazione possa proporsi ricorso straordinario al Capo dello Stato. Costituisce attestazione del secondo la dimidiazione dei termini processuali. Anziché entro sessanta giorni, i provvedimenti che si assumono viziati devono pertanto essere impugnati entro il termine decadenziale di trenta giorni decorrente (articolo 120, comma 5, c.p.a.) dalla ricezione delle comunicazioni di cui all'articolo 76 del Codice dei contratti o "per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione del bando o dell'avviso". La disposizione contiene una norma di chiusura che prevede che in ogni altro caso il termine decorra dalla conoscenza dell'atto. Infine, il termine per proporre ricorso incidentale decorre dalla notifica del ricorso principale.

A proposito di termini, può essere interessante soffermarsi sulla disposizione contenuta nel comma 2 dell'articolo 120 del c.p.a.: "nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione

[definitiva] di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [leggasi: di cui agli articoli 36, comma 2, lettere b) e c), 98 e 129 del d.lgs. n. 50 del 2016], a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto". Come affermato dalla dottrina<sup>(13)</sup>, si tratta di una norma di chiusura atta

a fornire stabilità alle procedure di gara, che lascia impregiudicata sia la tutela risarcitoria che l'autotutela e che potrebbe "avere la sua utilità per i casi in cui le stazioni appaltanti abbiano utilizzato tale procedura senza bando fuori dai casi consentiti e vengano proposti ricorsi volti a far valere proprio il vizio di mancata pubblicazione del

bando. Con la norma di chiusura, tali ricorsi impugnatori non potrebbero comunque essere proposti decorsi sei mesi dalla stipulazione del contratto, fatta salva la tutela risarcitoria. Eliminando la norma di chiusura, i ricorsi potrebbero essere proposti nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza degli atti, che potrebbe avvenire anche ben oltre il termine di sei mesi dalla stipulazione del contratto, determinando ora per allora la caduta dell'intera procedura<sup>(14)</sup>".

\*\*\*

(13) M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in "Federalismi", 10/2016, il quale richiama la sentenza della Corte di Giustizia C-166/14 per evidenziare come "il diritto dell'Unione europea (segnatamente il principio di effettività) osta ad una normativa nazionale che subordina la proposizione di un ricorso diretto ad ottenere il risarcimento danni per violazione di una norma in materia di appalti pubblici al previo accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione per mancata previa pubblicazione di un bando di gara, qualora tale azione di accertamento di illegittimità sia soggetta ad un termine di decadenza di sei mesi a partire dal giorno successivo alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, indipendentemente dalla circostanza che colui che propone l'azione fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza".

(14) M. LIPARI, *op. cit.*

(12) Sul punto, cfr. G. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*. Neldiritto Editore, 2016.

È strettamente connesso con la decorrenza dei termini per ricorrere l'istituto dello *stand still* nella duplice declinazione offerta dall'articolo 32 del Codice dei contratti. Com'è noto, la disposizione (comma 9) inibisce la stipulazione del contratto prima che siano trascorsi almeno trentacinque giorni dall'ultima delle comunicazioni fatte ai concorrenti ai sensi dell'articolo 76 del Codice dei contratti. In più (comma 11), laddove in questo lasso di tempo sia presentato ricorso contenente un'istanza cautelare, il contratto non può essere stipulato nell'intervallo temporale compreso tra la notifica all'amministrazione del ricorso e l'emanazione del provvedimento cautelare di primo grado (o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di merito, se emessa all'udienza cautelare) e in ogni caso per i venti giorni successivi alla notifica del ricorso. L'effetto sospensivo sulla stipulazione del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvii al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare. Ancora, riguardo ai termini processuali, il deposito del ricorso deve avvenire entro i quindici giorni successivi all'ultima notifica per il destinatario.

Anche il processo subisce un'accelerazione: l'udienza è fissata d'ufficio e deve aver luogo entro quarantacinque giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

Riguardo alle misure cautelari, il rito contiene delle peculiarità. È nota l'evoluzione che questi strumenti di tutela hanno assunto nel processo amministrativo. A far data dalla legge 205 del 2000 è stata abbandonata quella tipizzazione unica che storicamente faceva coincidere l'ordinanza cautelare con la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, a favore dell'introduzione di un'idea di misura cautelare più ampia, votata all'atipicità e, in questo modo, probabilmente più idoneo alla tutela interinale delle posizioni delle parti<sup>(15)</sup>. Questo percorso

è sfociato nell'articolo 55 del c.p.a. che non fa più riferimento a un'unica tipologia di intervento ottenibile dal giudice, ma a un ventaglio di ipotesi non previamente tipizzate che, proprio come avviene nel caso dell'articolo 700 c.p.c., sono tra di loro accomunate dalla prevedibile idoneità "ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso" (articolo 55, comma 1, c.p.a.).

In questo contesto generale, è possibile punteggiare alcune singolarità del rito. Innanzitutto le ordinanze cautelari hanno un termine di efficacia che non può superare i sessanta giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza che le dispone (articolo 120, comma 8-bis c.p.a.). Ma non solo. In funzione acceleratoria del processo, laddove il giudice di primo grado ritenga sussistenti entrambi i presupposti tipici che postulano il potere cautelare (il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*) "fissa con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti" (articolo 119, comma 3, c.p.a.). E, laddove il giudice di appello riformi l'ordinanza di rigetto emessa dal giudice di prime cure, "la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito".

\*\*\*

volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito". Questa pronuncia ha trovato poi eco nella sentenza n. 249, emessa dal giudice delle leggi nel 1996, nella quale può leggersi che "la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 della Costituzione (sentenze n. 253 del 1994 e n. 190 del 1985). Si aggiunga che, con riferimento particolare alla giurisdizione amministrativa, basata sull'annullamento degli atti illegittimi, la Corte ha, da tempo, posto in luce il carattere essenziale della procedura cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il processo di merito, dichiarando illegittima l'esclusione o la limitazione del potere cautelare con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato (sentenze n. 227 del 1975 e n. 284 del 1974)".

