

## **La compatibilità europea del c.d. rito super accelerato. L'atteggiarsi dell'interesse al ricorso.**

di Anna Chiara Bifulco

14 luglio 2019

Sommario: 1. Premessa – 2. Il rito accelerato e il rito super accelerato – 3. Il nuovo rito ex art.120 c.p.a. – 4. L'atteggiarsi dell'interesse al ricorso – 5. L'ordinanza di rimessione del T.A.R. Piemonte – 6. L'ordinanza della Quarta Sezione della Corte di Giustizia Europea del 14 febbraio 2019 – 7. Conclusioni

### **1. Premessa**

La recente ordinanza della Quarta Sezione della Corte di Giustizia Europea del 14 febbraio 2019 C-54/18, fornisce lo spunto per una riflessione sul c.d. rito super accelerato introdotto dal Legislatore con l'art.204 del D.lgs n. 50/2016 (c.d. Codice dei Contratti pubblici), al precipuo fine di deflazionare il contenzioso in materia di appalti sul possesso dei requisiti di ammissione dei partecipanti alla gara e velocizzare il rito più di quanto esso non sia già celere ai sensi della disciplina speciale dell'art.120 c.p.a..

In particolare, tale nuovo rito fin dalla sua introduzione ha suscitato dubbi di compatibilità europea e le criticità derivanti dalla sua impostazione sono state immediatamente rilevate dalla dottrina<sup>1</sup> e giurisprudenza: alcune sono state anche accolte dal Legislatore con il c.d. correttivo del 2017<sup>2</sup> altre invece, hanno portato alla rimessione del T.A.R. Piemonte, Torino<sup>3</sup> alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, su cui è intervenuta con la pronuncia in commento.

### **2. Il rito accelerato e il rito super accelerato**

Il Legislatore, come noto, aveva previsto con il d. lgs. n. 163 del 2006, all'art.120 c.p.a., una particolare disciplina acceleratoria per l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento in materia di appalti pubblici al fine di garantire

---

<sup>1</sup> Fra cui M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione* in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 4 maggio 2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)* in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it) 11 maggio 2016.

<sup>2</sup> Ad esempio, l'art. 19 del D.lgs. n. 56/2017, ha inserito un ulteriore periodo dopo il secondo periodo dell'art. 29 del Codice dei Contratti Pubblici, assorbendo il soppresso comma 3 dell'art. 76, stabilendo che entro il termine di due giorni previsto per la pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento di esclusione e/o degli atti di ammissione, le amministrazioni aggiudicatrici devono darne avviso ai candidati ed ai concorrenti; ancora, è stato puntualizzato che il termine ex art. 120, comma 2-bis decorre dal omento in cui tutti gli atti sono resi disponibili concretamente, corredati di motivazione.

<sup>3</sup> T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018 n. 88

una sollecita definizione dei giudizi aventi ad oggetto provvedimenti amministrativi riferibili all'esercizio di funzioni pubbliche che implicano la cura di interessi generali particolarmente rilevanti. Tale disciplina delineata dal codice del processo amministrativo ed in parte integrata dal codice dei contratti pubblici per quanto concerne lo *stand still period* per la stipula del contratto, prevedeva la possibilità, per i committenti concorrenti, di proporre il ricorso avverso l'avviso di aggiudicazione entro 30 giorni da quello successivo alla data di pubblicazione dello stesso.

Il meccanismo della tutela giurisdizionale così delineato e fondato quindi sull'impugnabilità del (solo) atto conclusivo del procedimento, faceva sì che l'esistenza di cause di esclusione venisse messa in discussione sostanzialmente al momento dell'aggiudicazione e nell'ambito del contenzioso successivo ad essa anche a causa dell'ampia diffusione del ricorso incidentale c.d. "paralizzante", strumento di difesa dell'aggiudicatario di fronte al ricorso proposto da altri concorrenti in graduatoria.

Accadeva infatti nella prassi che i committenti concorrenti, attraverso la presentazione di ricorsi principali ed incidentali, rimettessero in discussione, dopo l'aggiudicazione della gara, quella fase procedimentale preventiva in cui la stazione appaltante valuta il possesso o meno, da parte di concorrenti, dei requisiti di ordine generale e speciale di ammissione, portando a sovvertire completamente l'esito della gara, anche a distanza di tempo.

