



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo  
[www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

**Redazione**

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

**FASCICOLO N. 2/2019**

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

#### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

#### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giovanni Martini, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani.

#### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

## Il rito super-speciale ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

di Matteo Cortese

(Dottore in Giurisprudenza)

### Sommario

1. Introduzione. 2. L'intento perseguito dal legislatore. 3. I pareri del consiglio di stato n. 855/2016 e n. 782/2017. 4. La decorrenza del termine per ricorrere nel rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e la motivazione della provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016. 4.1. La disciplina vigente e quella pregressa: l'art. 120, comma 5, c.p.a.. 4.2. Gli orientamenti giurisprudenziali in merito al termine per impugnare. 4.3. l'obbligo di motivazione. 5. Il perimetro applicativo del rito super-speciale. 6. Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale (e tra ricorsi principali), i motivi aggiunti e la tutela cautelare nel rito super-speciale. 6.1. Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel rito super-speciale. 6.2. La tutela cautelare nel rito super-speciale. 7. La sussistenza dell'interesse a ricorrere: la parola alla corte di giustizia Ue e alla corte costituzionale. 8. L'ordinanza della corte di giustizia Ue 14 febbraio 2019 (c-54/18) e la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 4/2018.

### Abstract

The legislative decree No. 50/2016 has introduced a new administrative judicial procedure (the so-called "rito super-speciale") in the field of public procurements. Pursuant to such procedure, the economic operators participating in a public tender are taken to challenge the admissions of other competitors and the exclusion eventually suffered disposed by the contracting authority before the awarding of the tender.

The paper aims to critically analyse, by giving voice to the relevant opinions (often contradictory) of both scholars and case-law, the interpretative problems arisen from the application of this new procedure.

The essay is updated to the most recent case-law and it takes into account the decision of the Court of Justice of the European Union (c-54/18), whereby the European judges have acknowledged the compliance of the "rito super-speciale" with the European legislation.



### 1. Introduzione.

A distanza di circa tre anni dalla sua entrata in vigore, il rito super-speciale di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., continua ad attrarre un'attenzione giurisprudenziale inusitata. Potrebbe dirsi che tutto di questa norma è stato posto in discussione; per stare a degli esempi, negli anni si è trattato della decorrenza del termine di impugnazione, della profondità della motivazione dei provvedimenti che dispongono esclusioni e ammissioni, dei rapporti tra rito appalti e quello introdotto con l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. fino alle recenti statuizioni giurisprudenziali che – nel solco delle indicazioni fin da subito fornite dalla dottrina – ne hanno ipotizzato l'incompatibilità con la disciplina dell'Unione e con la Costituzione sotto il profilo dell'attualità dell'interesse ad agire. Un'incompatibilità, quella sollevata rispetto alla disciplina eurounitaria che, è bene precisare fin da subito, non è stata ravvisata dai Giudici di Lussemburgo, per i quali il rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a., ad onta di quanto ravvisato in sede nazionale, non presenta profili di incompatibilità con il diritto di difesa delineato nelle direttive UE 665/1989 e 66/2007 (cfr. la recentissima Corte di Giustizia CE, ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18<sup>1</sup>).

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di ricostruire, in un unico luogo di illustrazione ed esame critico, l'intera congerie delle questioni che hanno interessato l'istituto in parola, nell'auspicio di non trascurarne alcuna e di fornire al lettore un quadro completo delle varie tematiche ad oggi emerse, alla luce dei relativi indirizzi di dottrina e giurisprudenza.

Nel solco di questo intento, pare anzitutto necessario richiamare i tratti salienti della disposizione e, per chiarezza espositiva, elencare le singole questioni esaminate nel presente lavoro.

Come è noto, la norma impone ai partecipanti a una procedura di gara l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni disposte dalla stazione appaltante nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di cui al codice dei contratti pubblici (si vedrà poi con quale ampiezza questo riferimento è stato inteso dalla giurisprudenza), pena l'impossibilità di far valere i relativi vizi all'esito della procedura di gara, cioè con il ricorso con cui si contesta l'aggiudicazione definitiva (o con l'eventuale ricorso incidentale).

Tra le tante peculiarità del nuovo rito (che, non si riducono, come si vedrà, solo a quella appena prospettata), la dottrina ha posto in evidenza che trattasi di una "specialità di terzo grado"<sup>2</sup> in quanto, al giudizio ordinario di cognizione (art. 41 c.p.a.), il codice del processo amministrativo affianca una disciplina unitaria per

<sup>1</sup> Cfr. Si veda il commento di G. OREFICE, *Commento a Corte di Giustizia CE, ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18*, in <http://www.italiappalti.it/articoli.php>.

<sup>2</sup> Cfr. M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 17.



alcune materie (art. 119 c.p.a.), a cui se ne aggiunge una ulteriormente speciale per il solo “rito appalti” (art. 120 c.p.a.) nel cui corpo è contenuto il rito super-speciale in esame (art. 120 commi 2-bis e 6-bis c.p.a.). Questo rito di “terzo grado”, peraltro, non è solo, per le ragioni appena dette, un rito super-speciale ma, per la conformazione datane dall’art. 120, comma 6-bis, è anche un rito super-accelerato<sup>3</sup>.

Tali evidenziazioni, invero, non servono solo a condividere le nitide riflessioni di quanti hanno osservato che “Nel caso degli appalti la coesistenza di due riti speciali è un paradosso che solo il nostro ordinamento poteva permettere”<sup>4</sup>, ma consentono fin da subito di porre in risalto uno specifico problema processuale che la norma ha posto, ovvero sia quello dei rapporti tra il rito appalti “ordinario” e il rito super-speciale di nuovo conio (il tema verrà trattato in seguito).