(15) Si tratta di un percorso molto ampio la cui origine è forse possibile scorgere nella sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 1985 la quale, soffermandosi sui tentativi di estendere il precetto dell'articolo 700 c.p.c. (e con esso la portata di atipicità delle misure da esso sottese) al giudizio amministrativo, arriva ad affermare che "dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante

A queste particolarità in tema di rito, se ne aggiungono altre di carattere più sostanziale. Anche qui vi è un'eco della rilevanza di un interesse che va al di là di quello strettamente sotteso dalle parti. Il comma 8-ter dell'articolo 120 c.p.a. introduce infatti, quali parametri lungo cui il giudice deve orientare la propria decisione in materia cautelare, le "esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto" che si affiancano così al *fumus* e al *periculum*, previsti dall'articolo 119, comma 3 c.p.a. e dal rinvio fatto alla disciplina generale dal comma 4 dello stesso articolo. C'è di più: la decisione cautelare deve infatti tenere conto "di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1 e 122". Cosa vuol dire?

Si è accennato come il processo amministrativo tenda a ricomprendere i caratteri dell'effettività della tutela tra i propri paradigmi. In tema di contrattualistica pubblica ciò è ancora più evidente, in quanto non sempre un provvedimento giurisdizionale di carattere demolitorio è in grado di soddisfare il bene della vita cui il ricorrente aspira. Non è detto, infatti, che l'operatore economico pretermesso illegittimamente da un altro concorrente veda soddisfatta la propria aspettativa sottesa dal ricorso con l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione pronunciato illegittimamente a favore di altri. Piuttosto, egli ambisce a conseguire la titolarità del contratto di cui il provvedimento oggetto di giudizio è uno degli elementi prodromici e presupposti. Evidentemente, perché ciò avvenga, è necessario che il contratto stipulato con il soggetto che lo ha conseguito illegittimamente venga dichiarato inefficace. È ciò che afferma l'articolo 124 c.p.a. che subordina l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto alla dichiarazione di inefficacia di quest'ultimo, aggiungendo che nei casi in cui ciò non avvenga, la tutela avviene per equivalente. Correlate a questa dinamica vi sono le disposizioni dell'articolo 121 e 122 del c.p.a. che, mettendo fine a un annoso dibattito sulle modalità attraverso cui l'annullamento di un provvedimento di aggiudicazione si riverberi sul relativo contratto, hanno tipizzato in maniera dettagliata le sorti del sinallagma figlio di una procedura travolta da una sentenza di annullamento. Orbene, con il comma 8-ter dell'articolo 120 c.p.a., nel caso di emanazione di ordinanza cautelare, il giudice è chiamato a svolgere alcune delle valutazioni in ordine all'efficacia del contratto che gli articoli 121 (limitatamente alle ipotesi di cui al comma

1) e 122 gli demandano al momento dell'emanazione della sentenza di annullamento. In questo senso, è stato affermato<sup>(16)</sup> che "l'ordinanza cautelare (di accoglimento) ha il carattere della strumentalità funzionale: può stabilire tutti i possibili effetti, ancorché in via provvisoria e interinale, che il ricorrente può conseguire con la domanda e la sentenza (favorevole) del giudice". In questo modo, il principio di effettività permea anche la tutela cautelare, potendole far assumere effetti anticipatori della sentenza di merito, non solo riguardo alle conseguenze demolitorie del provvedimento impugnato, ma anche riguardo alle sorti dello stipulando contratto. Quindi, una possibile lettura dell'articolo 120, comma 8-ter, può spingersi sino a enucleare cinque presupposti perché l'istanza cautelare sia accolta:

- a) la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso (art. 119, comma 3, c.p.a.);
- b) la presenza di un pregiudizio grave e irreparabile (art. 119, comma 3, c.p.a.);
- c) la ricorrenza di casi di estrema gravità e urgenza (art. 119, comma 4, c.p.a.);
- d) le esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto (art. 120, comma 8-ter, c.p.a.);
- e) la previsione che, alla stregua di quanto previsto dagli art. 121, comma 1, e art. 122 del c.p.a., la sentenza di merito possa comportare l'inefficacia totale o parziale dello stipulando contratto (art. 120, comma 8-ter, c.p.a.)<sup>(17)</sup>.

Sembra di poter affermare che ciascuno di questi pre-

(16) E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in "Urbanistica e appalti", 8-9/2016.

(17) E. FOLLIERI, *op. cit.* enuclea efficacemente i casi che possono ricorrere: "a) è dubbio che si possa sospendere gli atti di gara, se non sia stato già sottoscritto il contratto; b) comunque, non può accogliersi la domanda cautelare, se il ricorrente non chieda (anche) la dichiarazione di inefficacia del contratto, pur se non ancora intervenga e nella previsione che possa essere sottoscritto, e non proponga la "domanda di subentrare"; c) non va concessa la misura cautelare se i vizi adottati comportino solo l'obbligo di rinnovare la gara; d) i provvedimenti di esclusione o di ammissione non possono essere sospesi (a prescindere dalla possibilità o utilità di domandare la misura cautelare in alcuni di questi casi, in conseguenza del rapido "terzo" rito speciale e di cui si dirà); e) tutti gli atti non collegati eziologicamente con il contratto stipulato o da stipulare non possono essere sospesi".

supposti agisca in maniera diversa riguardo alla decisione del giudice.

La collocazione dei primi due (articolo 119, comma 3 c.p.a.) in un contesto in cui si parla di presupposti per la fissazione dell'udienza di merito, sembrerebbe relegarli a meri elementi prodromici di carattere procedurale e acceleratorio per favorire una pronuncia di merito più sollecita<sup>(18)</sup>.

Ma è sostenibile credere che, in virtù del rinvio di cui all'articolo 119, comma 4, secondo periodo del c.p.a. (*"al procedimento cautelare si applicano le disposizioni del Titolo II del Libro II, in quanto non derogate dal presente articolo"*), essi costituiscano altresì presupposti necessari per l'eventuale concessione della misura cautelare e consentano anche di individuare quella più idonea (articolo 55, comma 9, c.p.a.: *"l'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, a un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso"*).

