

28 MARZO 2018

Il rito «super accelerato» in materia di
appalti tra profili di (in)compatibilità
costituzionale e conformità alla
normativa comunitaria

di Ignazio Lagrotta

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria *

di Ignazio Lagrotta

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

*Cerca una maglia rotta nella rete
che ci stringe, tu balza fuori, fuggi!
Va, per te l'ho pregato, – ora la sete
mi sarà lieve, meno acre la ruggine...*
E. MONTALE, *In limine* da *Ossi di seppia*.

Sommario: Premesse – **1.** I presupposti: le esigenze dichiarate – **2.** I due riti in materia di appalti: accelerato e nuovo rito super accelerato – **3.** Il nuovo rito per la definizione dei giudizi di (immediata) impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione alle procedure – **4.** La pubblicazione sul profilo del committente – **5.** Motivi aggiunti nel rito appalti e rito applicabile in caso di cumulo di domande di annullamento ex commi 6 e 6 bis dell'art. 120 c.p.a. – **6.** Rito super accelerato e ricorso incidentale: limiti – **7.** Il nuovo rito c.d. super accelerato: termini processuali – **8.** Rito super accelerato ed interesse al ricorso – **9.** Permanenza dell'interesse alla decisione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis c.p.a., dopo che il ricorrente si sia aggiudicato la gara – **10.** Rito super accelerato e misure cautelari – **11.** Appellabilità delle pronunce rese all'esito del giudizio governato dal rito super accelerato – **12.** Profili di (in)compatibilità costituzionale – **13.** Profili di conformità alla normativa comunitaria – **14.** Conclusioni.

Premesse

La disciplina degli appalti pubblici “lambisce” un nervo sempre molto sensibile che inevitabilmente coinvolge il sistema economico del Paese¹. Da un lato essa è chiamata a garantire i precetti costituzionali di efficienza, efficacia ed economicità; questi tramite le procedure di scelta del contraente, spesso in maniera più declamata che attuata, dovrebbero portare alla selezione della migliore offerta possibile sul mercato. Dall'altro si occupa di disciplinare la fase dell'esecuzione del contratto d'appalto che dovrebbe garantire in tempi certi e risorse prestabilite la perfetta esecuzione dell'opera. Orbene volendosi soffermare sull'ultimo ventennio, partendo dalla L. n. 109/1994 (la c.d. Merloni) e dal vecchio regolamento di esecuzione il R.D. 25 maggio 1895 n. 350 sino al nuovo codice degli appalti ed alle recenti

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per un'analisi puntuale sul rapporto tra giustizia amministrativa ed economia e sull'impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti si rinvia agli studi del Consiglio di Stato pubblicati in www.giustiziaamministrativa.it, dicembre 2017. Tali documenti sono la sintesi di un più ampio lavoro che l'Ufficio studi della Giustizia amministrativa ha realizzato sul rapporto tra giustizia amministrativa ed economia, in “*Giustizia amministrativa ed economia: efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini?*”, Gruppo 24 Ore, 2017.

modifiche, vani appaiono i tentativi di risolvere proceduralmente un problema che è innanzitutto di etica pubblica² (non di morale). Mi spiego meglio, le patologie che affliggono la fase di scelta del contraente non sembra che siano state superate dalla girandola di preferenze che il nostro sistema legislativo ha nel tempo attribuito all'offerta economicamente più vantaggiosa oggi o al prezzo più basso nel recente passato. Allo stesso modo non sono state risolte con l'esclusione automatica delle offerte anomale o con l'obbligatorietà della verifica di anomalia. Il criterio ovviamente non è neutro ma non condiziona il sistema. Certo un rigoroso controllo sulla congruità dell'offerta e nella fase di esecuzione sull'andamento del contratto consiglierebbe gli operatori economici a non offrire ribassi non sostenibili e/o offerte fuori mercato. Allo stesso modo nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa un progetto definitivo e/o esecutivo ben fatto garantirebbe la possibilità di scegliere realmente l'offerta economicamente più vantaggiosa che ha il merito di cercare di premiare non solo l'elemento prezzo ma anche gli aspetti relativi ai requisiti di esperienza e professionalità dell'operatore economico. Invece in quest'ultimo caso spesso offerte c.d. migliorative ma essenzialmente inattuabili e/o addirittura peggiorative vengono premiate in maniera del tutto irrazionale. Tutto questo ovviamente molto spesso condiziona la realizzazione delle opere pubbliche nel nostro Paese. Il dato che emerge avrebbe dovuto portare il legislatore ad occuparsi da un lato della fase di progettazione delle opere pubbliche con indicazioni di tempi e risorse che troppo spesso sulla base dei ribassi offerti pongono più di qualche dubbio in merito alle modalità di individuazione della base d'asta. Allo stesso modo l'impegno avrebbe dovuto essere diretto a rafforzare i controlli nella fase di esecuzione anche attraverso la formazione continua e di qualità dei responsabili del procedimento e dei direttori dei lavori. Questo è l'«anello che non tiene»³ nel sistema degli appalti

² Mi piace ricordare la differenza tra morale che «è una convenzione privata» ed il decoro che «è una faccenda pubblica» così come trattato da M. Yourcenar, in *Memorie di Adriano*, 102, Einaudi, 2002, l'A. «fa rivivere Adriano uomo di potere assoluto, reso eroe di Roma per gli innumerevoli trionfi militari, di cui fu gratificato, ma che avevano le impronte d'infinita tragedia: quelle dei popoli vinti e sottomessi. E' il principe divinizzato – secondo la sacralizzazione del potere introdotta e voluta da Cesare Ottaviano Augusto – che commisura i fasti della gloria goduta e vissuta nel passato con il proprio presente di uomo, ormai sopraffatto dalle malattie e dalla vecchiaia - *senectus ipsa aegretudo*, la vecchiaia è per se stessa fragilità - mentre avverte la presenza della morte che incombe sul suo destino. E' Adriano, al quale i fregi, gli strumenti e gli orpelli del potere, nei cui «palazzi» s'incrociano falsità, ipocrisie e violenze di ogni genere, non «dicono» letteralmente più nulla. Una condizione, che «umanizza» Adriano, fino renderlo più vicino all'uomo del nostro tempo. Una trama narrata con ritmi incalzanti nella quale l'A. declinando e rappresentando il pubblico e il privato di Adriano, che, a sua volta, si staglia – pur distinguendosi per il duttile esercizio dell'arte del buon governo e della saggia applicazione della legislazione per i popoli dell'Urbe - sullo sfondo del sistema imperiale romano già alle prese con i primi sintomi del declino e del disfacimento per l'incipiente dissolversi dell'etica pubblica, con cui Roma era cresciuta nella sobrietà dei costumi e di poche, ma cristalline leggi, conosciute e fatte osservare». Il dissolvimento cui fa riferimento il libro della Yourcenar è lo stesso a cui assistiamo oggi spesso di parla di questione «morale» ma credo che il tema debba essere quello dell'«etica pubblica» che appare del tutto sconosciuta ai nostri governanti ivi compresa la «sobrietà dei costumi» cui fa riferimento l'Imperatore Adriano.

³ E. MONTALE, in *Limoni*, raccolta *Ossi di seppia*, 1925.

pubblici. I direttori dei lavori ed i R.U.P., soventi abbandonati alle loro responsabilità anche dall'Amministrazione di appartenenza, galleggiano in un sistema che spesso li vede vittime sacrificali della bulimia imprenditoriale alla ricerca di recuperare quello che ha dovuto lasciare sul piatto di un'offerta economica insostenibile o di un progetto irrealizzabile. Se non si affronta questo «nodo gordiano» il sistema complessivo degli appalti in Italia continuerà a galleggiare tra proclami di trasparenza e competitività che non resteranno niente più che un «vuoto simulacro».

Insomma il ritardo e/o la mancata esecuzione delle opere pubbliche trova la sua massima ragione proprio nella cattiva gestione della fase di esecuzione in termini di aumento dei costi, dilattamento dei tempi di realizzazione e qualità dell'opera finale.

In tutto questo la fase di selezione del contraente potrebbe essere centrale nella misura in cui fossero stati rafforzati i sistemi di controllo interni ed esterni rispetto alla procedura di gara.

Invece in maniera del tutto irragionevole, attraverso una campagna spesso denigratoria, si è pensato bene di criminalizzare il contenzioso in materia di appalti pubblici, prima prevedendo dei costi d'accesso proibitivi⁴ e poi attribuendo ai ricorsi dinanzi agli organi di Giustizia Amministrativa la responsabilità nel rallentamento dell'esecuzione delle opere pubbliche. Nessuna delle due critiche coglie nel segno ma una grossa bugia spesso è più credibile di una piccola verità ed il sistema, da ultimo, si è andato attestando su delle previsioni normative che a «riti speciali» sommano «riti super speciali» introducendo una serie di ostacoli nel percorso giudiziario teso a contestare il manovratore.