A prescindere da tale profilo, il punto nodale dell’intero impianto normativo in discussione è rappresentato dal tema della sussistenza dell’interesse ad agire ad impugnare le ammissioni altrui in un momento in cui ai singoli concorrenti non è dato poter valutare la convenienza dell’azione in giudizio, non conoscendo ancora la propria posizione in gara (discorso diverso vale, invece, per i provvedimenti con i quali è disposta una esclusione, essendo in questo caso l’interesse ad agire, almeno in linea di principio, evidentemente certo). Si tratta, invero, di una questione ormai esplosa a livello giurisprudenziale e, tuttavia, come accennato, fin da subito segnalata dalla più franca dottrina, la quale, all’indomani dell’entrata in vigore della norma, ebbe modo di osservare che il nuovo rito “introdurrebbe surrettiziamente un modello di giurisdizione amministrativa di carattere oggettivo in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.”<sup>5</sup>, ragion per cui “se questo sistema viene sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia e/o della Corte costituzionale, è ragionevolmente destinato a saltare”<sup>6</sup>.

Diversamente dalla dottrina appena richiamata, la giurisprudenza si era mostrata propensa, almeno inizialmente, a ritenere il rito super-speciale compatibile con i

<sup>3</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>4</sup> Cfr. I. LAGROTTA, *Il rito “super accelerato” in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in *federalismi.it*, 7/2018, 25.

<sup>5</sup> Cfr. M. MARTINELLI, R. DE ROSE, *Il nuovo rito “super-speciale”: nessun dubbio di costituzionalità e di compatibilità con la disciplina eurounitaria? In l’amministrativista.it*. Infatti, nella fase di ammissione un concorrente non sa ancora quale sarà il loro posizionamento in graduatoria. Potrebbe essere collocato in ultima posizione, oppure potrebbe risultare vincitore ottenendo l’aggiudicazione della gara. In entrambi i casi si dubita che esso abbia un interesse a contestare l’altrui ammissione, per via dell’assenza di utilità concreta che il ricorso offrirebbe in entrambi i casi.

<sup>6</sup> Cfr. M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15/2016,15. Tuttavia, si vedrà in seguito la decisione, di diverso avviso, della Corte di Giustizia che fa salvo il rito super-speciale. A sostegno dell’intervento legislativo vi è una parte della dottrina, la quale ha acutamente osservato che “il legislatore – al quale spetta per Costituzione questo compito – ha selezionato e individuato uno specifico interesse qualificato nell’interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti, sia a favore dei partecipanti alla gara, sia a favore della stazione appaltante”. Ciò nonostante, come si vedrà, i dubbi permangono ancora (cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016, 610).



principi costituzionali e comunitari, evidenziando, al più, carenze di coordinamento con altre parti del codice dei contratti pubblici<sup>7</sup>. Tuttavia, nel 2018 il rito speciale prima è stato portato al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea (con gli esiti cui si è fatto cenno e di cui si dirà), poi è stato rimesso al sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale, in ambo i casi sollevando questione di incompatibilità della norma con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, che postula la proposizione di un ricorso dal quale il ricorrente possa conseguire un'effettiva utilità<sup>8</sup>.

La questione, peraltro, solo in una prospettiva tecnicistica può essere ridotta al tema (rilevantissimo) dell'interesse ad agire, venendo in rilievo, invero, valori costituzionali di assoluta pregnanza (artt. 24 e 113 Cost.). Ed infatti, pur a fronte delle condivisibili esigenze di deflazione del contenzioso, il sistema introdotto sembra patire una certa strumentalizzazione del cittadino, chiamato in causa in un sistema di giustizia amministrativa, che, in nome di esigenze oggettive dell'ordinamento (ancora una volta la riduzione e la razionalizzazione della conflittualità del contenzioso amministrativo in materia di appalti), lo onera di gravose (e per lui non ancora certamente utili) incombenze (senza contare gli elevati costi processuali, i.e. il contributo unificato). Il tutto, peraltro, sotto la minaccia di esser "messo alla porta" del processo (come inteso dalla migliore dottrina) e, s'aggiunge, della gara cui ha inteso prendere parte<sup>9</sup>. Il sistema, in altri termini, pare presentare evidenti connotazioni oggettive, in deroga (per stare ad un eufemismo) alla sua naturale essenza di giudizio di parti.

Fermo quanto sopra (che serve, però, a rimarcare la questione centrale che qualifica la norma e ne pone in discussione la sua stessa sopravvivenza), il presente contributo, come già osservato, analizzerà i problemi più rilevanti sorti dall'applicazione del comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. e, in particolare, si soffermerà: i) sulla decorrenza del termine per proporre il ricorso; ii) sulla motivazione del provvedimento che dispone le ammissioni e le esclusioni; iii) sul perimetro

---

<sup>7</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, in *l'amministrativista.it*, in cui si evidenzia il mancato coordinamento con il diritto di accesso agli atti nelle procedure di gara. Del pari, esclude profili di contrasto con la disciplina europea T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 22 agosto 2017, n. 9379, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29; Id. Lazio, Roma, Sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>8</sup> Si guardi alle ordinanze che verranno di seguito esaminate: T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, ord. n. 88, in *www.giustizia-amministrativa.it* e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 20 giugno 2018, ord. n. 903, *Id.*, 20 luglio 2018, ord. n. 1097 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>9</sup> L'espressione virgolettata riportata è di R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, fasc. 5, 2016, 1107, in cui si segnala anche che "giustizia veloce non deve significare giustizia sommaria", sostenendo l'idea di non poter costruire un sistema di fatto farraginoso nella sua semplice linearità con cui è stato pensato. Sul punto, e con un'accezione negativa, si segnala anche M. A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15/2016, 15, secondo la quale il contenzioso si ridurrà drasticamente ma perché non converrà più, alle piccole e medie imprese, instaurare giudizi anticipatori rispetto alla lesione che subiranno.



applicativo in cui opera il rito; iv) sul rapporto del nuovo rito con il ricorso incidentale; v) sull'annosa questione della sussistenza dell'interesse ad agire in capo al ricorrente richiamando le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, alla Corte di Giustizia e, in quest'ultimo caso, anche la recentissima ordinanza della Corte UE innanzi ricordata che ha fatto salvo il rito in esame. Il tutto, peraltro, senza mancare di menzionare le statuizioni rese dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in materia.