Il terzo costituisce, forse, un rafforzamento dei primi due e permette di ricondurli, oltre che alla loro funzione processuale, a una dimensione più sostanziale. Con ciò, facendo risaltare l'esigenza di correlare eziologicamente la sussistenza dei presupposti in esame non solo all'individuazione delle modalità di prosecuzione del processo (articolo 119, comma 3, c.p.a.), ma anche alla concessione della misura cautelare e all'individuazione di quella più idonea (articolo 119, comma 4, c.p.a.).

Della finalità del quarto e del quinto si è già detto. Ma proprio questa funzione induce a credere che detti presupposti, in realtà, scemino da elementi necessari

(18) La loro sussistenza consente, infatti, al giudice di primo grado di *"fissare la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle altre prove occorrenti"* (articolo 120, comma 3, c.p.a.).

perché il giudice emani un provvedimento cautelare a linee guida lungo cui egli può orientare il percorso logico che sfocerà nella decisione. Sul punto, rinviando alle argomentazioni critiche addotte da certa dottrina (che, oltre a mettere in mostra l'incongruità della disposizione rispetto all'articolo 32 del Codice dei contratti, ha ipotizzato l'illegittimità della norma per eccesso di delega legislativa<sup>(19)</sup>), si condivide l'assunto secondo il

quale *"una soluzione alternativa alla rimessione della questione alla Corte costituzionale, alla Corte di Giustizia o alla disapplicazione, potrebbe essere un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata e, sostanzialmente, "sterilizzante" del comma 8-ter dell'art. 120 c.p.a., considerandolo una mera esemplificazione del parametro che il giudice deve applicare nel dispensare la tutela cautelare"*<sup>(20)</sup>.

### Il rito super accelerato

La novità più rilevante della riforma del rito su appalti e concessioni è probabilmente costituita

dall'introduzione di un'inedita procedura involgente sia gli aspetti sostanziali che quelli processuali, volta a scrutinare nel merito in forma autonoma e anticipata rispetto agli altri atti, la legittimità dei provvedimenti di esclusione e di ammissione alle procedure a seguito della verifica dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.

La disciplina positiva (recettiva dell'art. 1, comma 1, lett. *bbb*) della legge delega) è contenuta nei commi 2-*bis*

(19) E. FOLLIERI, *op. cit.*, ipotizza l'incostituzionalità della norma per eccesso di delega, evidenziando come *"l'introduzione di questo parametro di giudizio rappresenta un forte ostacolo ad affermare la necessaria e preminente valutazione dell'interesse al bene della vita (aggiudicazione) portato dal ricorrente ed allora l'applicazione estesa a contratti diversi dagli appalti pubblici di lavori comporta una rilevante e sostanziale violazione della legge delega, per cui il comma 8 ter dell'art. 120 c.p.a. è incostituzionale"*.

(20) *Ibidem*.

e 6-bis dell'articolo 120 del c.p.a.. In forza della prima disposizione "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione<sup>(21)</sup> sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività".

Per quanto qui occorra al fine dell'analisi congiunta dei testi delle due disposizioni reciprocamente incrociate, il riferimento all'articolo 29 del Codice dei contratti può essere limitato al secondo periodo del comma 1, in forza del quale "al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono (...) pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali".

Proviamo a disarticolare la norma processuale, con lo scopo di enucleare le disposizioni contenute al suo interno: "in esito al segmento procedimentale rivolto ad acclarare il possesso dei requisiti soggettivi dei concorrenti in ordine ai titoli di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale//il concorrente che intenda far valere la supposta illegittimità di tali determinazioni// ha l'onere di impugnare detti provvedimenti//entro il

termine di trenta giorni dalla loro pubblicazione//perché poi possa far valere l'illegittimità che da quei provvedimenti a suo dire illegittimi si è riverberata sugli ulteriori atti di gara//ivi compresi la proposta di aggiudicazione e gli altri atti endoprocedimentali per quanto privi di attitudini immediatamente lesive//e ciò vale sia che gli ulteriori vizi siano eccepiti mediante ricorso principale che con ricorso incidentale".

Vale la pena di identificare subito l'oggetto del ricorso. Non qualunque provvedimento di esclusione (o di ammissione), ma solo quello che tragga il proprio presupposto dall'esito della verifica (in capo al soggetto escluso o a quello ammesso) dei soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale. Gli aspetti lessicali non sono felicissimi. L'articolo 83, comma 1, del Codice dei contratti enunciando i criteri di selezione, parla infatti di "requisiti di idoneità professionale", di "capacità economica e finanziaria" e di "capacità tecniche e professionali". Nulla quaestio sulla seconda locuzione, che corrisponde a quella dell'articolo 10 comma 2-bis c.p.a., ma è lecito interrogarsi se la prima e la terza corrispondano entrambe ai titoli di carattere tecnico-professionale di cui parla la norma processuale. Probabilmente la risposta deve avere natura funzionale, potendosi ritenere che non rientrino "nel campo di applicazione del nuovo rito le ammissioni e le esclusioni successive allo stadio procedimentale che si conclude con la pubblicazione ai sensi dell'articolo 29 d.lgs. 50/2016<sup>(22)</sup>". Riguardo ai procedimenti di gara cui la previsione è applicabile, non vi è motivo di escluderne alcuno, posto che il legislatore ha utilizzato la formula ampissima di "procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" e di "atti delle procedure di affidamento". In virtù di questa considerazione, il Consiglio di Stato è giunto recentemente a ritenere che il rito appalti (in tutte le sue articolazioni) si applichi anche agli affidamenti *in house*<sup>(23)</sup>.

\*\*\*

(21) Il TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 340/2017 si è occupato del caso in cui tale pubblicazione non abbia avuto luogo, ritenendo che in questa ipotesi "il termine di trenta giorni previsto dall'articolo 120, comma 2-bis c.p.a., per l'impugnazione dell'ammissione di altro concorrente comincia a decorrere solo dalla data di invio della Pec che comunica l'avvenuto affidamento dell'appalto, con conseguente applicazione del rito appalti ordinario in luogo di quello superaccelerato".