In tale quadro, al precipuo fine di pervenire ad una rapida certezza sulla perimetrazione della platea dei concorrenti e deflazionare il contenzioso, l'art. 204 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, innovando l'art. 120 c.p.a., ha consacrato un modello di immediata giustiziabilità nei confronti degli atti di esclusione e ammissione alle procedure di affidamento, introducendo un sub-rito speciale all'interno del rito già speciale previsto in materia di appalti pubblici. Dunque un rito c.d. "super-accelerato" o "super-speciale" così come definito dalla giurisprudenza amministrativa<sup>4</sup>.

In altri termini, viene introdotta l'idea che le stazioni appaltanti debbano ammettere/escludere i concorrenti alle procedure di gara con provvedimento motivato espresso, suscettibile di impugnazione entro un termine di decadenza; nel contempo, si prevede l'istituzione di un rito processuale *ad hoc*, ove contestare i soli vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o di ammissione alla sessa e sede obbligata delle relative impugnazioni, con preclusione di censurare i vizi di tale fase successivamente, in particolare nell'ambito del contenzioso concernente l'aggiudicazione.

### **3. Il nuovo rito ex art.120 c.p.a.**

Nel percorso di gestazione delle nuove norme, il Legislatore con il Codice dei Contratti pubblici, muovendosi nel perimetro dei principi imposti dalla Legge

---

<sup>4</sup> Cons. di Stato, parere 10 aprile 2016, n. 855

Delega<sup>5</sup> e dalla Direttiva Europea del 2014<sup>6</sup>, si è impegnato nella ricerca di un punto di equilibrio tra la giusta esigenza di semplificazione, deflazione del contenzioso, rapida definizione delle liti ed il valore costituzionalmente protetto dell'effettività della tutela, introducendo una serie di disposizioni che hanno profondamente innovato il processo amministrativo sugli appalti pubblici.

La novità di maggior impatto della riforma dell'art.120 c.p.a. ha senz'altro riguardato le controversie concernenti il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, attraverso l'aggiunta dei commi 2-*bis* e 6-*bis* all'art. 120 c.p.a.

Il comma 2-*bis*, dell'art.120 c.p.a., nel testo novellato dal D. Lgs. n. 50/2016, dispone infatti che *"il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e/o le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché' la sussistenza dei requisiti<sup>7</sup> economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione, entro tale termine, dei suindicati provvedimenti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di affidamento, anche mediante ricorso incidentale"*<sup>8</sup>  
<http://italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=3429 - ftn1>.

In tale prospettiva, dunque, la novellata disposizione, presupponendo l'adozione di un provvedimento che, all'esito della valutazione sul possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, individui i soggetti esclusi dalla procedura ovvero ammessi (al suo prosieguo), indica anche il *dies a quo* per proporre tale particolare impugnativa delineando ancora un regime di specialità rispetto ad ogni altra tipologia di impugnazione in materia di gare pubbliche. Permane infatti il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso già previsto in via generale per il rito in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici dall'art. 120, comma 5, c.p.a. Tuttavia, in base al nuovo comma 2-*bis* di quest'ultima disposizione, la decorrenza di questo termine viene ancorata non più alla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione bensì alla pubblicazione<sup>9</sup> del

<sup>5</sup> L. 28 gennaio 2016, n. 11

<sup>6</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE

<sup>7</sup> Così come modificato dall'art.19, comma 1, del Decreto correttivo al Codice Appalti n.56/2017, che sostituisce il riferimento alla pubblicazione [delle ammissioni all'esito] "delle valutazioni dei requisiti soggettivi" con quello alla pubblicazione [delle ammissioni all'esito] "della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico- professionali".

<sup>8</sup> M.A. SANDULLI, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Prmissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017, n.10 rileva al riguardo come la modifica introdotta dall'art. 19 del decreto correttivo appalti, ancorché non ribadita nell'art. 120, sembra, purtroppo, e ancora una volta in spregio all'obbligo di *clare loqui* del legislatore, finalizzata a confermare l'onere di immediata impugnazione degli atti (di esclusione e di ammissione) già all'esito del mero riscontro formale della documentazione (DGUE, autocertificazioni, ecc.) che attesta il possesso dei requisiti, togliendo ogni residua speranza a quanti cercavano di riferire l'art. 120, comma 2-*bis*, alla valutazione effettuata all'esito della cd. "comprova" dei requisiti, successiva all'aggiudicazione.