Ed infatti le norme in commento che hanno introdotto, attraverso l'art. 120, commi 2-bis e 6 bis c.p.a., l'obbligo per i concorrenti di impugnare immediatamente l'ammissione degli altri operatori economici pena la decadenza dalla possibilità di censurare successivamente l'illegittima ammissione appaiono confliggere prima di tutto con il senso comune e poi con i principi costituzionali ed eurounitari⁵. Tutto questo ha degradato il diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'Amministrazione rendendolo non solo difficoltoso ma addirittura in alcuni casi impossibile facendo regredire la civiltà del nostro ordinamento⁶. Tali previsioni non si giustificano sul piano fattuale come si è appena detto in quanto non

⁴ M. A. SANDULLI, A. CARBONE, *Misure economiche di deflazione del contenzioso*, in Treccani, Libro dell'Anno, 2015. Sulla compatibilità del contributo unificato con il diritto eurounitario si v. le sentenze della CGUE, V, 6 ottobre 2015 causa C-61/14.

⁵ Sui profili di compatibilità eurounitaria della disciplina del rito super-speciale si v. TAR Piemonte, I, che con l'ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018, in www.lexitalia.it, che ha rimesso la questione, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'UE.

⁶ L'incertezza sulla decorrenza del (breve) termine per impugnare, dovuta alle continue oscillazioni giurisprudenziali sulla questione, rende, infatti, l'esperimento dell'azione giurisdizionale (che è peraltro obbligata per non incorrere nella preclusione prevista dall'art. 120 comma 2-bis c.p.a.) eccessivamente difficoltoso, svalutando lo stesso diritto al ricorso in una garanzia puramente formale, in frontale contrasto con le garanzie costituzionali che tutelano il diritto di difesa nei confronti dell'Amministrazione e con gli *standard* di tutela imposti dal diritto eurounitario.

è eliminando il contenzioso in materia di procedure di gara che si realizzerà un sistema di opere pubbliche moderno ed efficiente. E neppure sul piano della compatibilità costituzionale atteso che il fine pure dichiarato di garantire l'interesse pubblico ad una platea di concorrenti definita ed intangibile appare del tutto recessivo rispetto all'effettività⁷ della tutela giurisdizionale. Per fortuna, visto che nell'ambito dell'ordinamento interno lo schermo della «rilevanza della questione» ha precluso il giudizio di costituzionalità su tale disciplina, c'ha pensato il TAR Piemonte a trovare «il buco nella rete»⁸ rimettendo la questione alla Corte di Giustizia. Dove non arriva il giudice nazionale forse può arrivare il giudice sovranazionale in quel sistema multi-level che oggi appare quanto mai necessario per garantire i diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri⁹. Soprattutto allorquando il principio di proporzionalità¹⁰ appare palesemente violato; così come quello di coesione ed integrazione¹¹ che dovrebbe portare ad una maggiore concorrenzialità nel sistema.

1. I presupposti: le esigenze dichiarate

L'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016), al fine di «definire la platea dei soggetti ammessi alla gara»¹² in un momento antecedente all'esame delle offerte ed alla conseguente aggiudicazione, ha introdotto il c.d. «rito super accelerato»¹³ apportando delle importanti modifiche all'art.

⁷ Come evidenziato da ultimo dal TAR Piemonte con l'ordinanza n. 88/2018 «Il principio di efficacia presuppone quindi che l'azione sia volta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente, che agisce a tutela di una sua lesione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara di appalto cui ha partecipato».

⁸ E. MONTALE, *In limine*, da *Ossi di seppia*, 1925.

⁹ G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti nella prospettiva di un bill of right europeo*, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati Nazionali*, a cura di A. D'ATENA e P. GROSSI, Giuffrè, 2004;

¹⁰ Per una ricostruzione del principio di proporzionalità si v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Collana «Le Fonti del Diritto Italiano», Giuffrè, Milano, 2017 (2^a edizione), pp. 149-173; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Portale Treccani*, sezione diritto, <http://dx.medra.org/10.7394/DOL-18> <<http://dx.medra.org/10.7394/DOL-18>>

¹¹ Sul tema della coesione e dell'integrazione in senso ampio si v. P. LOGROSCINO, *Governare le differenze*, Cacucci, 2008, l'A. sottolinea come «uno dei problemi centrali della contemporaneità è quello delle differenze: come farle convivere, certo, ma non solo questo. Esse, infatti, si trovano dinanzi ad una difficoltà maggiore, quella di *integrarsi* (...) studiare il percorso di affermazione del principio di coesione e della relativa (e specifica) politica assume allora evidente centralità ai fini della comprensione del processo (sempre in atto) di integrazione europea».

¹² cfr. parere Consiglio di Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855.

¹³ Per un'analisi del rito «super-speciale» si v. M.A. SANDULLI, *Bussola – Rito speciale sui contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it; Id., *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contratti)*, in www.federalismi.it; Id., *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, ivi; M. A. SANDULLI, S. TRANQUILLI, *Art. 204*, in *Codice dei contratti pubblici - Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. M. ESPOSITO, Utet, 2017, 2365; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 5, 503 ss; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 888; LAGROTTA I., *Art. 204*, in *Codice dei Contratti Pubblici – Commentato*, a cura di L. R. PERFETTI, Wolters Kluwer, 2017, 1624.

120 c.p.a.¹⁴ (nello specifico comma 2 bis e 6 bis). Tale rito impone alle concorrenti di procedere alla tempestiva impugnazione del provvedimento di esclusione, per intrinseche ragioni immediatamente lesivo, e dei provvedimenti di ammissione delle altre concorrenti in gara. Una volta spirato il termine decadenziale per l'impugnazione i successivi provvedimenti adottati nella gara ivi compresa l'aggiudicazione non potranno più essere dichiarati illegittimi in via derivata e neppure tramite un ricorso incidentale dovendosi ritenere intangibile la platea dei concorrenti ammessi in gara. Tale rito va ad affiancarsi al «rito accelerato» che già aveva introdotto nell'ambito del processo amministrativo un procedimento speciale per la regolamentazione processuale in materia d'appalti.

2. I due riti in materia di appalti: accelerato e nuovo rito super accelerato.

La coesistenza di due riti speciali all'interno del medesimo procedimento d'appalto ha prodotto, come era inevitabile, contrasti interpretativi che da subito hanno richiesto l'intervento chiarificatore della giurisprudenza amministrativa.

Inoltre immediatamente è stata percepita una tensione della nuova normativa processuale con i principi del processo amministrativo e quelli costituzionali.

In merito al primo aspetto è stato rilevato che il rito cd. super accelerato, art. 120, comma 6 bis, si applica solo nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione¹⁵. Nei casi in cui, invece, non sia ravvisabile tale distinzione, le esigenze di rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili dai protagonisti della gara sembrerebbero sopirsi per riattualizzarsi con l'aggiudicazione definitiva, soggetta al rito, pur speciale, disciplinato dai restanti commi dell'art. 120 c.p.a.¹⁶ In concreto l'applicazione della prescrizione processuale relativa al cd. rito super accelerato esige un presupposto logico per la sua operatività e cioè un sistema a duplice sequenza «disgiunto per fasi successive del procedimento di gara».

A tali dirimenti considerazioni si aggiunge quella per cui i dubbi circa l'applicazione delle nuove regole processuali debbono «essere risolti preferendo l'opzione ermeneutica meno sfavorevole per l'esercizio

¹⁴ «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 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. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività».

¹⁵ Tar Puglia, sede di Bari, sez. III, 14.04.2017, n. 394.

¹⁶ In termini, C Stato, ord., sez. V, 14.03.2017, n. 1059, secondo cui «da 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».

del diritto di difesa (e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24 e 113)»¹⁷.

Tali primi rilievi confermano che le disposizioni in merito al rito c.d. super accelerato hanno introdotto nel sistema processuale disposizioni a limite di compatibilità costituzionale e fortemente regressive rispetto al sistema di tutela disegnato in Costituzione. I tentativi appena accennati di riequilibrio del sistema appaiono del tutto inidonei a superare i dubbi sollevati.

3. Il nuovo rito per la definizione dei giudizi di (immediata) impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione alle procedure.

Ai sensi dell'art. 120, comma 2, bis, c.p.a, così come novellato dall'art. 204, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2006, si applica il rito super accelerato ove l'impugnativa abbia ad oggetto le ammissioni e esclusioni in relazione alla fase di verifica dei requisiti generali e di qualificazione (capacità tecnico professionali e capacità economica e finanziaria).

Tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in esame, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi in via derivata inerenti agli atti non impugnati. Una volta che la parte interessata non ha impugnato l'ammissione o l'esclusione non potrà più far valere i profili inerenti all'illegittimità di tali determinazioni con l'impugnativa dei successivi atti della procedura di gara, quali ad esempio il provvedimento di aggiudicazione.