(22) Così, E. BOSCOLO, "Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti: primi chiarimenti giurisprudenziali sull'ambito applicativo e sui problemi di diritto intertemporale", in *Giurisprudenza italiana*, 1/2017, che dubita sulla possibile "inclusione nel campo di applicazione del rito degli atti di autotutela che annullino il provvedimento di ammissione o di esclusione".

(23) Consiglio di Stato, V, 2533/2017.

Lasciando sullo sfondo le regole processuali contenute nel comma 6-bis, conviene muovere l'esame del nuovo istituto dall'esigenza che, recependo il suggerimento contenuto nel parere n. 855 del 10 aprile 2016 del Consiglio di Stato, ha mosso il legislatore a muoversi in questo senso. Come evidenziato dai giudici di Palazzo Spada, la *ratio legis* dell'istituto risiede nella "pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovverosia, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione<sup>(24)</sup>". Ciò, probabilmente, allo scopo di evitare che il segmento procedimentale di esame delle offerte venga in qualche modo inquinato da vicende afferenti l'esatta (e, negli intendimenti del legislatore, forse irreversibile) identificazione della platea dei soggetti ammessi a quella fase.

Ciò ha trovato eco anche nella giurisprudenza di legittimità che si sta un po' alla volta consolidando sul tema. Il giudice amministrativo di appello ha, per esempio, affermato che "la novella all'art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la *res controversa* della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda<sup>(25)</sup>".

Senonché, questa condivisibile aspirazione sembra far fatica a trovare fondamento nella scansione procedimentale delle fasi di gara<sup>(26)</sup> postulata dalla norma. È probabile che una consona applicazione della disposizione avrebbe necessitato, infatti, di una suddivisione tra le due fasi (quella rivolta alla verifica dei requisiti e l'altra avente a oggetto l'esame delle offerte) maggiormente scolpita. Al di là della prassi che tende, in effetti, a tenere separati i due stadi, sono le prescrizioni del Codice a contraddire quella necessità. L'articolo 80, comma 6, afferma, infatti, che "le stazioni appaltanti escludono

un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".

Non dispone diversamente la direttiva che, anzi, va oltre. L'articolo 56, comma 2, pospone il mezzo al fine, prevedendo "nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice". Basterebbe questa disposizione per comprendere l'autentica *ratio* dell'istituto processuale.

Altra cosa, però, è verificarne l'esatta portata. Al di là della non sufficientemente definita scansione tra le due fasi procedimentali, di cui si è detto<sup>(27)</sup>, resta il problema dei tempi lungo cui si articola il procedimento di gara, non necessariamente congrui rispetto a quelli delle fasi processuali. Se il ricorso nei confronti degli atti di esclusione o di ammissione deve essere proposto entro trenta giorni dalla loro pubblicazione e il giudizio è definito entro trenta giorni dal perfezionamento dell'ultima notifica del ricorso alle parti intimato, la decisione interviene non prima di sessanta giorni dalla conclusione della fase di scrutinio delle istanze dei concorrenti. La proposizione del ricorso non sospende il procedimento di gara che, verosimilmente, in questo lasso di tempo potrà aver già avviato (e in alcuni casi esaurito) la seconda fase, quella relativa all'esame delle offerte. Fatte salve le decisioni in fase cautelare (che per quanto possano avvenire prima che la seconda fase

(24) Parere Consiglio di Stato n. 855/2016.

(25) Cons. Stato, sez. V, n. 1059/2017. In termini, tra gli altri, TAR Puglia, Bari, n. 394/2017.

(26) È noto che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (pronunce n. 7 e 9 del 2014) ha sancito che ai fini dell'ammissione dei concorrenti, vadano individuate tre fasi procedimentali quali, quella concernente gli aspetti formali e estrinseci dell'offerta, l'altra concernente i requisiti soggettivi di partecipazione e l'ultima avente a oggetto i contenuti oggettivi dell'offerta.

(27) E che hanno portato qualche autore ad accomunare il procedimento in questione con quello concernente il contenzioso elettorale. Tuttavia, pur essendo quest'ultimo davvero scandito in fasi procedimentali, non solo predefinite, ma cronologicamente non reversibili, il rito a esso applicabile (articolo 129 c.p.a.) non contiene l'onere dell'impugnazione di un atto quale prodomo per la prosecuzione del giudizio.

del procedimento abbia inizio, non è detto che siano confermate nel merito), può pertanto accadere che la decisione relativa al rito super accelerato intervenga allorquando la seconda fase sia già in essere o addirittura conclusa. E laddove essa sia favorevole al ricorrente, si verifica necessariamente quell' ibridazione tra i due stadi procedimentali che la norma tende a evitare. Infatti, l'offerta del concorrente originariamente escluso viene riammessa alla gara e, per quanto ciò non influisca sul calcolo della soglia di anomalia<sup>(28)</sup>, vi saranno delle inevitabili ripercussioni sull'andamento dell'iter procedimentale, che potranno giungere sino alla ripetizione (o, quanto meno, a una integrazione) dell'esame delle offerte.

Questi aspetti critici affiorano con maggior vigore riguardo all'onere di impugnazione del provvedimento di ammissione, che grava sul concorrente che intenda *“far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento”*.