<sup>9</sup> Più in particolare, secondo quanto previsto all'art.19, comma 1, del Decreto correttivo al Codice Appalti n.56/2017, decorrente dal momento in cui gli atti di ammissione ed esclusione sono resi *"in concreto disponibili"*.  
motivazione.

provvedimento di esclusione o ammissione alla gara sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

Ne consegue la regola secondo cui non sono impugnabili gli altri atti del procedimento di gara "privi di immediata lesività"<sup>10</sup>, ivi compresa la proposta di aggiudicazione, *ex novo* introdotta (prima invece provvedimento di aggiudicazione provvisoria) in quanto atto endo-procedimentale privo di efficacia lesiva esterna, così superandosi l'orientamento della giurisprudenza amministrativa<sup>11</sup> che rendeva facoltativa l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria.

#### 4. L'atteggiarsi dell'interesse al ricorso

La nuova struttura introdotta dal rito super accelerato, sebbene abbia anticipato l'accesso alla tutela giurisdizionale dei partecipanti alla procedura di gara, ha senza dubbio influito sia sulla struttura del contenzioso in materia di appalti, prevedendo un modello a duplice sequenza che distingue nettamente la fase di ammissione/esclusione e la fase di aggiudicazione, sia sulle condizioni dell'azione, espressione di regole sostanziali del processo amministrativo. E' innegabile, infatti, la presenza di diversi elementi, di tipo normativo e sistematico, dai quali si può desumere la moderna tendenza del legislatore ad ampliare la nozione di interesse giuridicamente rilevante, anticipandone la tutela.

Indubbiamente, l'onere di una tempestiva impugnazione dell'esclusione dalla gara non costituisce una novità in quanto, trattandosi di un provvedimento immediatamente e direttamente lesivo della sfera giuridica del candidato, deve essere impugnato nel termine decadenziale decorrente dalla sua piena conoscenza. L'onere di immediata impugnazione dell'ammissione alla gara di altri candidati, invece, introduce una vistosa novità nel sistema imponendo ad un qualunque partecipante, che in quel momento non soffra alcuna lesione della sua posizione protetta, di impugnare un atto rispetto al quale è terzo, prima che la stazione appaltante disponga l'aggiudicazione della gara e, quindi, prima che la lesione eventualmente si attualizzi con l'aggiudicazione a favore del concorrente della cui ammissione si discute.

La preferenza a concorrere con un avversario in meno non può tuttavia assurgere ad interesse legittimo nel tradizionale significato che si attribuisce a questa situazione giuridica soggettiva in quanto, per usare le stesse parole che si leggono nell'ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586 delle Sez. unite della Cassazione civile, può qualificarsi come tale soltanto una "situazione giuridica di vantaggio per il privato nella sua proiezione rivolta alla consecuzione del provvedimento e non certo in quella situazione che sia indifferente a tale consecuzione ed abbia come oggetto e contenuto il provvedere della pubblica amministrazione in modo legittimo e non il provvedere in modo positivo", come avviene invece nel caso in esame, dove appunto il preteso "vantaggio" per il concorrente che abbia proposto il ricorso sarebbe

<sup>10</sup> Ai sensi del comma 2-bis, dell'art.120 c.p.a. "E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività".

<sup>11</sup> Cons. di Stato, 19 marzo 2015, n. 1512; Cons. di Stato, 7 novembre 2014 n. 5497; nonché T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 febbraio 2015, n. 188.

nell'immediato privo di una effettiva concretezza<sup>12</sup>.

Questa impostazione confligge così con un principio cardine del processo amministrativo rappresentato dall'interesse al ricorso<sup>13</sup> in virtù del principio dettato dall'art.100 c.p.c., ai sensi del quale *"per proporre una domanda o contraddire alla stessa è necessario avervi interesse"*.

La giurisprudenza amministrativa nel valutare l'ammissibilità di un ricorso giurisdizionale ha sempre preso le mosse da tale principio generale, in 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"*<sup>14</sup>.

Ed infatti, a parere della dottrina<sup>15</sup> e della giurisprudenza<sup>16</sup> dominanti, l'interesse al ricorso risulta essere 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.

Ne deriva dunque, che in ragione delle regole generali sulla lesività del provvedimento amministrativo, nel contesto previgente, l'interesse a ricorrere diveniva diretto, concreto e attuale solo nel momento in cui si adottava il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Solo in quel momento veniva, infatti, a concretizzarsi l'attualità dell'interesse del concorrente, per ipotesi secondo graduato, a contestare l'ammissione in gara dell'aggiudicatario per carenza di requisiti generali o speciali.