## 2. *L'intento perseguito dal legislatore.*

Come precisato dal Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere n. 855 del 1 aprile 2016, l'obiettivo perseguito dal legislatore con il comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. è stato quello di introdurre uno strumento procedimentale tale da consentire di definire prontamente la platea dei partecipanti alle procedure di affidamento, in linea con i principi della legge delega<sup>10</sup> ed in modo da "blindare la fase delle ammissioni nella quale si annidano la maggior parte dei germi dell'attuale contenzioso"<sup>11</sup>.

Ciò con il duplice scopo: da un lato, di garantire certezza in ordine alla partecipazione alla gara da parte dei soli soggetti in possesso dei requisiti necessari; dall'altro, di favorire la deflazione del contenzioso (intento che si è perseguito, stabilendo che le contestazioni avverso le ammissioni possono essere proposte solo nello stringente termine di cui al comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. e non, come avveniva in passato, all'esito della procedura di gara, cioè ad aggiudicazione avvenuta)<sup>12</sup>.

La riforma, dunque, si è mossa in coerenza con i rilievi della dottrina, la quale – nella vigenza del precedente regime processuale – aveva denunciato la prassi, ormai invalsa tra gli operatori economici del settore dei contratti pubblici – di proporre

---

<sup>10</sup> Il Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere della Comm. spec., n. 855 del 1 aprile 2016, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sostiene che tale rito è "volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione". La legge 28 gennaio 2016, n. 11, all'art. 1, comma 1, lett. bbb), delega il Governo a introdurre l'immediata impugnazione "per i provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione". Pertanto, la delega è stata correttamente esercitata.

Ciò posto, occorre verificare la compatibilità del nuovo rito, e del principio di delega stesso, con la disciplina eurounitaria, in quanto il codice dei contratti pubblici è adottato in recepimento delle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014. Sul punto, è stato osservato che gli artt. 56 e 57 della direttiva n. 24/2014 potrebbero ostare a una disciplina nazionale come quella di cui al comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. Allo stesso tempo, deve avvertirsi che l'accennata questione pregiudiziale proposta dal T.A.R. Piemonte con ord. n. 88/2018, non ha ad oggetto la compatibilità della norma con i principi delle direttive ma un contrasto con i principi comunitari in materia di diritto di difesa e di effettività della tutela.

<sup>11</sup> Cfr. G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016.

<sup>12</sup> Si tenga presente però che per parte della dottrina l'idea perseguita dal legislatore è "gravida di rischi", in quanto la fase procedimentale e processuale non sono ben raccordate tra loro (si veda ancora G. VELTRI, *Il contenzioso*, cit.).



ricorsi caratterizzati essenzialmente dall'effetto di paralizzare l'aggiudicazione disposta in favore di un concorrente, prorogando in tal modo il contratto con la stazione appaltante del ricorrente, quale gestore uscente<sup>13</sup>.

Di qui l'intrinseca natura strumentale del rito in esame, rispetto al giudizio eventualmente proponibile all'esito della procedura di gara, il cui perimetro di azione, ricavabile ad *excludendum* dalle previsioni di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a., è stato limitato alla contestazione unicamente dei vizi relativi alle caratteristiche dell'offerta<sup>14</sup>.

Come si dirà meglio al paragrafo 5, tuttavia, l'intento legislativo risulta oggetto di una tendenza giurisprudenziale riduttiva (per non dire negazionista), la quale – forse perché mossa da una sfiducia nei confronti dello strumento (in ragione delle ben note tematiche della (in)sussistenza dell'interesse ad agire) – tende a ritenere che con il rito super-accelerato possano essere portate innanzi alle corti amministrative unicamente le verifiche sui requisiti effettuate in sede dei controlli operati sulle autocertificazioni e sui documenti inseriti nella busta amministrativa presentata in gara ma non anche quelle relative alla effettiva titolarità sostanziale dei requisiti (avendo, ai sensi del codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante facoltà di verificarne la sussistenza in ogni momento e, comunque, anche solo in capo all'aggiudicatario).

### 3. I Pareri del Consiglio di Stato n. 855/2016 e n. 782/2017.

I primi rilievi critici sul rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a., sono contenuti nei pareri che il Consiglio di Stato ha reso sul codice dei contratti pubblici e sul suo correttivo. In entrambi i casi, accanto al tema dell'insussistenza dell'interesse a ricorrere emerso fin da subito in dottrina, sono affiorate questioni altrettanto spinose.

L'originaria formulazione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., invero, sanciva l'impugnazione, entro il termine di trenta giorni, del provvedimento recante le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici (l'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, a propria volta, stabiliva che detta pubblicazione dovesse avvenire nei successivi due giorni dall'adozione del provvedimento).

In relazione a quest'originaria conformazione normativa, il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare tre aspetti critici: i) il mancato coordinamento tra il rito

<sup>13</sup> Cfr. R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc.2, 2009, 285; A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.1, 2018, 442.

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4180, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "l'intento del legislatore è stato quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara, impedendo così censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull'ammissione alla gara) una volta che questo sia giunto a conclusione".





dell'art. 120, comma 2-bis c.p.a. con la normativa sull'accesso agli atti ex art. 53 del codice stesso e con la disciplina delle informazioni ai candidati ai sensi dell'art. 76, comma 2, entrambe necessarie per attuare "l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale nella materia dei contratti pubblici"; ii) l'infelice formulazione dell'art. 29, comma 1, in ordine alla pubblicità data sulla sezione "Amministrazione trasparente" del profilo del committente degli elenchi degli ammessi e degli esclusi, ritenendo dovesse esser resa nota, ai candidati e concorrenti, anche la relativa motivazione<sup>15</sup>. A ciò aggiungasi l'iniqua ed eccessiva misura del contributo unificato, che per il Consiglio di Stato finiva per sottoporre i ricorrenti "all'onere di un doppio giudizio (prima quello preliminare sugli atti di ammissione ed esclusione, quindi quello finale sull'esito della gara)", con conseguente invito al legislatore a valutare il dimezzamento del contributo unificato per il contenzioso "a valle" (invito, purtroppo, ad oggi non accolto dal legislatore).