In termini pratici, intanto il concorrente non aggiudicatario potrà impugnare l'aggiudicazione, in quanto entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione egli aveva impugnato l'ammissione dell'aggiudicatario susseguente alla verifica dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Si tratta di un onere non di poco momento. Fino a ieri, i motivi d'impugnazione riguardanti la carenza di requisiti soggettivi dovevano essere fatti valere entro il termine di impugnabilità del provvedimento di aggiudicazione definitiva<sup>(29)</sup>. Oggi, invece, *“l'atto di ammissione*

*alla gara dell'impresa che risulterà poi aggiudicataria dovrà essere contestato immediatamente, e non più all'esito della procedura di affidamento”*<sup>(30)</sup>

\*\*\*

Si è dubitato molto sulla concreta utilità della disposizione. È vero, infatti, che il sistema previgente faceva emergere i motivi di illegittimità dell'ammissione solo

a procedura di gara conclusa e che ciò poteva determinare l'inutilità delle complesse operazioni di analisi e valutazione delle offerte prodotte da concorrenti poi risultati, in sede giudiziale, carenti di requisiti di ammissione. Ma la soluzione odierna, di contro, rischia di inflazionare il contenzioso, facendo approdare in giudizio (il più delle volte a mero scopo tuzioristico) provvedimenti di ammissione che, nell'economia del procedimento di aggiudicazione, si rivelano ininfluenti. È il caso in cui il ricorrente contesti l'ammissione di un concorrente non collocatosi utilmente in graduatoria. Qual è il suo concreto e attuale interesse a ricorrere? L'esito vittorioso del ricorso non gli attribuisce l'aggiudicazione *“perché la stazione appaltante può decidere di non procedere all'aggiudicazione se l'offerta non risulti conveniente o idonea all'oggetto del contratto e, soprattutto, la lesione non è diretta, non derivando immediatamente dal provvedimento di ammissione, e non è attuale poiché non è ancora intervenuta la lesione dell'interesse ad ottenere l'aggiudicazione, richiedendo*

“ Si rischia di inflazionare il contenzioso, facendo approdare in giudizio provvedimenti di ammissione che, nell'economia del procedimento di aggiudicazione, si rivelano ininfluenti ”

mento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici – quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione – anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta”.

(28) L'articolo 95, comma 15, del Codice dei contratti prevede infatti che *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

(29) Sulla discontinuità del nuovo sistema rispetto al rito previgente, cfr. TAR Puglia, sez. III, n. 1262/2016, secondo cui *“la novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2-bis, d.lgs. n. 50/2016 configge con il quadro giurisprudenziale, storicamente consolidatosi, atteso che veicola nell'ordina-*

(30) Così, M. LIPARI, op. cit., che aggiunge: *“ciascun concorrente, quindi, dovrà preoccuparsi di verificare immediatamente i requisiti di partecipazione degli altri concorrenti, perché: a) se collocato in posizione non utile in graduatoria, una volta intervenuta l'aggiudicazione, non potrà più far valere i vizi riguardanti l'ammissione dell'aggiudicatario; b) se vincitore della procedura selettiva, non potrà far valere con ricorso incidentale i vizi dell'ammissione del concorrente che impugni l'aggiudicazione per vizi propri”*.

*l'emanazione di provvedimenti successivi collegati ad un evento futuro e incerto (l'aggiudicazione a favore del concorrente di cui si contesta la legittima ammissione<sup>(31)</sup>. E allora, si tratta probabilmente di tutelare un bene della vita futuro e incerto, consistente nella mera possibilità che il procedimento di gara ancora in itinere al momento del ricorso, lo veda collocarsi in posizione utile per ottenere la commessa.*

*È noto come tale eventualità sia stata storicamente esclusa. Infatti, "il requisito dell'attualità dell'interesse non può considerarsi sussistente quando il pregiudizio derivante dall'atto amministrativo sia meramente eventuale, quando cioè non è certo, al momento dell'emanazione del provvedimento, se si realizzerà in un secondo tempo la lesione della sfera giuridica del soggetto. Da ciò deriva che il ricorso diretto ad ottenere una pronuncia di principio che possa essere fatta valere in un futuro giudizio con riferimento a successivi comportamenti dell'Amministrazione deve ritenersi inammissibile, atteso che la tutela di un interesse strumentale deve aderire in modo rigoroso all'oggetto del giudizio con carattere diretto ed attuale<sup>(32)</sup>".*

Ciò pone in essere la questione di una possibile, evolutiva, lettura dell'articolo 100 del codice di procedura civile ("per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse"), pacificamente applicabile al processo amministrativo anche in virtù del rinvio posto dall'articolo 39 del c.p.a. e su cui si è radicato il concetto accolto da dottrina e giurisprudenza dominanti<sup>(33)</sup> di "interesse a ricorrere".

(31) Così, E. FOLLIERI, *op. cit.*, il quale rinvia, in termini, a Cons. Stato, sez. III, n. 749/2016.

(32) Così, Cons. Giust. amm. Reg. Sicilia, n. 372 del 9 giugno 1998.

(33) Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 1371/2002: "si deve prendere le mosse dal principio generale, sancito dall'art. 100 del codice di rito civile, applicabile anche al processo amministrativo, a guisa del quale costituisce condizione per l'ammissibilità dell'azione, oltre alla titolarità di una situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, anche la sussistenza dell'interesse a ricorrere, inteso quest'ultimo non come idoneità astratta dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo; vale a dire, nell'ottica di un processo amministrativo di stampo impugnatorio originato dal varo di una determinazione lesiva di interessi legittimi, la sussistenza di un