Accadeva pertanto che il concorrente aggiudicatario della gara che aveva subito il ricorso da parte del secondo in graduatoria, poteva, tramite la notifica di un ricorso incidentale, impugnare gli atti di gara nella parte in cui avevano ammesso il

<sup>12</sup> E.M. BARBIERI, *Impugnabilità dell'ammissione alle gare pubbliche e dei pareri dell'ANAC: una prospettiva Nuova (o antica) per il processo amministrativo*, in *Rivista trimestrale degli Appalti* - 2017

<sup>13</sup> L. VALLA, *Interesse a ricorrere e art.120 co.2-bis del c.p.a.: tra deflazione del contenzioso e legittimità costituzionale*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 2016; A.TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2000; FERRARA, R., *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, 1993; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1990; R.VILLATA, voce *Interesse ad agire*, II, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, vol.XVII, Roma 1989; E. GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto, attuale*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967.

<sup>14</sup> T.A.R. Puglia, Bari, 25 novembre 2016, n. 6244; ed anche cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 28 marzo 2003 n. 1634; ivi Cons. di Stato, Sez. VI, 6 marzo 2002 n. 1371.

<sup>15</sup> A. CORSARO, *Il processo amministrativo. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, 2012; N. SAPONE, *Commento dell'art. 100 c.p.c.*, in P. Cendon, a cura di, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012; A. ATTARDI, *Interesse ad agire*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993.

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2017, n.3563; Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2014, n. 1572; Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n.3656; Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1371.

secondo graduato, contestando a carico di quest'ultimo la carenza dei requisiti di ordine generale e speciale. Così, se anche il ricorso del secondo graduato fosse risultato fondato, l'aggiudicatario resistente avrebbe comunque avuto una possibilità di "rimonta" attraverso l'istituto processuale del ricorso incidentale il cui esame, secondo la risalente giurisprudenza amministrativa<sup>17</sup> poi dibattuta dalle successive pronunce dei giudici eurounitari<sup>18</sup> sull'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale, doveva necessariamente precedere l'esame del ricorso principale, dichiarato di conseguenza improcedibile nel caso in cui il giudice amministrativo ravvisasse la fondatezza anche di uno solo dei motivi del ricorso incidentale.

Il nuovo Codice, invece, "obbligando" i concorrenti al ricorso immediato già nella fase preventiva di gara in cui si valuta il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, attribuisce virtualmente concretezza ed attualità a ciò che rappresenta una lesione ancora solo indiziaria e potenziale, non già concreta ed effettiva.

Appare infatti immediatamente intuibile che al momento dell'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 delle altre concorrenti si salda solo alla fine della procedura allorquando la posizione in graduatoria determini quel grado di differenziazione idoneo a radicare l'interesse al ricorso.

Nella misura in cui verte non già sulla (propria) esclusione, bensì sulle (altrui) ammissioni, il nuovo giudizio non può dunque che prescindere dall'interesse a ricorrere<sup>19</sup>.

Pertanto, è come se il Legislatore avesse introdotto *una sorta di presunzione legale di lesione, la quale dovrebbe invece essere correlata ad una lesione effettiva e concreta di un bene della vita, secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse*

<sup>17</sup>Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n.4

<sup>18</sup> In particolare, l'evoluzione del dibattito giurisprudenziale ha visto coinvolti, a più riprese, sia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, attraverso plurime ordinanze di rimessione. Infatti, soprattutto nelle procedure concorsuali, allorquando si ricada nella fattispecie del ricorso incidentale c.d. escludente, tendente alla declaratoria d'inammissibilità o di improcedibilità del ricorso principale, la giurisprudenza non è sempre stata univoca sul loro ordine di esame: da un lato la "sua funzione" imporrebbe l'esame prioritario del ricorso incidentale escludente, dall'altro la sua natura accessoria ne comporterebbe l'esame successivamente al ricorso principale ove quest'ultimo risulti fondato. L'affermazione della disamina prioritaria del ricorso incidentale presentato dall'aggiudicatario è stata fortemente criticata dai giudici europei in quanto finiva per concedere un eccessivo vantaggio al ricorrente incidentale senza che ciò fosse supportato da una valida giustificazione giuridica. L'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (con la sentenza Fastweb) ribaltava l'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza nazionale, affermando la necessità della contemporanea disamina del ricorso principale e del ricorso incidentale quando si fondavano sullo stesso motivo escludente. Attraverso la successiva pronuncia (Puligienica), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea confermava poi l'applicazione dei principi affermati con la sentenza Fastweb anche laddove la procedura di gara avesse visto la partecipazione di più dei due concorrenti contrapposti in giudizio. Tuttavia, attualmente l'orientamento della giurisprudenza nazionale non è pacifico circa le conclusioni da trarre da tali pronunce, con particolare riguardo al caso in cui vengano proposti ricorsi reciprocamente escludenti che non riguardano però la posizione di talune ditte rimaste in gara. Pertanto, da ultimo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha disposto, con l'ordinanza n. 6/2018, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 c. 3 TFUE al fine di definire la portata della sentenza Puligienica.