Sull'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, invece, dopo aver osservato che "l'art. 29, comma 1, secondo periodo, detta una essenziale disposizione di raccordo con il nuovo rito processuale in materia di impugnazione immediata di esclusioni e ammissioni, prevedendo la pubblicazione sul profilo di committente dell'elenco dei soggetti ammessi e esclusi"<sup>16</sup>, il Consiglio di Stato – nel richiamato parere – ha evidenziato alcune criticità in relazione: i) alla pubblicazione della lista degli ammessi e degli esclusi; ii) alla sua comunicazione ai concorrenti e ai candidati; iii) alla valenza provvedimentale della stessa e iv) alla necessità di assicurare una specifica conoscibilità del suddetto provvedimento.

Con tali critiche il Consiglio di Stato ha preconizzato alcuni temi venuti in rilievo in giurisprudenza sul rito super-speciale. Ben presto, infatti, le summenzionate considerazioni si sono tramutate in altrettante problematiche giurisprudenziali, rendendo indispensabile l'intervento del legislatore mediante il correttivo di cui si è fatto cenno.

---

<sup>15</sup> Sul punto il Consiglio di Stato "suggerisce di intervenire con opportune modifiche nell'art. 76, e di raccordo nell'art. 29, al duplice fine: che le stazioni appaltanti esternino in un provvedimento motivato le ammissioni e le esclusioni; che i candidati siano resi edotti di tale provvedimento e possano accedere tempestivamente agli atti del subprocedimento di ammissione, al fine della tutela giurisdizionale".

<sup>16</sup> Più in dettaglio, il parere n. 855/2016 afferma "La previsione è corretta, tuttavia ai fini della tutela in giudizio occorre che i concorrenti siano messi in grado di conoscere non solo la lista di ammessi ed esclusi ma anche le relative motivazioni. La "lista" deve dunque avere una chiara e specifica valenza provvedimentale, anche considerato che è immediatamente impugnabile, e deve altresì essere chiarito che si tratta delle sole ammissioni ed esclusioni disposte all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, e non anche delle esclusioni eventualmente disposte dopo l'apertura delle offerte, per carenze o anomalie di queste ultime. Inoltre ai concorrenti deve essere assicurata una specifica conoscibilità, anche mediante avviso individuale: la sede propria per tale inserimento è l'art. 76 relativo alle comunicazioni individuali e non l'art. 29 che riguarda più in generale la trasparenza. Ciò nonostante, anche l'art. 29 richiede un intervento, sia per specificare la suddetta natura provvedimentale dell'elenco da pubblicare, sia per differenziare l'oggetto della pubblicità erga omnes (il solo provvedimento di ammissione ed esclusione) da quello dell'accesso dei concorrenti (tutta la relativa documentazione), rendendo così inutile, nell'art. 29, la necessità di selezionare "la documentazione non considerata riservata" oggi prevista dallo schema".



Con il d.lgs. n. 56/2017, il Governo ha inteso rimediare alle critiche del Consiglio di Stato sull'istituto nella sua conformazione del 2016 ed ai corrispondenti problemi inevitabilmente insorti nella prassi giurisprudenziale<sup>17</sup>.

L'intervento del correttivo si è concentrato, anzitutto, sulle modifiche dell'art. 29 c.c.p., il cui testo novellato afferma, ora, la pacifica valenza provvedimentale dell'atto recante le ammissioni e/o esclusioni, stabilendo anche da quando decorrono i termini per la proposizione del ricorso (ma si vedrà quanto il tema resti dibattuto) e imponendo un preciso onere in capo alla stazione appaltante di motivare il provvedimento<sup>18</sup>.

Le modifiche apportate dal correttivo, tuttavia, non hanno risolto tutte le questioni che il rito super-speciale ha aperto e che sono, a tutt'oggi, come si dirà, causa di discordanti orientamenti giurisprudenziali.

Nel parere n. 782 del 30 marzo 2017 del Consiglio di Stato reso sullo schema del decreto correttivo, è stato affermato che per "un migliore coordinamento tra l'art. 29 e l'art. 120, comma 2-bis c.p.a., occorre assicurare la effettiva e tempestiva conoscenza da parte dei candidati e concorrenti degli atti di ammissione ed esclusione e degli elementi probatori di eventuali cause di esclusione. A tal fine occorre che da, un lato, a candidati e offerenti sia resa nota anche la motivazione dei provvedimenti e dall'altro lato, ad essi dovrebbe essere consentito l'accesso alle banche dati utilizzate dalle stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti dei concorrenti"<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Si tratta di un unico intervento correttivo nel quale il Governo ha inserito tutte le correzioni ritenute indispensabili secondo le indicazioni di cui al parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato. L'esecutivo ha infatti optato per un unico intervento correttivo, senza "frazionare" in singoli decreti i vari interventi.

<sup>18</sup> Più in dettaglio, l'art. 29, comma 1, nel testo attualmente vigente (e par la parte di stretto interesse nel caso di specie) recita: "Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito 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. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'art. 5-bis, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informativo ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione". La parte innovativa dell'articolo riguarda il secondo periodo qui riportato, nella parte in cui indica precisamente il termine per proporre l'accesso agli atti, l'indicazione dell'ufficio o delle modalità informatiche attraverso cui accedere ai suddetti atti e precisando che il termine per l'impugnazione decorre solo quando gli atti sono disponibili e motivati.