Conseguentemente, l'omessa impugnazione dell'ammissione degli altri concorrenti consuma il potere di poter contestare contestualmente all'impugnazione dell'aggiudicazione l'eventuale illegittima ammissione. Allo stesso modo sarà preclusa per l'aggiudicatario la possibilità di paralizzare il ricorso subito con lo strumento del ricorso incidentale.

In sostanza, l'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto una deroga, rispetto alla regola generale dettata dall'art. 120, comma 6, del c.p.a. secondo il quale tutti gli atti di gara devono essere impugnati nel termine di 30 giorni decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione del mancato invito o dell'esclusione o dell'aggiudicazione, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto.

La novella ha definito, pertanto, un modello complessivo di contenzioso appalti a duplice sequenza, in cui il nuovo sottosistema accelerato viene disgiunto da quello successivo delle impugnazioni per altri vizi della procedura di gara (es. vizi del bando; della composizione della commissione, per la quale, in

¹⁷ C Stato, sez. III, 25.11.2016, n. 4994.

accoglimento dei rilievi mossi dal Consiglio di Stato, continua dunque a trovare applicazione la regola secondo cui il relativo motivo va dedotto in sede d'impugnazione dell'aggiudicazione; della documentazione prodotta ma verificata dopo l'aggiudicazione, dell'offerta stessa), ovvero per vizi relativi all'esito oggettivo della stessa.

Altrettanto il rito camerale «super accelerato» non si applica in caso di esclusione fondata su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica prescritti dalla *lex specialis* di gara¹⁸. In quest'ultimo caso la causa è governata dal rito cautelare «ordinario» previsto in materia di appalti pubblici dagli artt. 55, 119 e 120 c.p.a.

4. La pubblicazione sul profilo del committente.

Ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. l'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione ad una gara d'appalto risulta esigibile dalla pubblicazione sul profilo del committente nella sezione «Amministrazione trasparente» che consente l'immediata conoscenza dell'ammissione alla gara da parte delle imprese partecipanti e, segnatamente, delle disposizioni previste di cui all'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 (pubblicazione sul profilo del committente nella sezione «Amministrazione trasparente» con l'applicazione delle disposizioni in materia di accesso civico ex D.Lgs. n. 33/2013).

Sul punto, come affermato dalla recente giurisprudenza amministrativa¹⁹, in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale 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.

L'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione ad una gara d'appalto ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a è esigibile solo a fronte della contestuale operatività della disposizione che consente l'immediata conoscenza di tale ammissione da parte delle imprese partecipanti e, segnatamente, dell'art. 29, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in mancanza della quale tale ammissione deve essere impugnata unitamente all'aggiudicazione²⁰.

¹⁸ Tar Campania, Napoli, sez. I, 20.02.2017, n. 1020.

¹⁹ C. Stato, Sez. III, sent. n. 4994/2016; Tar Puglia, n. 340/2017; Tar Toscana n. 239/2017; Tar Basilicata, n. 24/2017.

²⁰ Tar Campania, Napoli, sez. I, 29.05.2017, n. 2843.

E' ragionevole, infatti, ritenere che, in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di ammissione delle ditte²¹, l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale 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 stabilito²².

²¹ Sul punto si rinvia alle osservazioni di TRANQUILLI S., *Prime riflessioni Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare alla luce della disciplina del rito "super-speciale"*, in *Federalismi.it* 28 febbraio 2018, l'A. richiamando la recente sentenza del TAR Campania, VIII, 18 gennaio 2018, evidenzia come quello appena accennato possa considerarsi oramai un approdo oramai stabile «quanto alla tempestività del ricorso, il Collegio ha rigettato l'eccezione di tardività sollevata dalla ricorrente principale non essendo stata provata in giudizio l'avvenuta pubblicazione sul profilo informatico della stazione appaltante del provvedimento recante le ammissioni/esclusioni dalla gara ai sensi dell'art. 29, comma 1, del Codice. Dopo aver passato in rassegna gli orientamenti giurisprudenziali che si contrappongono sulla questione della decorrenza del termine per ricorrere contro le ammissioni, il Collegio ha affermato di condividere l'indirizzo che, prescindendo dall'esistenza o meno della pubblicazione e comunicazione prescritta dall'art. 29 comma 1 del Codice, *"impone l'onere di immediata impugnativa, (...) nei casi in cui la parte non solo sia a conoscenza dell'esistenza del provvedimento di esclusione o ammissione ma sia esattamente a conoscenza dei profili di illegittimità da sollevare in giudizio, avendo avuto piena conoscenza degli atti della procedura"*.

A tale proposito, il TAR ha evidenziato che, una volta conosciuti esattamente i profili di illegittimità, *"non vi sarebbe, infatti, ragione per procrastinare il termine di impugnativa prolungando la situazione di incertezza sulla sorte finale della gara d'appalto che la norma sull'onere di impugnativa immediata ha inteso ridurre"* e - valorizzando gli obiettivi di iper-accelerazione del contenzioso sui contratti pubblici - che *"a fronte della tutela delle ragioni del concorrente all'esercizio dell'azione di impugnativa vi sono, infatti, anche le ragioni di interesse pubblico alla pronta definizione delle controversie in materia di gare di appalto, che non consentono indugi nella promozione dell'azione giurisdizionale"*.

Il Collegio ha tuttavia affermato che, alla luce della (super-)specialità della normativa e del carattere derogatorio del rito di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a. anche il criterio della "piena conoscenza" degli atti deve essere applicato in modo restrittivo. Il TAR ha infatti precisato che la conoscenza acquisita tramite la mera presenza del rappresentante dell'impresa alla seduta di gara pubblica in cui sono disposte le ammissioni e le esclusioni alla gara determina *"al più, la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all'esito di successive indagini"*, ma *"non certamente la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni"*.

La sentenza, valorizzando la specialità e il carattere eccezionale e derogatorio del rito "super-speciale", ha pertanto concluso che *"il criterio dell'effettiva completa conoscenza dell'atto impugnabile, comprensivo di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità dello stesso, deve essere applicato in modo restrittivo, ai soli casi in cui, per gli elementi emersi nella seduta di gara, si evince che la parte dovesse essere sin da allora pienamente consapevole dei profili di illegittimità sollevabili"*.

Nel merito, appurata la fondatezza del ricorso incidentale escludente, il TAR non ha esaminato, dichiarandolo improcedibile, il ricorso principale.

²² Si è, infatti, rilevato che «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 (T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367), e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 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» (Tar Toscana, n. 239/2017)».

Esclusa l'applicazione del nuovo rito super accelerato di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., trova, dunque, applicazione il costante orientamento giurisprudenziale, formatosi prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, che nega valenza procedimentale autonoma all'atto di ammissione alla gara e che ne ammette l'impugnazione solo unitamente al provvedimento di aggiudicazione.

5. Motivi aggiunti nel rito appalti e rito applicabile in caso di cumulo di domande di annullamento ex commi 6 e 6 bis dell'art. 120 c.p.a.

Ove la successione temporale degli atti della procedura di gara pubblica lo consenta si è discusso se sia ammissibile l'impugnativa congiunta ovvero con motivi aggiunti dei provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione definitiva ovvero se quest'ultimo provvedimento di aggiudicazione avrebbe dovuto essere impugnato autonomamente.

Ebbene, secondo un primo orientamento in presenza di domande di annullamento di provvedimenti afferenti la medesima materia "appalti", assoggettate a riti caratterizzati da un diverso grado di specialità (commi 6 e 6 bis dell'art. 120 c.p.a.) si applica all'intera controversia il rito disciplinato dal comma 6 e non quello «super accelerato» introdotto dal successivo comma 6 bis²³. In altri termini, secondo tale orientamento il comma 7, dell'art. 120 c.p.a., secondo cui "*ad eccezione dei casi previsti dal comma 2 bis, i nuovi atti attinenti la stessa procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti*", deve essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente, nel caso in cui a seguito della proposizione del ricorso avverso un provvedimento previsto dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. sopraggiunga l'aggiudicazione della gara, la facoltà - e non l'obbligo - di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, ove questo sia sopraggiunto all'introduzione del non ancora definito giudizio ex art. 120, comma 6 bis, c.p.a., senza in assoluto escludere né la possibilità di un'impugnativa congiunta né la proposizione successiva di motivi aggiunti²⁴. Ed in presenza di domande di annullamento di provvedimenti afferenti la medesima materia "appalti", assoggettate a riti caratterizzati da un diverso grado di specialità (commi 6 e 6 bis dell'art. 120 c.p.a.) si applica all'intera controversia il rito disciplinato dal comma 6 e non quello "super accelerato" introdotto dal successivo comma 6 bis.

In senso contrario, Tar Lazio, sede di Roma, 20.01.2017 n. 1025 che, viceversa, ritiene che sia irrituale un ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione, proposto su un ricorso

²³ Tar Puglia, sede di Bari, sez. I, 7.12.2016, n. 1367, *ex multis* Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19.01.2017, n. 434, Tar Campania, sez. I, 7.12.2016, n. 1367.