Può essere utile ricordare come, sul tema del rapporto

*interesse all'eliminazione del provvedimento oggetto di impugnazione. A parere della dottrina e della giurisprudenza dominanti, l'interesse al ricorso è qualificato da un duplice ordine di fattori: a) la lesione, effettiva e concreta, che il provvedimento che si vuole impugnare, e alla cui caducazione si è quindi interessati, arreca alla sfera patrimoniale, o anche semplicemente morale, del ricorrente; b) il vantaggio, anche solo potenziale, che il ricorrente si ripromette di ottenere dall'annullamento del provvedimento impugnato. L'interesse a ricorrere deve altresì essere caratterizzato dai predicati della personalità (il risultato di vantaggio deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente), dell'attualità (l'interesse deve sussistere al momento del ricorso, non essendo sufficiente a sorreggere quest'ultimo l'eventualità o l'ipotesi di una lesione) e della concretezza (l'interesse a ricorrere va valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificatosi ai danni del ricorrente). Si deve soggiungere, ai fini che qui rilevano, che la giurisprudenza reputa sufficiente a radicare l'interesse al ricorso la sussistenza di un interesse di carattere strumentale, inteso nel senso di interesse ad ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo al fine di rimettere in discussione il rapporto controverso e di eccitare il nuovo (o il non) esercizio del potere amministrativo in termini potenzialmente idonei ad evitare un danno ovvero ad attribuire un vantaggio. L'assunto della sufficienza di un interesse di carattere strumentale è stato posto alla base del riconoscimento della legittimazione ad impugnare l'atto di aggiudicazione da parte di un soggetto che non sia stato posto in grado di partecipare ad una procedura di evidenza ovvero sia stato escluso da una trattativa privata e aspiri, per effetto dell'accoglimento del ricorso, alla ripetizione o alla prima indizione della procedura selettiva (Cons. Stato, sezione V, n. 792/1996; 454/1995; sezione VI, 7 giugno 2001, n. 3090; 7 maggio 2001, n. 2541); così come a tale categoria concettuale si è fatto riferimento per ammettere la legittimazione di un'impresa a contestare la scelta dell'amministrazione di gestire un servizio pubblico attraverso il modulo della convenzione con altri enti locali, in modo da frustrare l'aspirazione a giocare le proprie chances di essere affidataria della gestione in caso di ricorso a moduli gestori basati sull'apporto di soggetti privati esterni al plesso amministrativo (Cons. Stato, sez. V, n. 1374/1996). Ancora, la suddetta ricostruzione dell'interesse a ricorrere, in termini di vantaggio anche solo potenziale che si ritrae dalla caducazione del provvedimento impugnato, determina la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso o dei singoli motivi di ricorso dal cui accoglimento non derivi alcuna utilità in capo al ricorrente alla stregua della cosiddetta prova della resistenza; la necessità della sottoposizione del ricorso al vaglio della prova di resistenza trova ampia applicazione in caso di ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento di una graduatoria di un concorso pubblico ovvero di una gara di appalto, laddove il ricorrente è chiamato a dimostrare che l'attribuzione dei punteggi rivendicati si concreterebbe nell'acquisizione di una posizione utile in seno alla graduatoria. Si può concludere questa sintetica ricapitolazione dei caratteri*

tra interesse a ricorrere e azione in giudizio, sia stata finora prevalente la declinazione processuale della teoria della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e della sua conseguente tutela. Essa è stata esplicitata, tra l'altro, dall'orientamento giurisprudenziale confluito in una decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>(34)</sup> che ha escluso l'onere per il concorrente di impugnare le prescrizioni del bando che condizionano anche la formulazione dell'offerta economica. Tale orientamento ha fatto sì che, nel tempo, sia maturato il convincimento che la condizione di concorrente potesse *“essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che conformino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale con riferimento al medesimo*

*dell'interesse a ricorrere con l'osservazione che anche nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di poter perseguire non può sterilirsi nella semplice garanzia dell'interesse legittimo e, men che meno, nella rivendicazione popolare della legittimità ex se dell'azione pubblica”.*

(34) Ad. Plen., n. 1/2003: *“non può essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala”.*

*obiettivo*<sup>(35)</sup>”. Immediato corollario è che *“non appare configurabile un interesse autonomo alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, distinto dalla pretesa all'aggiudicazione o alla stipula del contratto*<sup>(36)</sup>”.

Il nuovo rito sembra capovolgere questo assunto. Ne è la riprova la nuova concettualizzazione di bene della vita tutelato giudizialmente che si sta profilando in giurisprudenza a seguito dell'introduzione del rito super speciale. Così il Consiglio di Stato<sup>(37)</sup>, a proposito dell'onere di impugnare immediatamente le clausole del bando relative alla scelta del metodo di aggiudicazione (prezzo più basso anziché offerta economicamente più vantaggiosa), ha ipotizzato che il nuovo sistema processuale permette di far emergere un *“interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione”.* Ciò fa sì, pertanto, che si profili *“una nozione di bene della vita meritevole di protezione, più ampia di quella tradizionalmente riferita all'aggiudicazione, che sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del diritto dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore”.*

È ancora presto per trarre conclusioni, ma non è peregrino interrogarsi se la possibilità di ricorrere immediatamente a tutela del proprio interesse oppositivo all'ammissione dei propri competitor non dia luogo a una trasmutazione della posizione del ricorrente che, anziché a tutela di un proprio interesse strumentale, si trovi ad agire a garanzia della *“pretesa sostanziale e autonoma circa il perimetro dell'insieme dei ricorrenti”*, attivando un'azione che mira a tutelare l'*“interesse alla legittima formazione dei concorrenti al successivo sviluppo procedimentale*<sup>(38)</sup>”. Con ciò lasciando trasparire

(35) Ad. Plen., cit.

(36) Ad. Plen., cit.

(37) Cons. Stato, sez. III, n. 2014/2017.

(38) Sono parole di Severini, G., *“Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo”*, in *giustizia-amministrativa.it*. In termini, E. BOSCOLO, *op. cit.*, il quale si chiede se *“mediante l'estensione del rito super speciale alle ammissioni si tenda ad assicurare tutela indiretta a un interesse generale alla corretta definizione del novero dei partecipanti a ciascuna gara che potrebbe trovare affermazione non solo attraverso un vaglio dell'amministrazione ma anche*

che il semplice *metus* potenziale e astratto che l'altrui ammissione leda la propria sfera giuridica, non vada oltre la mera strumentalità dell'azione per sottendere, invece, una tutela sostanziale resa in forma anticipata rispetto al giudizio finale.

\*\*\*

Restano da esaminare due temi. Le conseguenze della mancata impugnazione dei provvedimenti di esclusione o di ammissione in esito alla verifica dei requisiti soggettivi e quelle della loro mancata pubblicazione sul sito della stazione appaltante.

In ordine alla prima questione, l'inerzia inibisce al concorrente rimasto inerte riguardo al provvedimento di esclusione o ammissione relativo ai requisiti soggettivi di:

- a) impugnare la proposta di aggiudicazione;
- b) impugnare altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività;
- c) far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di affidamento.