<sup>19</sup> Il parere Cons. Stato, Comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), prosegue affermando "Pertanto, si potrebbe opportunamente integrare il nuovo periodo inserito nell'art. 29, comma 1, a tenore del quale "Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili" con l'aggiunta delle seguenti parole " , corredati di motivazione". Valuterà poi il Governo come consentire ai concorrenti, da un lato il pieno e tempestivo accesso agli atti di gara e alla documentazione degli altri concorrenti, e, dall'altro lato, l'accesso alla banca dati nazionale degli operatori economici e, nelle more della sua istituzione, alla banca dati dei contratti pubblici e al casellario informatico, per poter acquisire informazioni relative ai concorrenti la cui ammissione si intenda impugnare. A tal fine si potrebbe prevedere l'accesso dei concorrenti mediante link



Nonostante il correttivo permangono ancora profonde incertezze in merito a tutti i profili problematici cui si è fatto cenno al par. 1, sicché resta ancora intatta la necessità di porli in discussione nei prossimi paragrafi.

4. *La decorrenza del termine per ricorrere nel rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e la motivazione della provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.*

4.1. *La disciplina vigente e quella pregressa: l'art. 120, comma 5, c.p.a.*

La particolare articolazione del rito in esame impone di trattare congiuntamente il tema della decorrenza del termine per impugnare e l'obbligo della motivazione (nonché del suo contenuto), non prima di aver confrontato la disciplina sulla decorrenza del termine tra il rito appalti "ordinario" e quello di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

Vi è, infatti, un'evidente matrice comune alle esigenze sottese all'individuazione di un termine decadenziale, sia per ciò che attiene al rito appalti (ordinario) sia per quanto concerne il rito super-accelerato. Da un lato, vi è la necessità di ottenere la pronta definizione delle questioni di diritto pubbliche connesse all'aggiudicazione di contratti pubblici, dall'altro quella di non assoggettare l'operatore economico ad un termine di azione irragionevolmente breve. Questa duplice tematica si è posta, non tanto rispetto al termine in quanto tale (trenta giorni), quanto in rapporto al principio della piena conoscenza, sotto il profilo sia della quantità minima di informazioni indispensabili e sufficienti a che il ricorrente possa consapevolmente agire in giudizio, sia della possibilità di essere informati aliunde dei contenuti del provvedimento da impugnarsi<sup>20</sup>. Nel rito di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., il tema è forse ancor più rilevante, considerando che gli operatori economici vengono "chiamati" ad agire in giudizio per far valere un interesse che, per condivisione generale, è certo che, almeno per le ammissioni altrui, maturerà – se del caso – solo a seguito dell'aggiudicazione<sup>21</sup>.

In coerenza con questa impostazione, onde entrare nel vivo delle questioni e tentare di ricostruire l'eterogeneo panorama giurisprudenziale in tema di esatta individuazione del dies a quo per proporre il ricorso, è utile partire dall'esame della decorrenza del termine nel rito appalti "ordinario", vale a dire quello disciplinato dall'art. 120, comma 5, c.p.a.

---

*informatico indicato dalla stazione appaltante, con credenziali di accesso riservate e temporanee".*

<sup>20</sup> Cfr. M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale*, cit., 7 e ivi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>21</sup> Discorso diverso deve farsi per il ricorrente che contesti la propria esclusione, essendo pacifico che ciò costituisca una lesione diretta, concreta e attuale a fronte della quale l'interessato deve immediatamente attivarsi per porvi rimedio. La confusione che si potrebbe ingenerare sul punto è data dall'equiparazione tra le ammissioni e le esclusioni, che nel nuovo rito in commento devono essere comunque impugnate entro lo stesso termine.



Tale norma prevede che il termine per impugnare gli atti in materia di contratti pubblici decorre dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006<sup>22</sup>. Al tempo stesso, la disposizione contiene una previsione di chiusura, laddove stabilisce che il termine decorre, "in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto"<sup>23</sup>.

Questa formulazione della norma ha posto il tema di comprendere se in relazione ai provvedimenti di aggiudicazione, l'unica forma di conoscenza legale fosse quella della comunicazione ovvero se, secondo i principi generali, fosse data la possibilità di attribuire rilevanza a forme di conoscenza ottenute aliunde.

Il problema della piena conoscenza, inoltre, si è posto non solo nei termini appena riferiti ma anche in relazione all'ipotesi di conoscenza del provvedimento effettivamente avvenuta nelle forme di legge e, tuttavia, inidonea a rendere percepibile, non tanto la lesività (l'esclusione da una gara), ma la conoscenza delle ragioni poste a fondamento della decisione.

In relazione a questa seconda problematica, occorre rammentare che, nel sistema previgente, assumeva particolare importanza il contenuto dell'art. 79 del d.lgs. n.163/2006, che prevedeva il termine di dieci giorni per accedere agli atti della procedura di gara al fine di proporre il ricorso. Orbene, questi dieci giorni, per giurisprudenza consolidata, si sommavano ai trenta giorni previsti dall'art. 120 c.p.a., per cui il termine per impugnare era di complessivi quaranta giorni<sup>24</sup>. Pertanto, pur in presenza di un breve termine per la proposizione del ricorso, il sistema veniva ritenuto costituzionalmente legittimo e compatibile con la disciplina dell'Unione di cui alla "direttiva ricorsi", perché posto a contrasto dell'altrimenti inevitabile cautela di presentare ricorsi "al buio".

È accaduto, tuttavia, che quella felice previsione in tema di accesso agli atti non è stata riprodotta nel vigente codice dei contratti pubblici (o meglio, non si ritrova con la medesima chiarezza ed efficacia, come evidenziato dalla giurisprudenza appresso richiamata). L'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, non prevede più la disciplina

---

<sup>22</sup> L'art. 120, comma 5, c.p.a. recita: "Salvo quanto previsto al comma 6-bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42". Si osservi, come già eccepito dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, che nella norma è ancora in uso il richiamo al previgente codice dei contratti pubblici. Sicché si dovrebbe ritenere automaticamente sostituito il riferimento all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 con il vigente art. 76 del d.lgs. n. 50/2016.