²⁴ Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19.01.2017, n. 434 *ex multis* Tar Campania, sez. I, 7.12.2016, n. 1367.

originariamente presentato ai sensi dell'art. 120, comma 2bis. Tuttavia, non ritiene che lo stesso debba essere, nella specie, dichiarato inammissibile, configurandosi un'ipotesi di errore scusabile²⁵.

Posto ciò, il T.A.R. Lazio, conclude che il cui ricorso, pur formalmente presentato come motivi aggiunti, ha tutti i requisiti, sostanziali e formali, per essere trattato come ricorso autonomo, secondo il principio di conservazione degli atti. E che debba, quindi, procedersi alla separazione dei ricorsi, in analogia a quanto disposto dall'art. 103, comma 2, c.p.c., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio operato dall'art.39 c.p.a., con la conseguente iscrizione del ricorso per motivi aggiunti, secondo una numerazione autonoma per la trattazione del merito in base al rito speciale appalti, di cui all'art. 120, comma 6, c.p.a

6. Rito super accelerato e ricorso incidentale: limiti.

Ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, del c.p.a. l'omessa impugnazione dell'ammissione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

²⁵ Nella pronuncia, citata si afferma che: «il comma 7, dell'art.120, nel prevedere la possibilità che gli atti successivi siano impugnati con motivi aggiunti, esclude quanto previsto dal comma 2bis, “Ad eccezione dei casi previsti al comma 2 bis, i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti”.

– tale previsione va coordinata con il precedente comma 6bis, laddove è data la possibilità di rinviare la camera di consiglio (ovvero l'udienza pubblica, richiesta dalle parti), fissata per la trattazione della causa, solo per esigenze istruttorie, proposizione di motivi aggiunti o di ricorso incidentale, intendendo per “motivi aggiunti” la facoltà di introdurre “nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte” (art.43 c.p.a.);

– sotto il profilo teleologico, si rileva che il procedimento giurisdizionale “super accelerato” è ispirato dall'obiettivo di porre fine ad alcune distorsioni registratesi nella prassi del contenzioso sui contratti pubblici – verificatesi, in particolare, attraverso il massiccio utilizzo del ricorso incidentale “escludente” ed il proliferare di censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo, una volta che questo era ormai giunto a conclusione – al precipuo fine, quindi, di deflazionare e semplificare il giudizio sull'atto conclusivo della procedura di gara, ovvero l'aggiudicazione, concentrando i motivi di censura solo su quest'ultimo, una volta consolidatisi gli effetti degli atti precedenti.

– se questo è l'intento del legislatore (v. legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, art.1, comma 1, lett. bbb)), sebbene sia mancato poi, in sede di attuazione della delega, un coordinamento tra i tempi strettissimi dettati dal nuovo rito e le norme relative al procedimento di gara, specie se si consideri che tra l'ammissione e la successiva fase di valutazione e aggiudicazione possono trascorrere – come verificatosi nel caso in esame – anche solo pochi giorni, ammettere l'esame contestuale di censure dirette nei confronti tanto dei provvedimenti di ammissione, quanto di quello dell'aggiudicazione, non necessariamente coincidenti e proposte in un unico ricorso, ancorché integrato da motivi aggiunti, va, di fatto, ad esautorare e vanificare la portata della novella legislativa, ottenendo, appunto, il medesimo risultato che si verificava sotto il previgente regime, con la proposizione di un ricorso incidentale escludente avverso l'aggiudicazione; risultato che il legislatore ha, invece, voluto evitare; – alla luce della considerazioni sopra fatte, il legislatore abbia inteso rinunciare ad avvalersi dello strumento dei motivi aggiunti per il rito “superspeciale”».

L'obiettivo perseguito con tale previsione è evidentemente quello di porre fine ad alcune distorsioni registratesi nella prassi del contenzioso sui contratti pubblici, in particolare all'utilizzo del ricorso incidentale "escludente" e il proliferare di censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo una volta che questo era giunto a conclusione (peraltro, in relazione al ricorso incidentale è noto il superamento della tesi del carattere escludente, espressa dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, ad opera della Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza 5 aprile 2016, C - 689/13). Da ciò dovrebbe derivare un effetto complessivo di deflazione, oltre che di semplificazione, dei giudizi avverso l'aggiudicazione, rendendo stabili i provvedimenti emessi dalla stazione appaltante nella fase precedente. Dopo la novella legislativa, il ricorso incidentale era stato in un primo momento ritenuto irricevibile, ove proposto oltre il termine di 30 giorni decorrenti, non già dalla notifica del ricorso principale - come è regola generale ai sensi del combinato disposto dell'art. 120, comma 2 e art. 42 c.p.a. - bensì dalla conoscenza del provvedimento di ammissione mediante la pubblicazione del provvedimento della stazione appaltante, *ex art.* 120, comma 2bis, c.p.a. La recente attività interpretativa del giudice amministrativo proprio con riferimento al termine di proposizione del ricorso incidentale nel rito di cui all'art. 120, comma 2, bis c.p.a. ha precisato con argomentazioni ragionevoli che: il *dies a quo* per proporre il ricorso incidentale avverso l'ammissione di altro concorrente dalla gara decorre, in applicazione del principio dettato dall'art. 42, comma 1, c.p.a., dalla notifica del ricorso principale e non dalla conoscenza del provvedimento di ammissione pubblicato sul profilo del committente, ferma restando la preclusione all'attivazione di tale rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione²⁶.

7. Il nuovo rito c.d. super accelerato: termini processuali.

L'art. 204 del nuovo codice dei contratti ha inserito un comma 6-bis nello stesso art. 120 c.p.a., introducendo un rito speciale in camera di consiglio (o, su richiesta delle parti, in udienza pubblica) da celebrare entro 60 giorni dalla notifica del ricorso (contro i 75 del rito accelerato ordinario), per l'immediata risoluzione di tali controversie l'impugnazione va proposta entro il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29 codice appalti, del provvedimento che determina ammissione e esclusioni. È previsto il rito camerale, a meno che le parti non chiedano l'udienza pubblica (art. 120, comma 2-bis, e comma 6 bis, c.p.a.).

La novella riduce in modo significativo i termini minimi a difesa²⁷.

²⁶ *cf.* Cons. St., sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182.

²⁷ Sono ridotti i termini per la comunicazione alle parti della data dell'udienza; quelli per la produzione di documenti, memorie, e repliche (rispettivamente indicati in 15, 10, 6 e 3 giorni liberi anteriori alla stessa data,

Nello stesso spirito, si esclude poi l'operatività del termine "lungo" di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza per la proposizione (*recte* notificazione) dell'appello, ridotto dunque in ogni caso a 30 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della sentenza.

Le riferite tempistiche, in questi giudizi residuano spazi limitati per la tutela di cui si dirà oltre.

In mancanza di espressa previsione contraria anche il nuovo rito super accelerato appalti, previsto dai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a., soggiace alla sospensione feriale dei termini processuali, secondo la regola generale esplicitata dall'art. 54 c.p.a., pacificamente applicabile anche ai giudizi di cui al titolo V, libro IV c.p.a.²⁸.

8. Rito super accelerato e interesse al ricorso

La novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2 bis, d.lgs n. 50/2016 deve essere letta anche alla luce del quadro giurisprudenziale storicamente consolidatosi e dei principi in tema di concretezza e attualità della titolarità dell'interesse all'azione, che consentono possa dolersi dell'illegittimità degli atti amministrativi solo chi da essi riceva una lesione immediata e certa.

Con la scelta operata dal legislatore delegato si veicola nell'ordinamento 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.

La previsione di un rito "super accelerato" per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la 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 aggiudicazione²⁹.

La lesione, secondo alcuna parte dei commentatori della norma qua, non sarebbe introducibile mediante una norma di legge. La lesione invero è un fatto obbiettivo connesso all'esistenza di una effettiva e attuale lesione che preclude all'interessato il conseguimento del bene della vita a cui aspira.

evidentemente incompatibili con un'attenta e completa valutazione della documentazione e delle problematiche generalmente complesse relative alla materia in oggetto); stabilisce, in una con il divieto di cancellazione della causa dal ruolo, il divieto di rinvio della trattazione se non per esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio e per produrre motivi aggiunti e ricorso incidentale (evidente l'assenza di coordinamento con le ipotesi di rinvio previste dal co. 6, che non contiene l'esplicito riferimento ai motivi aggiunti e al ricorso incidentale, ma giustifica correttamente il rinvio per il rispetto dei termini a difesa); si contrae poi entro un massimo di 3 giorni il termine per il deposito degli adempimenti istruttori; si fissa entro 15 giorni quello per la fissazione della nuova camera di consiglio e si riduce a 7 giorni dalla camera di consiglio/udienza il termine di deposito della sentenza.

²⁸ Tar Puglia, sede di Bari, sez. I, 7.12.2016, n. 1367.