<sup>19</sup> L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in [www.ilmerito.org](http://www.ilmerito.org), 2018

*legittimo*<sup>20</sup> ormai invalsa nel nostro ordinamento giuridico, riscontrabile nel caso concreto, rovesciando la prospettiva in cui si era posta la giurisprudenza amministrativa<sup>21</sup>.

Ne consegue che, se da un lato, l'attribuzione di una legittimazione *ex lege* ad ogni concorrente per impugnare l'ammissione di altri, in assenza di un interesse qualificato al ricorso, determina una deriva oggettivistica estranea alla nostra giurisdizione sin dai suoi albori<sup>22</sup> eliminando in radice l'annoso problema del ricorso incidentale<sup>23</sup>, dall'altro, l'attuazione della disposizione non può che produrre un *vulnus* al fondamentale diritto di agire in giudizio a tutela dei propri interessi contro gli atti della pubblica amministrazione, consacrato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost, con una sostanziale riduzione degli strumenti di tutela e, per l'effetto, una sostanziale riduzione delle garanzie che, attraverso il controllo giurisdizionale dei soggetti lesi, l'ordinamento offre sulla legittimità delle gare pubbliche.<sup>24</sup>

## 5. L'ordinanza di rimessione del T.A.R. Piemonte

Sebbene la questione di compatibilità della disciplina super accelerata era sorta anche in altre occasioni davanti ai giudici amministrativi, parte della giurisprudenza<sup>25</sup> non aveva accolto un'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E., affermando piuttosto che l'art. 120, comma 7, c.p.a., dovesse essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, eventualmente sopraggiunto nel corso del non ancora esaurito giudizio sull'ammissione/esclusione di un concorrente, sussistendo comunque la possibilità o di un'impugnativa congiunta o della proposizione successiva di motivi aggiunti.

Diversamente, il T.A.R. Piemonte, ha rimesso innanzi alla Corte di Giustizia U.E. la questione di compatibilità dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., rispetto ai principi europei in materia di diritto di difesa e di presupposti dell'azione<sup>26</sup>. In

<sup>20</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262

<sup>21</sup> Si veda in particolare, la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 29 gennaio 2003, n. 1, in tema di immediata impugnazione del bando di gara.

<sup>22</sup> R. CAPONIGRO, *Le prime criticità nell'applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici da parte della giurisprudenza amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), n. 4/2018

<sup>23</sup> La Corte di Cassazione Civile, SSUU, con ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586, nell'affermare che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ad una domanda di risarcimento del danno per affidamento incolpevole azionata dal beneficiario di un provvedimento illegittimo annullato in sede giurisdizionale o ritirato in autotutela, ha da ultimo precisato in modo molto chiaro che l'interesse legittimo pretensivo è una "situazione giuridica di vantaggio per il privato nella sua proiezione rivolta alla consecuzione del provvedimento e non certo in quella situazione che sia indifferente a tale consecuzione ed abbia come oggetto e contenuto il provvedere della p.a. in modo legittimo e non il provvedere in modo positivo".

<sup>24</sup> M.A.SANDULLI, *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contratti)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n.2/2016

<sup>25</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379.

<sup>26</sup> In particolare, con l'ordinanza di rimessione n.88 del 17 gennaio 2018, il T.A.R. Piemonte, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea due specifici quesiti riguardanti il c.d. rito super-accelerato: 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

particolare, ha ipotizzato la violazione del principio di effettività sostanziale della tutela che l'art. 1 Dir. 89/665/CEE espressamente riconnette alla nozione di interesse ove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a *"chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione"*.

Nella ordinanza di rimessione n. 88 del 17 gennaio 2018, il T.A.R. Piemonte ha più specificamente messo in luce numerose criticità ricollegate ai due possibili scenari che possono verificarsi nel caso in cui venga applicato il rito super accelerato e riguardanti, in primo luogo, l'ipotesi in cui venga censurata l'ammissione/mancata esclusione di una concorrente che, conclusa la gara, non si riveli poi aggiudicataria; in secondo, l'ipotesi in cui la stessa ricorrente, a graduatoria definita, si collochi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione.