Sembra che le tre fattispecie abbraccino uno spettro così ampio degli oggetti del ricorso, da lasciar presagire un utilizzo massivo di tale strumento processuale. E il fatto che, per evitare pericolosi corto circuiti, la preclusione trovi applicazione anche quando l'atto introduttivo sia costituito dal ricorso incidentale, è destinato a confermarlo.

In tal senso, è interessante vedere quali siano le interazioni tra giudizio in itinere sulle cause escludenti e sopravvenuta aggiudicazione della commessa. Si è visto come, nonostante i termini abbreviati, è tutt'altro che improbabile che esse si verifichino. Fino a ieri si sarebbe stati portati ad affermare che il sopravvenire di un elemento esterno incidente sull'interesse a ricorrere avrebbe fatto divenire improcedibile l'azione, per sopravvenuta carenza di interesse. Sul punto si è pronunciato con dovizia di argomentazioni il TAR Lazio<sup>(39)</sup>, svolgendo le seguenti argomentazioni: “*se l'omessa impugnazione dell'ammissione degli altri concorrenti fa consumare, come visto, il potere di dedurre le relative censure in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, parimenti tali censure non potranno essere mosse dall'aggiudicatario che volesse paralizzare,*

*con lo strumento del ricorso incidentale, quello principale proposto avverso l'affidamento dell'appalto, allorquando non abbia tempestivamente esercitato detto potere ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis. Dichiarare, allora, il ricorso inammissibile, recte improcedibile, in ragione del raggiungimento del bene ultimo dell'aggiudicazione da parte del ricorrente, e quindi del mancato ottenimento di ulteriori benefici dall'esclusione dei controinteressati, non utilmente collocati – secondo la regola classica – comporterebbe da ultimo una situazione alquanto singolare, ove non del tutto violativa del diritto di difesa, per cui il ricorrente aggiudicatario si vedrebbe precluso l'esame delle proprie doglianze nei confronti degli altri concorrenti, i quali, invece, ben potrebbero ottenere l'accoglimento delle proprie ragioni contro l'ammissione del ricorrente, ed in via derivata, l'aggiudicazione ottenuta*”. Per concludere che “*in ragione della separazione delle due fasi processuali, cui corrispondono anche riti diversi, la successiva aggiudicazione non può ritenersi tale da incidere sull'interesse a ricorrere ex art. 120, comma 2-bis, non essendo venuta meno l'utilità (o la ratio) del ricorso anticipato*”.

L'autonoma rilevanza dell'azione rivolta a sindacare le decisioni della stazione appaltante in merito all'ammissione o esclusione dei concorrenti a seguito della verifica dei requisiti soggettivi e la sua consistenza ai fini della tutela in sede di giudizio principale (quello riguardante l'aggiudicazione), fa acquisire spessore all'evenienza della mancata pubblicità dei provvedimenti ammissivi o esclusivi, in violazione dell'obbligo di pubblicazione previsto dal Codice dei contratti. Prima della poderosa rivisitazione compiuta dal d.lgs. 56/2017, la norma di riferimento era contenuta dal combinato disposto tra l'articolo 29, comma 1, e l'articolo 76, comma 3, del d.lgs. 50. La prima norma disponeva che “*al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*”, mentre la seconda aggiungeva che “*contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti (...) del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali (...)*”.

*in conseguenza delle iniziative orizzontali di contestazione dei partecipanti, indotti dal nuovo dispositivo processuale a scrutinare criticamente l'uno i requisiti dell'altro”.*

(39) Sez. I-bis, n. 2118/2017.

La circostanza che l'effettiva possibilità di proporre ricorso potesse dipendere da un'attività della stazione appaltante (l'avvenuta pubblicazione del provvedimento) aveva fatto affiorare l'ipotesi che l'inerzia nella pubblicazione frustrasse l'esercizio del diritto a ricorrere. La prima giurisprudenza intervenuta sul tema aveva denunciato questo rischio, arrivando a ipotizzare l'inaapplicabilità del rito super speciale<sup>(40)</sup>. In maniera forse più propositiva, qualche altro giudice di prime cure si era invece spinto fino a ipotizzare il possibile rimedio della surroga della pubblicazione con la conoscenza per altre forme dei provvedimenti impugnabili<sup>(41)</sup>. Della questio-

ne si è fatto carico il legislatore, abrogando l'articolo 79, comma 3, del Codice dei contratti e introducendo nell'articolo 29, comma 1, l'inciso secondo cui "il termine per l'impugnativa (...) decorre dal momento in cui gli atti (...) sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione<sup>(42)</sup>".

\*\*\*

Sulle questioni più marcatamente di rito, meritano attenzione due possibili risvolti: la possibile tutela cautelare nel processo superaccelerato e le modalità di trattazione nei ricorsi cumulativi contro le ammissioni/esclusioni e l'aggiudicazione.

Sul primo tema<sup>(43)</sup>, si è soffermato il TAR Campania<sup>(44)</sup>, conferendo, di fatto, rilievo residuale a tale rimedio, ma affermandone recisamente la possibile esperibilità, in

(40) È stata la posizione assunta da TAR Campania, Napoli, I, 2843/2017, secondo cui "l'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione ad una gara d'appalto ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile – si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito". I giudici campani richiamano quanto pronunciato da TAR Puglia, Bari, I, 1367/2016, secondo cui "il neonato rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni costituisce eccezione al regime 'ordinario' del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, perciò, deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia, come dedotto nel primo motivo, conseguenza del primo". Ciò permette di affermare che "una volta esclusa l'applicazione del nuovo rito superaccelerato di cui all'art. 120 comma 2 bis del c.p.a., non vi è che da richiamare l'orientamento giurisprudenziale precedente che nega valenza procedimentale autonoma all'atto di ammissione alla gara e che ne ammette l'impugnazione solo unitamente al provvedimento di aggiudicazione".