<sup>23</sup> La dottrina ha anche osservato che tale sistema "attribuisce rilievo centrale alle tipiche modalità di comunicazione e di pubblicità degli atti di gara, regolate in modo analitico, quanto a forma e contenuto, dal codice dei contratti pubblici", M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito super-speciale*, cit., 19.

<sup>24</sup> Cfr. M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale*, cit., 16. Per la giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 gennaio 2018, n.173, *Id.* 6 ottobre 2017, n.1909, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.



dell'accesso informale<sup>25</sup>. Questo stato di cose ha posto il problema della necessità o meno di procedere in ogni caso alla presentazione di ricorsi c.d. al buio, dell'onere di diligenza del privato ad accedere agli atti onde acquisire informazioni utili e, nuovamente, della possibilità di sommare al termine ordinario di impugnazione il tempo necessario all'accesso.

Orbene, messi in ordine i problemi, diviene necessario verificare quale sia la risposta (o le risposte) data(e) ad oggi dalla giurisprudenza a ciascuno di essi, non senza aver premesso che il dibattito giurisprudenziale è particolarmente vivo, essendosi formati orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

Secondo il Consiglio di Stato<sup>26</sup>, possono formularsi tre ipotesi sulla decorrenza del termine nel rito appalti "ordinario" ex art. 120, comma 5, c.p.a..

La prima è quella secondo cui la norma appena richiamata, da leggersi in combinato disposto con l'art. 41, comma 2, c.p.a., "deve essere interpretata nel senso che, ai fini della individuazione del dies a quo di decorrenza del termine di impugnazione, occorre fare riferimento al momento in cui il soggetto abbia avuto conoscenza degli elementi essenziali dell'atto lesivo, in tal modo potendone percepire compiutamente la portata pregiudizievole per la propria sfera giuridica, ed in modo da rendere attuale l'interesse ad agire"<sup>27</sup>. In tal modo, il termine inizierà a decorrere non appena il concorrente percepisca la portata lesiva del provvedimento di aggiudicazione, non rilevando se lo stesso sia motivato o meno.

La seconda ipotesi applica l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 in senso conforme ai principi comunitari, riproponendo le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza nella vigenza dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006<sup>28</sup>, facendo operare lo slittamento del termine per impugnare, per un massimo di quindici giorni, conformemente all'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

Secondo la terza ipotesi, invece, il rinvio operato dall'art. 120, comma 5, c.p.a. all'art. 79 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 "dovrebbe

---

<sup>25</sup> Mediante l'accesso informale era consentito agli operatori di accedere entro dieci giorni dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione agli atti della procedura di gara, senza dover presentare un'istanza scritta. Tuttavia, deve osservarsi che una disposizione in un certo senso analoga a quella previgente, oggi contenuta all'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, "sembra consentire una forma di accesso ancora più immediato di tipo "telematico" laddove è previsto che, contestualmente alla pubblicazione dei provvedimenti che determinano le esclusioni e le ammissioni sia dato avviso ai concorrenti" cfr. M. DIONIGI- S. DI CUNZOLO, *Commento all'art. 76*, in L. R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017. Deve, tuttavia, osservarsi che tale tipologia di accesso è limitata a una particolare tipologia di atti, quali quelli impugnabili unicamente mediante il rito speciale.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5859, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>27</sup> Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 23 febbraio 2018, n. 236, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riformata dalla cennata sentenza n. 5859/2018 del Consiglio di Stato).

<sup>28</sup> Per tale indirizzo sulla norma previgente cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718, Id., 1 agosto 2018, n. 4766, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso contrario a tale orientamento, sempre in relazione al codice previgente, cfr. T.A.R., Campania, Napoli, Sez. I, 1 marzo 2018, n. 1335, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



considerarsi recettizio e, dunque, la disposizione dell'art. 120 comma 5 c.p.a. sarebbe da ritenersi insensibile ai successivi mutamenti della norma richiamata, con la conseguenza che, al solo fine di individuare il dies a quo per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, si dovrebbe continuare a far applicazione dell'art. 79 del vecchio Codice, nonostante la sua avvenuta abrogazione<sup>29</sup>.

Tra le tre ipotesi esposte, solo la prima conduce a ritenere tardivo il ricorso proposto dopo il termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione mentre, le altre appaiono più coerenti con i principi comunitari e costituzionali.

Ad oggi, non si è pervenuti a risposte definitive in quanto da un lato, la giurisprudenza ha ritenuto di sovrapporre l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 al previgente art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 (recuperandone la regola del c.d. "slittamento") assumendo, quindi, necessaria la comunicazione motivata dell'aggiudicazione<sup>30</sup>. Dall'altro, ha ritenuto pur vero che l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 "lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme", con la conseguenza che il ricorso sarebbe tardivo se proposto oltre i trenta giorni dalla percezione della lesività dell'atto, a prescindere dalla motivazione<sup>31</sup>.

Il primo orientamento è più garantista, perché ritiene l'atto impugnabile solo quando vi è l'effettiva conoscenza di tutti gli elementi essenziali del provvedimento (ivi inclusa la motivazione). Il secondo indirizzo giurisprudenziale, invece, non pare tener conto che, se è vero che l'art. 120, comma 5, c.p.a. lascia impregiudicata la possibilità di desumere aliunde l'aggiudicazione e, dunque, di percepirne immediatamente la portata lesiva per il concorrente-non aggiudicatario anche con altre forme rispetto alla comunicazione ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, è anche vero che solo la piena percezione dei contenuti essenziali dell'atto consente alla parte interessata di valutare i margini di proponibilità del ricorso e la sua modulazione in relazione ai vizi desunti dalla motivazione e dall'accesso a tutti gli atti prodromici all'aggiudicazione.

In altri termini, può affermarsi che l'onere di impugnazione sorge con la percezione dell'esistenza di una lesione, immediata e concreta, riconducibile a un determinato provvedimento, essendo comunque garantito il diritto di difesa mediante la proposizione del ricorso per motivi aggiunti "ove la conoscenza delle risultanze procedurali valga a disvelare e lumeggiare la effettiva latitudine della

<sup>29</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 5859/2018, *cit.*.