In questo quadro, infatti, l'imposizione al soggetto partecipante alla gara di un onere preventivo di impugnazione potrebbe configurarsi come un onere *"inutile"* in assenza di un interesse attuale, atteso che come affermato dal giudice amministrativo *"...nella differente ipotesi in cui nessuna ditta partecipante faccia valere tempestivamente la mancata esclusione di altro partecipante che risulti poi aggiudicatario, è preclusa la possibilità di fare valere vizi relativi all'illegittima ammissione dell'aggiudicatario, con la conseguenza che potrebbe conseguire l'aggiudicazione una ditta priva dei requisiti di partecipazione, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante sia incorsa in errore nella valutazione degli stessi"*<sup>27</sup>.

In tal senso, il T.A.R. richiama anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia che, da ultimo, con la nota sentenza resa nel caso Puligenica<sup>28</sup>, richiede che l'operatore economico abbia e conservi sempre un interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

Seguendo tale impostazione, secondo il giudice amministrativo la violazione dei richiamati principi comunitari non può che ravvisarsi con evidenza in un sistema così delineato che impone ad ogni ditta concorrente di impugnare il provvedimento di ammissione di tutte le altre ditte partecipanti, nonché nella necessità di 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 codicistica.

Infatti, è bene evidenziare che l'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, 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.

---

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.

<sup>27</sup> T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018 n. 88.

<sup>28</sup> CGUE, 5 aprile 2016, C-689/13

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 coerenza di tale incondizionato divieto, oltre a porre questioni di coordinamento con l'art. 29, comma 1, d. lgs n.50/2016, 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."*<sup>29</sup>.

Infine, l'accesso alla giustizia amministrativa così costruito risulta essere eccessivamente gravoso in quanto la normativa prevede che la ditta concorrente debba formulare censure avverso ogni atto di ammissione, ciò per evitare di incorrere nell'inammissibilità di un ricorso cumulativo in quanto 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 siano le ditte ammesse e quindi con la conseguenza di dover versare il contributo unificato per ogni ricorso.

Risalta, quindi, la funzione dissuasiva all'azione giurisdizionale ove si consideri il cumulo di tributi giudiziari dovuti in caso di impugnazione separata degli atti di ammissione e di aggiudicazione nell'ambito della stessa procedura di gara. Il Legislatore nazionale non può, in sostanza, imporre, come invece risulta dalle norme, di azionare il rimedio processuale prima che si sia verificata una reale ed effettiva lesione di un interesse legittimo, non essendoci alcuna garanzia per il potenziale ricorrente di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia.

Secondo il giudice amministrativo, la struttura legislativa predisposta individua nel ricorrente non solo un soggetto privo di un interesse concreto e attuale, ma egli è esposto anche ad un duplice danno dall'applicazione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: un primo effetto, collegato agli esborsi economici per la proposizione di plurimi ricorsi avverso l'ammissione di tutti gli altri concorrenti, il secondo relativo alla potenziale compromissione della propria posizione.

Si legge infatti nella ordinanza di rimessione che *"... il soggetto privato obbligato a proporre un giudizio secondo lo schema del rito "super accelerato" 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. 2-bis 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 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)*

<sup>29</sup> T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018 n. 88.

*l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto*<sup>30</sup>.

## **6. L'ordinanza della Quarta Sezione della Corte di Giustizia Europea, del 14 febbraio 2019**

Nonostante i numerosi dubbi sollevati dal giudice amministrativo, con la recente ordinanza del 14 febbraio 2019 la Corte di Giustizia UE ha affermato la compatibilità con il diritto europeo del rito super accelerato in materia di appalti.

E' bene tuttavia innanzitutto precisare che, nell'esaminare la questione, la Corte di Giustizia UE ha considerato i quesiti pregiudiziali di pronta risoluzione attraverso il richiamo ai suoi precedenti, dunque senza discussione in udienza e senza le conclusioni dell'Avvocato generale. Ai sensi dell'art. 99 del Regolamento di Procedura della CGUE infatti, *"quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata."*

Per quanto concerne, poi, l'analisi dei quesiti sollevati dal T.A.R. Piemonte, la Corte ha evidenziato la compatibilità con il diritto dell'UE del rito operando una interpretazione sistematica degli articoli 2 quater e 1, par.1, della direttiva 89/665/CE.