²⁹ cfr. parere Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855/2016

Tale scelta legislativa si presta perciò ad una serie di rilievi in ordine all'effettività della difesa al momento dell'ammissione (quella dell'onere immediato dell'impugnazione dell'esclusione dell'operatore economico era già patrimonio consolidato del processo amministrativo), a pena di inammissibilità dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, per ragioni di politica giudiziaria deflattiva del contenzioso, omettendo di considerare o, sostanzialmente, evitando di interrogarsi sulla compatibilità di un sistema di tutele sicuramente innovativo, se non proprio in controtendenza rispetto ad acquisizioni giurisprudenziali, storicamente consolidate, in ordine ai principi in tema di concretezza e attualità della titolarità dell'interesse all'azione.

Lo stesso Consiglio di Stato, con il parere espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016 (n. 855/2016 dell'1.4.2016), con specifico riferimento al "*Precontenzioso e contenzioso (art. 204, 211)*", sostanzialmente ha condiviso l'impostazione riduttiva e giugulatoria, oltre che gravosa, dell'effettività della difesa³⁰.

Orbene, in ordine ai citati principi in tema di concretezza e attualità della titolarità dell'interesse all'azione³¹, il ricorso giurisdizionale è sempre stato considerato un rimedio non dato nell'interesse astratto

³⁰ Sul punto, lo stesso Consiglio di Stato, con il parere espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016 (n. 855/2016 dell'1.4.2016), con specifico riferimento al "*Precontenzioso e contenzioso (art. 204,211)*", non ha mancato di osservare testualmente quanto segue: "Il Codice appresta un corpo normativo cui è sottesa l'esigenza della riduzione dei contenziosi e della definizione veloce delle liti. Questo obiettivo è anzitutto affidato, in via preventiva, alle buone regole e alla buona amministrazione, nonché ai nuovi criteri reputazionali di selezione degli operatori, volti a creare una nuova cultura e responsabilità etica dei partecipanti alle gare. Quando tuttavia il contenzioso sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata della tutela cautelare. Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare ex lege ai concorrenti: il c.d. standstill. Le nuove disposizioni processuali impongono l'immediata impugnazione di ammissioni ed esclusioni, al condivisibile fine di deflazionare il successivo contenzioso sull'aggiudicazione, nella prassi complicata ed esasperato dai ricorsi incidentali che rimettono in discussione la fase di ammissione. Tuttavia tale onere di immediata impugnazione, che grava le parti con tempi stretti ed ulteriori costi processuali, dovrà essere compensato da una tempestiva accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, e, in prospettiva, e fatte le pertinenti verifiche di compatibilità finanziaria, con una rimodulazione del contributo unificato... A sua volta, il nuovo rito processuale che onera della impugnazione immediata delle ammissioni in gara, se depotenzia la tattica dei ricorsi incidentali strumentali, deve tuttavia coordinarsi con le regole sulla piena conoscibilità degli atti di gara. Dovrà anche valutarsi una riflessione sulla misura del contributo unificato, al fine di non rendere la tutela giudiziaria (articolata in struttura bifasica, con la doppia impugnazione degli atti di ammissione/esclusione e della successiva aggiudicazione) troppo complessa e costosa".

³¹ C. Stato Sez. VI 6.03.2002 n. 1371 che di seguito si riporta in quanto condiviso: "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

della giustizia o per ottenere la mera enunciazione dei parametri di legalità dell'azione amministrativa, disancorati da un effettivo e non ipotetico vantaggio derivante all'attore nel caso in contestazione³².

originato dal varo di una determinazione lesiva di interessi legittimi, la sussistenza di un interesse all'eliminazione del provvedimento oggetto di impugnazione.

³² C Stato, Sez. VI, 28.03.2003 n. 1634. Sul punto, è utile richiamare in questa sede quanto lucidamente esposto da Tar Puglia, sede di Bari, 25.11.2016, n. 6244 nella quale si richiama C Stato, Sez. VI, 6.03.2002 n. 1371, che di seguito si riporta: “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 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 aggiungere, 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, sezione 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 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. Deve allora trovare condivisione l’affermazione ... secondo cui “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

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 strumentale³³ 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 selettiva³⁴; 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 amministrativo³⁵.

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

la tutela di un interesse strumentale deve aderire in modo rigoroso all'oggetto del giudizio con carattere diretto ed attuale. (cfr. Cons. Giustizia Amm. Reg. Sicilia – n. 372 del 9 giugno 1998)".

³³ Sull'interesse strumentale si v. G. GALLONE, *Il rilievo giuridico dell'interesse strumentale*, in a cura di E. FOLLIERI e A. BARONE, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, WK e Cedam, 2015.

³⁴ C Stato, sezione V, n. 792/1996; 454/1995; sezione VI, 7 giugno 2001, n. 3090; 7 maggio 2001, n. 2541.

³⁵ C Stato, sezione V, n. 1374/1996.

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 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.

Conclusivamente la novella di cui all'art. 120 comma 2 bis del c.p.a deve confrontarsi con i principi generali delimitati dalla giurisprudenziale secondo cui «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».

9. Permanenza dell'interesse alla decisione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis c.p.a., dopo che il ricorrente si sia aggiudicato la gara.

Il legislatore del nuovo Codice dei contratti, dunque, derogando al principio dettato dall'art. 100 c.p.c., secondo cui «per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse», ed innovando rispetto alla granitica giurisprudenza amministrativa in merito, ha in sostanza onerato tutti i partecipanti ad una gara dell'impugnazione immediata delle ammissioni in una fase antecedente al sorgere della lesione concreta e attuale data dall'aggiudicazione, in ragione dell'impossibilità a far valere poi i profili inerenti all'illegittimità di tali determinazioni mediante un successivo ricorso incidentale, proposto per paralizzare quello principale con cui sia stata impugnata l'aggiudicazione.

Tanto, come si è in precedenza delineato, nell'ottica di cristallizzare e rendere intangibile la fase di gara relativa agli operatori economici ammessi a partecipare, ovvero, in altri termini, «a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara» (parere Consiglio di Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855), in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione, evitando così un possibile annullamento dell'affidamento per un vizio a monte della procedura.

È interessante osservare le ricadute processuali, in ragione delle preclusioni imposte dal nuovo rito super accelerato delineato dall'art. 120, commi 2bis e 6bis, c.p.a., ove uno dei ricorrente ai sensi dell'art. 120 commi 2bis e 6bis, c.p.a., sia risultato aggiudicatario della gara. In altri termini, quest'ultimo soggetto aggiudicatario contesterebbe l'ammissione degli altri soggetti che lo seguono in graduatoria. È evidente, che l'esame prioritario in tale fattispecie debba vertere sulla sussistenza della condizione dell'azione, data dall'interesse a ricorrere, del ricorrente divenuto aggiudicatario, alla luce del nuovo sistema processuale speciale introdotto dal d.lgs. n. 50/2016.

Orbene, chiamato a pronunciarsi su di una questione identica il Giudice Amministrativo³⁶ ha ritenuto ormai superato, per effetto del nuovo “super accelerato” rito appalti, l'orientamento tradizionale secondo cui se in corso di causa dovesse intervenire un fatto esterno incidente sull'interesse a ricorrere facendo venir meno l'utilità del ricorso anticipato (come l'aggiudicazione allo stesso ricorrente), l'azione diventerebbe improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, perché ormai incapace di portare un distinto vantaggio al ricorrente, meglio soddisfatto con il bene finale.

Ad avviso di tale orientamento giurisprudenziale, infatti, tale conclusione deve essere rivista alla luce dell'eccezionalità del nuovo rito, che ha definito un modello complessivo di contenzioso appalti a duplice sequenza, in cui il nuovo sottosistema accelerato viene disgiunto da quello successivo delle impugnazioni per altri vizi della procedura di gara (es. vizi del bando, della composizione della commissione, della documentazione prodotta ma verificata dopo l'aggiudicazione, dell'offerta stessa), ovvero per vizi relativi all'esito oggettivo della stessa. Ed invero, se l'omessa impugnazione dell'ammissione degli altri concorrenti fa consumare 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, c.p.a.. 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. In altri termini, in ragione della separazione delle due fasi processuali, cui corrispondono anche riti diversi, la successiva

³⁶ Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 8.02.2017, n. 2118.

aggiudicazione non può ritenersi tale da incidere sull'interesse a ricorrere ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. non essendo venuta meno l'utilità (o la ratio) del ricorso anticipato.

10. Rito super accelerato e misure cautelari.

Ove il giudizio è stato proposto ai sensi dell'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, cod. proc. amm., e in particolare contro un provvedimento “*che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento*” (comma 2-*bis* citato), deve precisarsi che, malgrado i dubbi interpretativi affacciatisi all'indomani dell'introduzione del rito “super accelerato” sui provvedimenti di esclusione e ammissione alle procedure di affidamento di contratti pubblici introdotto dal nuovo codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 deve ritenersi che la tutela cautelare in esso sia ancora configurabile.