(41) Così, il TAR Puglia, cit., richiamando giurisprudenza costante (Cons. Stato, sez. V, n. 1204/2013, sez. III, n. 4593/2012, sez. VI, n. 4593/2011 e n. 6531/2011, sez. V, n. 6284/2013, sez. III, n. 3126/2015) ha ritenuto che "l'art. 120, comma 5, c.p.a., non prevedendo forme di comunicazione esclusive e tassative, non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, «con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita, come accaduto nel caso di specie, con forme diverse di

quelle dell'art. 79, cit. Infatti, se l'impresa assiste, tramite rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate determinazioni in ordine all'esclusione della sua offerta, è in tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa seduta che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento, mentre la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto in quella seduta non comporta ex se la piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione solo qualora il rappresentante stesso non sia munito di apposito mandato o non rivesta una specifica carica sociale ovvero non ricorrano i casi in cui la conoscenza avuta dal medesimo sia riferibile alla società concorrente".

(42) Si tratta di una delle modifiche apportate al Codice dal d.lgs. 56/2017.

(43) Su cui è possibile leggere un'accurata analisi in G. SEVERINI, op. cit.

(44) Napoli, 5852/2016, secondo cui "in un sistema (...) nel quale la valutazione delle esigenze cautelari della parte ricorrente è fatta a monte dal legislatore, la richiesta di misure cautelari deve essere motivata in senso rafforzato, dovendo la parte appositamente giustificare non solo i contenuti della richiesta (sotto un profilo delle esigenze cautelari così come previste dal Codice del processo), ma la ragione stessa della domanda proposta, la quale, di fatto, costituisce una deroga al sistema processuale superaccelerato del comma 6 bis e rimette al giudice il potere di dettare i tempi della prima fase del giudizio. È quindi ipotizzabile, in chiave armonizzatrice della nuova disciplina con i principi generali in materia di efficacia della tutela giurisdizionale mediante l'utilizzo delle misure cautelari, un onere motivazionale aggiuntivo dell'istanza cautelare in relazione alla deroga della normativa vigente, un onere aggiuntivo che esalti ancor di più l'estrema gravità del pregiudizio per giustificare l'intervento del giudice a monte del instaurando processo".

virtù dell'”*esigenza insopprimibile dell'effettività della tutela giurisdizionale (...) e quindi di tenere conto (...) delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi*”. Al di là di questa considerazione, è interessante seguire le argomentazioni dei giudici campani, quando esplorano il rito cautelare applicabile: *“nel caso venga impugnata l'aggiudicazione, la tutela cautelare ante causam e quella con decreto presidenziale perdono, in linea di massima, di utilità, perché il ricorrente non ha interesse alla pronuncia cautelare immediata. Tuttavia, gli istituti in questione riacquistano interesse nei casi di mancata applicazione del termine dilatorio di 35 giorni nei casi previsti dalla legge; nei casi in cui, anche qualora venga impugnata l'aggiudicazione, il ricorrente voglia utilizzare una tutela d'urgenza in quanto si siano verificate circostanze eccezionali di mancato rispetto del termine dilatorio. Tali casi consistono essenzialmente nell'avvio dell'esecuzione d'urgenza dell'appalto, da parte della stazione appaltante, pur in assenza di un contratto formalmente stipulato (art. 32, commi 13 e 8 d.lgs. 50/2016) e nella violazione dell'effetto sospensivo automatico da parte della stazione appaltante, qualora dette forme di tutela vengano richieste direttamente dalla stazione appaltante resistente o dai controinteressati, per ottenere il prima possibile una pronuncia cautelare ad essi favorevole, che renda possibile la stipulazione del contratto. La tutela cautelare d'urgenza (ante causam e/o monocratica) è poi certamente utilizzabile quando il ricorrente impugni atti diversi dall'aggiudicazione e quindi non si produca alcun effetto sospensivo automatico”*.

Riguardo, poi, al rito da applicare in caso di coesistenza, nello stesso giudizio, di una richiesta di annullamento dei provvedimenti di esclusione o ammissione per carenza di requisiti soggettivi e del provvedimento di

aggiudicazione, occorre evidenziare come il Codice del processo non contenga una norma esplicita di raccordo tra i due riti. Occorre quindi ricorrere all'articolo 32 c.p.a. che accanto alla regola (*“se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario”*) detta l'eccezione (*“salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV”*): pertanto, nelle norme riguardanti i riti abbreviati, tra cui anche quello sulle procedure di affidamento, si applica il rito speciale. Qui però i riti speciali sono più d'uno e, in mancanza di un espresso indirizzo normativo, la dottrina<sup>(45)</sup> ha finora ritenuto che debba seguirsi il rito speciale non superaccelerato.

Le regole processuali del rito superaccelerato sono contenute nel comma 6-bis dell'articolo 120 c.p.a., cui si rinvia. Acquista rilievo il fatto che, a meno che le parti non richiedano udienza pubblica, esso è definito in Camera di consiglio.

“ L'impressione che si ricava dal nuovo quadro ordinamentale è quello di una ancora evidente provvisorietà delle misure di tutela introdotte ”

### Conclusioni

L'impressione che si ricava dal nuovo quadro ordinamentale è quello di una ancora evidente provvisorietà delle misure di tutela introdotte. L'esigenza, di carattere meta giuridico, di “far partire i cantieri” affiora in maniera molto evidente, ma i rimedi approntati non sembrano avere ancora carattere del tutto organico. Né essi appaiono sempre idonei a garantire una tutela giurisdizionale dotata di quel grado di effettività che, nel senso in cui si è detto in apertura, permetta di leggere il primo comma dell'articolo 24 della Costituzione in maniera maggiormente orientata verso i principi dei Trattati dell'Unione Europea.

Non resta che attendere le pronunce delle supreme magistrature, Corte costituzionale e Corte di Giustizia Ue in primo luogo.

(45) M. LIPARI, *op. cit.*, secondo cui *“il contenzioso, una volta sviluppatasi la gara e giunta alla sua conclusione, non manifesta più quelle esigenze di velocità supersonica legate alla necessità di definire preliminarmente la platea delle offerte ammesse alla valutazione”*. In termini, E. FOLLIERI, *op. cit.*