Ai sensi dell'articolo 2 quater della direttiva 89/665/CE, infatti gli Stati membri possono stabilire termini per presentare un ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice, prevedendo un termine di almeno dieci giorni se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni. La medesima disposizione precisa, inoltre, che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice deve essere accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti.

L'art. 1, par. 1 della medesima direttiva impone invece agli Stati l'obbligo di garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetti di un ricorso *"efficace e quanto più rapido possibile"*.

Secondo la Corte, dunque, la previsione di termini a pena di decadenza consente di realizzare l'obiettivo di celerità fissato dalla direttiva *"obbligando gli operatori a contestare entro termini brevi i provvedimenti preparatori o le decisioni intermedie adottate nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un appalto"* ed inoltre, risponde altresì all'esigenza di effettività derivante dalla stessa direttiva, costituendo applicazione del principio di certezza del diritto.

Indubbiamente, la celerità perseguita dalla direttiva deve essere realizzata dal diritto nazionale *"nel rispetto delle esigenze di certezza del diritto"* e per tale motivo gli Stati membri *"hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza"*

<sup>30</sup> T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018 n. 88.

*sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi*<sup>31</sup>.

Sulla base del richiamo a tali disposizioni, la Corte ha così evidenziato come il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 2-bis c.p.a. sia compatibile con la direttiva 89/665/CE a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata.

Tale esegesi normativa operata dalla Corte segue, dunque, la costante giurisprudenza in materia evidenziando l'efficacia del controllo giurisdizionale, garantita dall'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che presuppone la conoscenza della motivazione su cui si fonda la decisione adottata, al fine di consentire all'interessato di difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili *"e di decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente"*<sup>32</sup>.

In riferimento poi al secondo quesito sollevato dal T.A.R. Piemonte, inerente alla preclusione all'impugnazione dell'aggiudicazione ex art. 120 comma 2-bis c.p.a., anche con ricorso incidentale, la Corte, in linea con i principi già evidenziati e con la costante giurisprudenza<sup>33</sup>, ha ribadito come la direttiva 89/665/CE non osta ad una normativa nazionale che prevede un termine di impugnazione e che, conseguentemente, stabilisce che ogni irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine previsto, pena la decadenza.

Secondo la Corte, infatti, qualora si dovesse accogliere un'interpretazione differente *"la realizzazione completa degli obiettivi perseguiti (...) risulterebbe compromessa poiché se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe obbligata a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni"*, con la compromissione inevitabile del principio di certezza del diritto e della completa realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva europea.

Indubbiamente, però, la Corte ha poi evidenziato che anche laddove di per sé le norme nazionali di decadenza non siano in contrasto con quanto prescritto dall'art. 2-quater della direttiva, ciò non esclude in radice che *"la loro applicazione possa pregiudicare i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione, segnatamente il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta"*. Pertanto, spetta in generale al Giudice rimettente verificare se la ricorrente abbia avuto ovvero se avesse potuto avere effettivamente conoscenza, tramite la comunicazione ex art. 29 del Codice dei contratti pubblici da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, del provvedimento di ammissione della resistente e dunque se abbia avuto la possibilità di proporre ricorso entro il termine

<sup>31</sup> CGUE, sez. IV, ordinanza 14 febbraio 2019, C-54/18

<sup>32</sup> In tale senso, CGUE sentenze del 15 ottobre 1987, Heylens e a., 222/86, EU:C:1987:442, punto 15, nonché del 4 giugno 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, punto 53.

<sup>33</sup> In tale senso, CGUE sentenze del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a., C 470/99, EU:C:2002:746; del 27 febbraio 2003, Santex, C 327/00, EU:C:2003:109; nonché dell'11 ottobre 2007, Lämmerzahl, C 241/06, EU:C:2007:597.

decadenziale di 30 giorni, valutando altresì se il combinato disposto degli artt. 53 commi 2 e 3 c.c.p non escludesse in radice la possibilità di conoscere l'illegittimità del provvedimento di ammissione.

Sulla base di tali argomentazioni, dunque, la Corte ha stabilito che *“la direttiva 89/665/CE, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata.”*

## 7. Conclusioni

Gli interventi legislativi effettuati sulla normativa riguardante il contenzioso giudiziario connesso alla materia degli appalti pubblici hanno costretto entro termini temporali via via sempre più ristretti sia la proposizione dei ricorsi, sia lo svolgimento e la decisione dei processi; interventi cui si è affiancata anche l'imposizione di costi del processo che hanno assunto un carattere all'evidenza ampiamente dissuasivo.