La possibilità di richiedere la tutela cautelare *ante causam* e, soprattutto, quella monocratica d'urgenza non può essere esclusa, e, anzi, deve essere garantita, anche nei casi di astratta ammissibilità del rito super accelerato, in ragione del diritto di difesa delle parti che può ritenersi soddisfatto anche in chiave comunitaria (vedi Direttiva 2007/66/CE) solo se l'ordinamento consente al soggetto leso di valutare *cognita causa* se ne esistono i presupposti, senza costringerlo a proporre un ricorso “al buio”, che è quello che avverrebbe ora in quanto la durata delle diverse fasi di ammissione e selezione è disomogenea e non predeterminabile, per cui non vi è una sicura e rapida scansione cronologica del procedimento di verifica delle offerte. Ciò vale a maggior ragione nel caso di impugnazione delle ammissioni, che rappresentano la vera novità nonché criticità di applicazione del nuovo regime processuale, posto che per le esclusioni la necessità di una tutela cautelare immediata esiste da sempre.

Ciò in considerazione della facoltà per la parte di instare per l'adozione di misure cautelari provvisorie ex art. 56 c.p.a., le quali richiedono la successiva trattazione collegiale (cfr. il comma 4 della disposizione ora citata).

In tal caso la richiesta di misure cautelari (tutela cautelare *ante causam* e, soprattutto, quella monocratica d'urgenza) 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 super accelerato del comma 6 bis dell'art. 120 (introdotto dal citato art. 204) e rimette al giudice il potere di dettare i tempi della prima fase del giudizio, che sembravano essergli stati sottratti dalla nuova disciplina³⁷.

³⁷ Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20.12.2016, n. 5852

Viceversa, difficilmente coordinabile con il rito super accelerato appare la tutela cautelare ordinaria posto che in caso di semplice pregiudizio grave e irreparabile la parte non può pretendere che il giudice amministrativo, fissando la camera di consiglio ordinaria, possa legittimamente derogare al procedimento super accelerato introdotto dal nuovo Codice dei contratti³⁸.

In proposito, posto che il nuovo comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. stabilisce che «nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica». Esso introduce una scansione precisa del procedimento giurisdizionale in quanto: a) il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza; b) le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima; c) la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale; d) l'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa; e) la nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Inoltre, non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo e l'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione. La camera di consiglio deve essere tenuta entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente», senza che ciò possa essere mutato dalla richiesta di udienza pubblica formulata da una delle parti e potendo essere ammesso il differimento solo nei casi ivi previsti (istruttoria, termini a difesa, etc).

Il giudizio, quindi, è concepito come rito "immediato" che può diventare abbreviato solo in pochi casi limitati.

Tuttavia, tale tutela cautelare non è da escludere anche in ragione della possibilità che, malgrado i tempi ridottissimi previsti dall'art. 120 per il rito "super accelerato", a causa della congestione dei ruoli di udienza quest'ultimo sia fissato in un termine tale da fare sorgere esigenze cautelari nelle more della celebrazione del merito.

³⁸ In senso contrario, Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20.12.2016, n. 5852.

11. Appellabilità delle pronunce rese all'esito del giudizio governato dal rito super accelerato.

L'art. 120, comma 6-bis, ultimo periodo, Cod. proc. amm, al fine di disciplinare il rito super accelerato, per l'impugnazione delle ammissioni ed esclusioni dalle gare, prevede che "l'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione".

In proposito, con riferimento alla individuazione del *dies a quo* del termine per la proposizione dell'appello è stato precisato che: «Nel rito appalti "super accelerato" la «comunicazione della sentenza», che il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 enuclea quale dies a quo del termine per la proposizione dell'appello, coincide con la comunicazione, alle parti costituite, da parte della Segretaria dell'Ufficio giudiziario, dell'avvenuto deposito della decisione, come si desume dall'art. 89, comma 3, c.p.a., la cui rubrica è, appunto, «pubblicazione e comunicazione della sentenza»³⁹.

Né, altresì, non essendo intervenuta l'integrale comunicazione della sentenza, può farsi applicazione del termine lungo dimidiato, di cui all'art. 119 Cod. proc. amm. Tale possibilità è infatti espressamente preclusa dal successivo art. 120, comma 6-bis, secondo cui nel rito super-speciale non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza.

Il che, è stato ritenuto, peraltro, «perfettamente ragionevole e compatibile con la ratio fortemente acceleratoria che caratterizza il regime processuale delle esclusioni ed ammissioni ai procedimenti di gara»⁴⁰.

12. Profili di (in)compatibilità costituzionale.

L'ampio spazio al commento della disposizione in esame fa emergere in maniera piana la difficoltà di applicazione della normativa che appare immediatamente «pensata» in un'ottica deflattiva del contenzioso. L'obbligo di impugnare l'ammissione delle concorrenti in gara confligge con un principio cardine del processo amministrativo che è l'interesse al ricorso. Appare immediatamente intuibile che al momento di ammissione delle ditte in gara la posizione delle concorrenti è neutra o meglio indifferenziata in quanto solo potenzialmente lesiva. Il bene della vita cui aspira la concorrente in gara è l'aggiudicazione dell'appalto sicché il suo interesse a contestare l'ammissione (pur illegittima) delle altre concorrenti si salda solo alla fine della procedura allorquando la posizione in graduatoria determina quel grado di differenziazione idoneo a radicare l'«interesse al ricorso». Di tale situazione si è avveduta immediatamente la dottrina che ha contestato la compatibilità costituzionale della nuova normativa e l'inidoneità a

³⁹ C. Stato, sez. V, 31.03.2017, n. 1501.

⁴⁰ C. Stato, sez. V, 31.03.2017, n. 1501.

raggiungere il fine dichiarato di abbattere il contenzioso e ridurre la conflittualità⁴¹. Basti pensare che precedentemente il confronto dell'aggiudicataria si limitava alle ditte che la seguivano immediatamente in graduatoria (la seconda e qualche volta la terza). Nel sistema attuale tutte le ditte ammesse in gara potrebbero decidere di impugnare le ammissioni delle altre concorrenti con l'intrecciarsi di un numero di ricorsi pari alle concorrenti in gara (almeno potenzialmente). Quanto questo crei una semplificazione è oscuro. Nella realtà è avvenuto che salvo le gare di importo notevole, quelle con un numero limitato di concorrenti 2 o 3 al massimo, generalmente appannaggio di «general contractor», in tutte le altre gare, ove la platea di concorrenti è superiore a 5 nessuna ditta presenta più ricorso. E' eccessivamente oneroso un giudizio teso ad escludere le altre concorrenti senza che ciò comporti un vantaggio tangibile per la ricorrente. La norma ha quindi raggiunto il suo scopo che era quello neppure tanto velato di «paralizzare» le azioni giudiziarie ma a quale prezzo?

La giurisprudenza sul punto si è divisa.

Un primo filone ha ritenuto ragionevole il fine deflattivo e proporzionale lo strumento utilizzato⁴².

⁴¹ Si v. sul punto proprio TAR Piemonte, ordinanza del 27 gennaio 2018, il rito super accelerato «genera il rischio di una proliferazione dei ricorsi nella fase di “qualificazione”, cioè di ammissione delle imprese, e di una conseguente paralisi dei procedimenti di gara, soprattutto di quelli relativi ad appalti di rilevante importo, rispetto ai quali il gravoso onere economico dell'iniziativa giudiziaria non rappresenta una remora, con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso che si immaginano garantite dalla riforma.

⁴² Si veda TAR Lazio, Sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, che espressamente evidenzia:

“3.3. Non sembrano poi evidenti i dubbi di costituzionalità prospettati.

In primo luogo, la circostanza che, nella fase di ammissione, non sia ancora delineabile in capo ad alcuno dei concorrenti l'utilità finale rappresentata dall'aggiudicazione della gara, non è ostativa all'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara.

omissis

D'altro lato, il diritto di difesa a tutela della ulteriore e distinta posizione soggettiva rappresentata dalla vincita della gara, non ne risulta limitato o definitivamente scalfito, in contrasto con le garanzie di cui agli artt. 24 e 113 Cost., poiché delle illegittimità relative alla fase di ammissione ci si può comunque dolere nei termini di decadenza previsti dall'art. 120, comma 2- bis, c.p.a..

Al riguardo, non appare inutile ricordare che anche la Corte costituzionale, in relazione all'introduzione di forme celeri per la definizione delle controversie amministrative ovvero di abbreviazione dei termini – avvenuta a partire dalla fine degli anni 90 del secolo scorso, proprio per il settore delle pubbliche commesse, in esame – ha costantemente affermato che le stesse non possano considerarsi costituzionalmente illegittime nella misura in cui venga assicurato il rispetto di alcuni valori processuali fondamentali, quali, in primo luogo, l'integrità del contraddittorio nonché la completezza e sufficienza del quadro probatorio (C. Cost., 26.6.2007, n. 237; cfr. anche 20 luglio 2016, n. 191 e la capostipite n. 427 del 1999).