<sup>30</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 gennaio 2018, n. 107, Id. Campania, Napoli, Sez. IV, 21 giugno 2018, n. 4190, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> Cfr. ancora Cons. Stato, n. 5859/2018, *cit.* e anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 agosto 2017, n. 9145, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



“ingiustizia” e dell’agere amministrativo e dei vizi che eventualmente lo affliggono”<sup>32</sup>.

Tuttavia, poiché è soltanto con la disamina degli atti procedimentali che si conosce l’impianto logico-motivazionale seguito dall’amministrazione, l’art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 ha introdotto un accesso “semplificato” che consente all’interessato di prendere visione dei suddetti atti endoprocedimentali. Ne consegue che “il termine di impugnazione può, dunque e al più, essere incrementato di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire conoscenza delle risultante procedimentali, entro il limite massimo di quindici giorni previsto dalla citata norma”, ma solo nel caso in cui l’impresa partecipante e non aggiudicataria si sia immediatamente attivata per accedere agli atti<sup>33</sup>.

Quanto alla possibilità di conoscere aliunde il provvedimento di aggiudicazione, è stato chiarito (questa volta con maggior certezza) che la mera presenza del delegato non dovrebbe (il condizionale, comunque, è sempre d’obbligo per via delle oscillazioni giurisprudenziali endemiche alla materia) far decorrere il termine per impugnare, perché il codice dei contratti pubblici attribuisce alla sola stazione appaltante (e non alla commissione di gara) la competenza a procedere all’aggiudicazione e, quindi, a comunicare il provvedimento conclusivo della procedura<sup>34</sup>. Né il termine potrebbe decorrere a seguito della pubblicazione della delibera di aggiudicazione sull’albo pretorio, non rinvenendosi nel codice alcuna disposizione normativa da cui desumere tale effetto di questa particolare forma di pubblicità<sup>35</sup>.

In conclusione, sebbene il tema resti ampiamente dibattuto, possono proporsi le seguenti riflessioni, che – ad onta del dibattito in atto – si preferiscono in quanto risultano più congeniali ad equilibrare le esigenze di certezza connesse alle vicende di diritto pubblico con quelle della effettività della tutela del cittadino e del ricorso efficiente alla funzione giudiziale. Il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione ex art. 76 c.c.p. purché si mettano contestualmente a disposizione dei candidati, gli atti endoprocedimentali corredati di motivazione. Nel caso ciò non avvenga, è onere della parte interessata accedere tempestivamente agli atti di gara e in tal caso, al termine di trenta giorni si aggiungeranno quelli necessari all’accesso fino a un massimo di quindici. La conoscenza aliunde del provvedimento determina la decorrenza del termine soltanto qualora sia effettivamente possibile desumere, oltre alla percezione di lesività, almeno anche qualche vizio del provvedimento.

<sup>32</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>33</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, n. 2056/2018, *cit.*.

<sup>34</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442; T.A.R. Veneto, Sez. I, 15 maggio 2017, n. 471; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 11 ottobre 2016, n. 2555 tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>35</sup> Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 30 ottobre 2018, n.1406; Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.



Tanto premesso con riferimento al rito appalti “ordinario”, per riprendere il tema oggetto del presente contributo e, in particolare quello trattato nel presente paragrafo, può passarsi ad esaminare i problemi che si sono presentati nel rito super-speciale.

Vale la pena evidenziare, fin da subito, che i profili problematici sono analoghi a quelli appena presi in considerazione per il rito ordinario poiché, nonostante la chiara formulazione dell’art. 29 c.c.p. per cui i provvedimenti che dispongono le ammissioni e le esclusioni devono essere pubblicati sul portale del committente corredati di motivazione, la giurisprudenza ha visto nascere diversi orientamenti ermeneutici non ancora sfociati in un (unico) indirizzo definitivo.

#### 4.2. *Gli orientamenti giurisprudenziali in merito al termine per impugnare.*

Fin da subito la dottrina ha individuato il nodo gordiano del rito in esame, chiedendosi “se la regola introdotta dall’art. 120, comma 2-bis, c.p.a., preveda una forma tassativa ed esclusiva di comunicazione, tale da escludere l’applicazione del principio di equiparazione tra le forme di notificazione, comunicazione, o pubblicazione [...] e la “piena conoscenza” dell’atto acquisita aliunde”<sup>36</sup>. L’emergere della questione, invero, deriva direttamente dall’incertezza del quadro normativo in vigore a seguito dell’emanazione del codice dei contratti pubblici, a mente del quale l’art. 29 dello stesso codice, l’art. 120, comma 2-bis c.p.a. e l’art. 120, comma 5, c.p.a., delineano tre termini di impugnazione diversi<sup>37</sup> (ragion per cui è stato necessario soffermarsi in precedenza sui problemi relativi al rito di cui al comma 5).

Nonostante un quadro normativo tutt’altro che certo, autorevole dottrina ha sostenuto la seguente interpretazione sistematica delle tre norme richiamate (art. 29 c.c.p., art. 120, commi 2-bis e 5, c.p.a.), anche alla luce delle modifiche apportate dal correttivo: i) la stazione appaltante deve pubblicare sul proprio portale il provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni corredato di motivazione; ii) contestualmente, deve dare avviso ai concorrenti della suddetta pubblicazione, indicando anche gli uffici dove sono disponibili i relativi atti; iii) il termine per proporre ricorso decorre solo dal momento in cui tali atti sono resi in concreto disponibili e corredati di motivazione<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di “giuridificazione” degli interessi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, 4, 507.

<sup>37</sup> Cfr. S. DETTORI, *Obblighi di pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni dei concorrenti alla gara pubblica e vincoli di tutela giurisdizionale*, in *giustamm*, n. 4/2018, in cui si specifica che le norme summenzionate indicano rispettivamente, come *dies a quo* per impugnare: i) il momento in cui il concorrente “acquisisce contezza delle motivazioni e dunque anche degli eventuali atti sulla cui base sono state determinate le ammissioni e le esclusioni”; ii) il momento in cui la stazione appaltante pubblica i provvedimenti sul portale; iii) il momento in cui l’interessato ha comunque conoscenza del provvedimento che dispone le ammissioni e/o le esclusioni.