Il nuovo disposto del codice dei contratti pubblici tutela effettivamente, se le ammissioni di terze imprese saranno impugnate, l'interesse pubblico oggettivo alla partecipazione dei soli concorrenti in possesso dei requisiti tutti ugualmente qualificati nonché, in ogni caso, l'interesse generale alla intangibilità in un ristretto arco temporale delle ammissioni dei concorrenti alla gara, tuttavia il perseguimento in modo indiscriminato dell'esigenza che l'assetto del rapporto amministrativo sia rapidamente definito con la conseguente tempestività dell'esecuzione delle prestazioni in favore delle stazioni appaltanti, presenta profili di criticità quando entra in rotta di collisione con la ratio della normativa sostanziale sull'evidenza pubblica<sup>34</sup>.

Eppure con tale pronuncia della CGUE l'impostazione scelta dal Legislatore italiano di una azione giurisdizionale anticipata e in prevenzione viene legittimata sul presupposto dell'effettiva conoscenza da parte dell'operatore economico dell'illegittimità dei provvedimenti, rendendo così cruciali le previsioni ex art. 29 D.lgs. n. 50/2016, soprattutto con riferimento alla motivazione del provvedimento. Seguendo le argomentazioni della Corte, dunque, il rito super accelerato sarebbe legittimato fintanto che l'operatore economico che partecipa alla gara sia messo in condizione di poter conoscere i motivi del provvedimento, seppur espressi

---

<sup>34</sup>R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *www.giustamm.it*, n.6/2016

sinteticamente, poiché in tal modo sembra che possa comunque essere esercitato un consapevole diritto di difesa.

Il rito super accelerato, ha provocato, di fatto, un sostanziale stravolgimento della nozione tradizionale di "interesse a ricorrere", il quale, come si è avuto modo di evidenziare, assume una accezione più "virtuale", posto che si prescinde dalla concreta lesione che sarebbe causata da un eventuale provvedimento di aggiudicazione a favore dell'impresa avversaria.

Infatti, la Corte accede ad una nozione di interesse diversa da quello attuale e concreto ricavabile dal combinato disposto degli artt. 100 c.p.c. 35, comma 1 lett. b) e 39, comma 1 c.p.a. posto che il semplice rischio è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare il provvedimento di ammissione/esclusione.

Nonostante la dichiarata compatibilità europea non può tuttavia non evidenziarsi che, seguendo tale prospettiva, l'anticipazione della tutela ad una fase antecedente l'aggiudicazione della gara, non può che rendere sicuramente più oneroso l'esercizio del diritto di difesa, oltre che imporre ad un soggetto partecipante alla gara di promuovere un'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità (prospettandosi indubbiamente come strumento idoneo a dissuadere i concorrenti da iniziative processuali anticipate). Questo perché, come ha avuto modo di evidenziare parte della dottrina<sup>35</sup>, se, come riconosce anche la Direttiva 2007/66/CE, il diritto di difesa è soddisfatto solo se l'ordinamento consente al soggetto di lesa di valutare cognita causa se ne esistono i presupposti (senza costringerlo a proporre un ricorso "al buio", che, ai già pesanti oneri del contributo unificato e delle spese legali aggiunge, se respinto, il rischio, sempre più concreto, di condanna al pagamento di ulteriori spese e, ora, quello del rating negativo di legalità ai fini delle successive qualificazioni) i 30 giorni previsti dal nuovo rito super accelerato diventano, per quelli di esclusione, di fatto meno di 15 e, per quelli di ammissione, una condizione assolutamente impossibile.

L'interesse ad agire viene di fatto così sostituito con "un'abilitazione (immediata ed obbligatoria) a ricorrere"<sup>36</sup> <https://www.iusinitinere.it/la-velocita-nemica-del-diritto-la-cgue-sul-rito-superaccelerato-18657 - sdfootnote13sym> e le garanzie offerte dall'art. 120, comma 2-bis c.p.a. non possono che rappresentare una forma di tutela oggettiva.

---

<sup>35</sup> M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, n.10, rileva al riguardo che il nuovo comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., prevedendo il solo onere della stazione appaltante di pubblicazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi, non fa alcun riferimento all'obbligo di esternare anche le ragioni alla base della decisione assunta, costringendo così ciascun concorrente a proporre un ricorso "al buio" nei confronti degli altri operatori ammessi con un evidente compromissione del diritto di difesa.

<sup>36</sup> F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, 2017, II° Edizione