E se, nel caso di specie, l'anticipazione della tutela ad una fase antecedente l'aggiudicazione della gara, rende sicuramente più oneroso l'esercizio del diritto di difesa, a fini di riequilibrio – come ritenuto dal Consiglio di Stato nel cit. parere n. 855/2016, reso sullo schema originario del nuovo codice dei contratti - dovrebbe essere sufficiente un intervento del legislatore ordinario volto a ridurre il contributo unificato per il contenzioso a valle e, in ogni caso, a garantire la tempestiva conoscenza degli atti e della relativa motivazione (cfr., anche, al riguardo, il parere n. 782 del 30 marzo 2017, reso sul correttivo al codice).

Un secondo filone invece pur avvertendo un potenziale dubbio di costituzionalità della norma non ha ritenuto di poter rimettere la questione alla Corte costituzionale difettando nei casi prospettati il requisito della «rilevanza della questione»⁴³.

Purtuttavia i dubbi di costituzionalità permangono atteso che il nuovo rito appare in evidente contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della pubblica amministrazione ex art. 24 e 113 Cost. e questo in quanto impone a pena di decadenza l'immediata impugnazione di provvedimenti a fronte dell'assenza di un interesse concreto ed attuale al ricorso⁴⁴.

13. Profili di conformità alla normativa comunitaria.

In questo quadro a tinte fosche è intervenuta la pronuncia del TAR Piemonte che con l'ordinanza n. 88/2018⁴⁵ ha rimesso innanzi alla Corte di Giustizia U.E. la questione di compatibilità dell'art. 120,

In definitiva, non pare si ponga una questione di costituzionalità né di compatibilità comunitaria della disciplina in esame, in quanto conforme al «principio di ragionevolezza dei tempi del processo» avente anch'esso copertura costituzionale (cfr. TAR Napoli, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, nonché n. 2744/2017; cfr. anche TAR Palermo, sez. III, sentenza n. 1231/2017 dell'8.5.2017 e TAR Bari, sentenza n. 394 del 14 aprile 2017; vedi anche, in precedenza, la sentenza della Sezione n. 3540 dell'8 marzo 2017)".

⁴³ In particolare, si vedano:

a) T.A.R. Campania, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852: “il legislatore ha introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo. (...) il nuovo rito superaccelerato sembra porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della P.A. ex art. 24 e 113 Cost. e questo a causa dell'onere di immediata impugnativa di provvedimenti a fronte dell'assenza di un interesse concreto ed attuale al ricorso”;

b) T.A.R. Puglia, Sez. III, 08 novembre 2016, n. 1262: “la novella legislativa dell'art. 120 c. 2bis c.p.a. confligge con il quadro giurisprudenziale storicamente consolidatosi atteso che veicola nell'ordinamento 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”.

⁴⁴ In termini si v. T.A.R. Campania, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852: astrattamente parlando, il nuovo rito superaccelerato, così come costruito, sembra porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della pubblica amministrazione ex art. 24 e 113 Cost. e questo a causa dell'onere di immediata impugnativa dei provvedimenti di aggiudicazione e esclusione indicati a fronte dell'assenza di un interesse concreto ed attuale al ricorso.

Sicché, nonostante alcuni tra i primi interpreti abbiano ricostruito questa presunzione assoluta di lesività dei provvedimenti come una sorta di interesse alla legittima formazione della platea dei concorrenti ammessi alle successive fasi della procedura, sul modello processuale del contenzioso elettorale di cui all'art. 129 c.p.a. (nel quale, tuttavia, sono impugnabili i provvedimenti immediatamente lesivi del di diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio), ciò non toglie che un sistema così congegnato potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza (cfr. Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio dispositivo in relazione all'ambito della domanda di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare).

⁴⁵ Nella citata ordinanza il TAR Piemonte ha ritenuto di dover sottoporre all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti:

comma 2 bis, c.p.a., rispetto «ai superiori principi del Diritto Europeo, costituiti dal diritto alla tutela giurisdizionale e dal principio di proporzionalità».

Il ragionamento del Giudice remittente è talmente condivisibile da apparire scontato⁴⁶.

Gli artt. 6 e 13 della CEDU riconoscono il diritto ad un giusto ed effettivo processo, sotto il profilo sostanziale, garantendo una tutela attraverso un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere e una tutela processuale attraverso le tre componenti fondamentali del principio di effettività: pienezza e completezza della tutela e ragionevole durata del processo.

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce il diritto dell'individuo ad “un ricorso effettivo davanti ad un giudice”, quando siano stati violati i propri diritti e le proprie libertà.

In primo luogo fa emergere in maniera piana che l'imposizione a pena di decadenza dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni delle altre concorrenti in gara prima dell'aggiudicazione non si fonda su di un interesse attuale e concreto⁴⁷; inoltre determina un aggravamento ingiustificato nella tutela

1) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

2) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

⁴⁶ Come sottolinea il TAR Piemonte con l'ordinanza n. 88/2018 «l'operatore economico è obbligato ad impugnare le ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, senza sapere ancora chi sarà l'aggiudicatario e, parimenti, senza sapere se lui stesso si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto. Si impone quindi al concorrente di promuovere l'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità, facendo carico anche all'operatore che abbia presentato un'offerta risultata poi non competitiva in esito alla selezione, di assumere gli oneri connessi all'esperienza immediato del giudizio, ossia di promuovere un ricorso inutile e non efficace».

⁴⁷ Si legge nell'ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018 che «le norme censurate hanno pertanto introdotto una tipologia di contenzioso che si qualifica per essere un giudizio di diritto oggettivo, contrario ai principi comunitari sopra richiamati, che forgiato il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, interesse che, nell'ipotesi delle gare di appalto, consiste unicamente nel conseguimento dell'aggiudicazione, o, al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella chance derivante dalla rinnovazione della gara. Si rende in tal modo recessivo il principio della immediatezza della lesione derivante dal provvedimento impugnato rispetto alla (necessaria) attualità della reazione giurisdizionale, anticipandola obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa. Peraltro, il soggetto privato obbligato a proporre un giudizio secondo lo schema del rito “superaccelerato” non solo non ha un interesse concreto ed attuale ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria, ma subisce anche un danno dall'applicazione dell'art. 120 c. 2bis c.p.a., non solo con riferimento agli esborsi economici ingentissimi collegati alla proposizione di plurimi ricorsi avverso l'ammissione di tutti i concorrenti alla gara (in un numero potenzialmente molto elevato), ma anche per la potenziale compromissione

giurisdizionale atteso che il concorrente deve procedere quantomeno a due impugnazioni l'ammissione prima delle altre concorrenti e l'aggiudicazione poi.

Sulla scorta di tali considerazioni in fatto è sembrato evidente la non conformità da parte della normativa in esame ai principi di derivazione comunitaria che prevedono un ricorso in materia di appalti che garantisca una tutela giurisdizionale effettiva⁴⁸ ed in armonia con il principio di proporzionalità.

14. Prime conclusioni.

La disamina appena svolta evidenzia quanto sia farraginoso il sistema disegnato dal legislatore italiano. La scelta di riti speciali dovrebbe essere innanzitutto molto limitata. Nel caso degli appalti la coesistenza di due riti speciali è un paradosso che solo il nostro ordinamento poteva permettere. Una prima

della propria posizione agli occhi della Commissione di gara della S.A., destinataria dei plurimi ricorsi, che è chiamata nelle more del giudizio a valutare l'offerta tecnica del ricorrente; e per le nefaste conseguenze in merito al rating d'impresa disciplinato dall'art. 83 CCP, che individua come parametro di giudizio (negativo) l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto».

⁴⁸ Nell'ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018 il Collegio rileva che «la violazione ai principi comunitari sopra richiamati, ed in particolare laddove si rende l'accesso alla giustizia amministrativa eccessivamente gravoso, si ravvisa in quanto l'attuale sistema impone a ogni ditta concorrente di:

- 1) impugnare il provvedimento di ammissione di tutte le altre ditte partecipanti;
- 2) proporre il relativo ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è resa problematica dalla disciplina dettata nell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, che al comma terzo vieta di comunicare o comunque di rendere noti gli atti di gara, l'accesso ai quali è differito all'aggiudicazione e, al suo comma quarto, rende punibile, ai sensi dell'art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d'ufficio), la condotta del pubblico ufficiale o degli incaricati di pubblico servizio (endiadi in cui sono compresi tutti i funzionari addetti alla procedura di gara) inosservante del divieto. La cogenza di tale incondizionato divieto, oltre a porre questioni di coordinamento con l'art. 29 cit., lascia prevedere una giustificata ritrosia dei soggetti responsabili della procedura a rendere ostensibile, oltre al provvedimento di ammissione, la documentazione amministrativa dei concorrenti, costringendo gli operatori a proporre ricorsi "al buio" ovvero, come confermato dalle già numerose pronunce intervenute sul punto, a presentare ulteriori ricorsi per l'accertamento del diritto di accesso alla documentazione necessaria per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.;
- 3) formulare censure avverso ogni atto di ammissione, per evitare di incorrere nell'inammissibilità di un ricorso cumulativo (ogni ammissione potrebbe risultare affetta da vizi propri e distinti rispetto all'altra, con diversità oggettiva e soggettiva per ogni ricorso), con la necessaria proposizione di tanti ricorsi quante sono le ditte ammesse e quindi con la conseguenza di dover versare il contributo unificato per ogni ricorso (può dirsi acclarata la funzione dissuasiva all'azione giurisdizionale indotta dal cumulo di tributi giudiziari dovuti in caso di impugnazione separata degli atti di ammissione e di aggiudicazione nell'ambito della stessa procedura di gara).

Risulta netto il contrasto con il principio di effettività sostanziale della tutela assicurata dalla direttiva recepita (89/665), laddove prevede una decadenza di motivi ricorsuali deducibili nel momento in cui l'esigenza di tutela soggettiva diviene concreta ed attuale, cioè con l'aggiudicazione.

Inoltre, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura».

La corretta attuazione dei principi sopra richiamati suggerirebbe l'approdo (o per meglio dire il ritorno) ad una soluzione che consenta di attendere la definizione della procedura e la piena discovery, prima di proporre ricorso per motivi relativi alla ammissione dell'aggiudicatario.

armonizzazione dovrebbe prevedere un unico rito «speciale». Il particolare rito super accelerato a cui sono dedicate queste riflessioni delinea l'assenza nel nostro ordinamento di una cultura giuridica europea sul principio di proporzionalità⁴⁹. Dal punto di vista classico esso si fonda su tre elementi: della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. Sotto tale profilo appare evidente che la previsione che impone la immediata impugnazione del provvedimento di ammissione delle concorrenti in gara non appare né idoneo né necessario⁵⁰. Se è vero che così si realizza il risultato desiderato di avere una platea di concorrente definita e non più modificabile è altrettanto evidente che il sacrificio che viene imposto alle concorrenti e la lesione dei connessi principi di legittimazione ed interesse al ricorso appaiono del tutto irragionevoli.

Un'analisi attenta pertanto dovrebbe portare la Corte di Giustizia a valutare la soluzione adottata come la meno idonea al perseguimento dell'interesse pubblico primario e altrettanto lo strumento meno mite fra quelli a sua disposizione, nell'ottica «del criterio della necessità».

Ciò premesso va anche evidenziato che la materia degli appalti è caratterizzata da un alto tasso di tecnicità e quindi di imprevedibilità; i giudici UE compiono un sindacato che è «necessariamente limitato alla c.d. apparenza esterna»; una volta fornita la prova dell'esercizio di un potere discrezionale giustificato difficilmente il giudice si spingerà oltre limitandosi a verificare che non siano stati palesemente violati i criteri dell'idoneità e della necessità.

Le speranze che la Corte di Giustizia possa sindacare la incompatibilità di tale normativa con i principi europei fondamentali deve quindi affidarsi alla evidente lesione del diritto ad una tutela effettiva ed efficace in materia di appalti⁵¹. Non vanno trascurati, inoltre, anche i riflessi indiretti dell'attuale disciplina sulla legalità. In un settore particolarmente sensibile è evidente che ad un grado minore di «intrusione» del giudice corrisponda un pericolo maggiore di arbitrio nella gestione delle procedure se non vere e proprie prassi corruttive.

Per fortuna non di rado nel recente passato la Corte di Giustizia si è occupata del sistema degli appalti italiano. In particolar modo con la sentenza 4 luglio 2013, c.d. sentenza Fastweb, e successivamente con

⁴⁹ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Portale Treccani*, cit. l'A. evidenzia come si tratti di un principio di derivazione tedesca che per il tramite della Corte di Giustizia si è diffuso nel resto d'Europa ed anche in Italia dove era sconosciuto.

⁵⁰ Si v. proprio l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea laddove afferma che «alla stregua di tale principio, infatti, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e penalizzante, in modo che gli inconvenienti causati dalle stesse misure non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere (cfr., ad es.: sent. Corte di giustizia UE 12.7.2001, causa C-189/01; id., 12/9/2013, n. 660; 8/5/2013, n. 197; 13/12/2012, n. 395; Grande sezione, 27/11/2012, n. 566; Grande sezione, 21/12/2011, n. 28)» TAR Piemonte, ordinanza 27 gennaio 2018.

⁵¹ Tale principio postula che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto (in tal senso la sentenza della Corte di Giustizia UE 5.4.2016, C 689/13 Puligenica/Airgest spa).

la sentenza 5 aprile 2016, c.d. Puligienica. In tale ultimo caso il giudice europeo «con una motivazione particolarmente specifica (stante l'esigenza di chiudere ogni spazio di potenziale discrezionalità, che aveva, in precedenza, consentito alla Plenaria di ribadire, seppure leggermente temperato, il principio del carattere paralizzante del ricorso incidentale)»⁵² ha sanzionato il tentativo di reintrodurre seppur temperato il principio del carattere paralizzante del ricorso incidentale⁵³.

Insomma nel silenzio della Corte costituzionale, che porta ad interrogarci sul problema della procedura d'accesso al giudizio di costituzionalità analisi che però esula dal presente scritto, per fortuna c'è un giudice in Lussemburgo al quale non sfuggirà il tentativo del legislatore italiano di continuare a «sparare ai passeri con i cannoni»⁵⁴.

⁵² E. LUBRANO, Il rito “superaccelerato” al vaglio della Corte di giustizia U.E., in *lexitalia.it*, 6 marzo 2018, l'A. evidenzia come il processo-appalti, in Italia, è un “animale” particolare: dovrebbe essere costituito solo da sei articoli “innocui” (artt. 120-125 C.P.A.), che dovrebbero avere l'unica finalità di garantire una “corsia preferenziale” ad un settore delicato, per l'importanza degli interessi coinvolti e per gli “appetiti” che essi scatenano. Eppure, il diritto vivente relativo al processo-appalti si è trovato ad essere “rinviato a giudizio” in Corte di Giustizia almeno per la terza volta (“perseverare diabolicum”):

1) una prima volta, con riferimento all'entità del contributo unificato ed all'obbligo di ripetizione dello stesso per la proposizione anche dei motivi aggiunti; questione chiusasi, con la giustificazione della ragionevolezza e della proporzionalità dell'ammontare del contributo, ma con l'indicazione (positiva) della insussistenza di un onere di versamento di un contributo ulteriore per i motivi aggiunti, salvi i casi eccezionali di ampliamento considerevole del thema decidendum (decisione 6 ottobre 2015);

2) una seconda volta, con riferimento al diritto vivente codificato dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul carattere c.d. paralizzante del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale; tale questione ha imposto alla Corte di Giustizia un duplice giudizio (assimilabile ai giudizi di cognizione e di ottemperanza):

a) in prima battuta (con riferimento alla Plenaria n. 4/2011), la Corte di Giustizia ha sancito l'incompatibilità di tale diritto vivente con i principi europei di effettività della tutela giurisdizionale e di tutela della concorrenza (sentenza 4 luglio 2013, c.d. sentenza-Fastweb), senza fornire una motivazione particolarmente specifica (stante l'evidenza delle ragioni indicate e il rispetto dei canoni di buona sinteticità);

b) in seconda battuta (con riferimento alle Plenarie nn. 7/2014 e 9/2014) - a fronte di uno Stato Italiano (e, nella fattispecie, di una Giustizia Amministrativa) sostanzialmente inottemperante - la Corte di Giustizia ha dovuto ribadire il principio (sentenza 5 aprile 2016, c.d. sentenza-Puligienica), questa volta con una motivazione particolarmente specifica (stante l'esigenza di chiudere ogni spazio di potenziale discrezionalità, che aveva, in precedenza, consentito alla Plenaria di ribadire, seppure leggermente temperato, il principio del carattere paralizzante del ricorso incidentale);

3) una terza volta, nel caso oggetto della presente analisi: l'auspicio è che la Corte di Giustizia abbia “mano pesante”, con una decisione “forte”, di radicale declaratoria di incompatibilità, sul modello della sentenza-Puligienica.

Fatto sta che - anche nella migliore delle ipotesi, ovvero laddove la Corte di Giustizia dovesse intervenire nella maniera sopra auspicata - la normativa in questione avrà avuto una vigenza di circa tre anni (da gennaio 2016 fino, realisticamente, a gennaio 2019), nei quali avrà prodotto gli effetti “invisibili” ed irreversibili di denegata giustizia già descritti (per la mancata proposizione di un numero non individuabile, ma senz'altro molto consistente, avverso le ammissioni) e di grave distorsione della concorrenza negli appalti.

⁵³ R. RUSSO, *L'ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale con effetto paralizzante*, in a cura di E. FOLLIERI e A. BARONE, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, WK e Cedam, 2015.

⁵⁴ Per utilizzare la felice formulazione coniata da Fleiner nel 1912 così come ripresa da D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Portale Treccani*, cit.