<sup>38</sup> Cfr. M. LIPARI, *La decorrenza del termine*, cit..





La giurisprudenza, analogamente a quanto avviene per il rito c.d. “ordinario” in materia di contratti pubblici, non ha ancora univocamente sciolto il nodo della questione, essendo tutt’ora in voga fundamentalmente due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Orbene, secondo un primo orientamento, la decorrenza non si determinerebbe in assenza di pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni o esclusioni nei modi e nei termini stabiliti dall’art. 29 c.c.p.. Esso, infatti, ritiene non applicabile la regola sulla piena conoscenza di cui all’art. 41, comma 2, c.p.a., ai sensi del quale il termine per l’impugnazione dovrebbe decorrere anche in assenza della pubblicazione, essendo sufficiente la mera conoscibilità<sup>39</sup>.

A fondamento di tale indirizzo vi sono da un lato, la specialità del rito in questione, per cui sarebbe preclusa ogni interpretazione estensiva e dall’altro, la necessità di accedere agli atti della procedura di gara (in analogia a quanto disponeva l’art. 79 del codice previgente e quanto disporrebbe ora il corrispondente art. 76 c.c.p. secondo parte della giurisprudenza sopra richiamata), onde poter proporre un ricorso sulla base di un provvedimento motivato e reso in concreto disponibile.

Si tratta di un orientamento particolarmente garantista, che esclude l’applicabilità della regola della piena conoscenza, muovendo da un duplice presupposto: uno di natura processuale, l’altro di natura sostanziale.

Dal punto di vista processuale, ribadisce che il rito super-speciale è di stretta interpretazione poiché, introducendo una presunzione di lesività non prevista in altri riti dell’ordinamento, lo ancora “all’osservanza di questa peculiare forma di pubblicità legale [che] determina una presunzione iuris et de iure di conoscenza del provvedimento e giustifica, pertanto, l’immediato decorso del termine di decadenza per la sua contestazione in giudizio”<sup>40</sup>.

Dal punto di vista sostanziale, invece, osserva che la pubblicità del provvedimento di ammissione e/o esclusione è un preciso onere della stazione appaltante, come recita il nuovo testo dell’art. 29 c.c.p.<sup>41</sup>. Pertanto, non può ritenersi applicabile la regola della piena conoscenza, non essendo possibile onerare il privato della proposizione di un ricorso, se l’amministrazione non ha osservato precise disposizioni di legge<sup>42</sup>. Ne

<sup>39</sup> Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 18 gennaio 2019, n. 77; Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2019, n. 378, Id., 22 ottobre 2018, n.6005; T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 18 settembre 2018, n.368; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 4 settembre 2018, n.1322, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>40</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2018, n.6574, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e, più recenti cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173, Cons. Giust. amm. Sicilia, 4 gennaio 2019, n. 4, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>41</sup> Sulla valenza prescrittiva del dovere informativo da parte della stazione appaltante cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 675, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>42</sup> Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 22 gennaio 2019, n. 54; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 28 agosto 2018, n.5292, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Inoltre, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 8 gennaio 2019, n. 12, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), osserva che “l’onere di ordinaria diligenza nell’acquisire la documentazione da parte del soggetto interessato all’impugnazione della procedura non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore



consegue che, se l'amministrazione ritarda od omette di attuare lo speciale regime di pubblicità ex art. 29 c.c.p., "il dies a quo del termine decadenziale coincide con la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione" non essendo più possibile operare una chiara scansione tra la fase di ammissione e quella di aggiudicazione, essendo venuto meno l'elemento che, più di ogni altro, determina la ripartizione bifasica della procedura<sup>43</sup>.

Tale indirizzo giurisprudenziale trova il supporto di parte della dottrina che ne evidenzia l'interpretazione costituzionalmente conforme, osservando che il rito super-speciale presenta caratteristiche "uniche" tali da imporre necessariamente un'interpretazione non estensiva<sup>44</sup>.

Il secondo orientamento emerso in giurisprudenza è opposto a quello appena descritto<sup>45</sup>. Esso, infatti, ritiene coerente con la ratio del nuovo rito la possibilità di far decorrere l'esiguo termine di trenta giorni anche in assenza della pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni e/o le esclusioni. Ciò in quanto, il principio della "piena conoscenza" di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a., è regola generale del processo amministrativo, astrattamente applicabile a qualunque tipo di giudizio in assenza di un'apposita deroga legislativa. Poiché nel rito super-speciale il legislatore non ha previsto una deroga in tal senso, la conoscenza del provvedimento lesivo può derivare anche da altre fonti, non necessariamente dalla pubblicazione di cui all'art. 29 c.c.p.. A ciò si aggiunge che la regola sulla piena conoscenza è espressamente ripresa dall'art. 120, comma 5, c.p.a., con ciò dovendosi desumere la sua generale applicabilità al rito appalti (ancorché "ordinario" e pur con tutti i problemi che esso comporta).

Tuttavia, se è vero che non si rinviene alcuna preclusione all'applicabilità della regola della piena conoscenza del provvedimento, in quanto principio generale<sup>46</sup>, è

---

*in capo alla stazione appaltante, i quali, a loro volta, non possono essere considerati assolti attraverso l'espletamento di incombenze formali diverse da quelle prescritte dalla disposizione suindicata".*

<sup>43</sup> Cfr. R. SCHNEIDER, *Decorrenza del termine per impugnare nel rito "super accelerato" e cumulo delle domande avverso segmenti concorsuali soggetti a riti processuali diversi*, in *L'amministrativista.it*, 2019.

<sup>44</sup> Cfr. G. CUMIN, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urbanistica e Appalti*, 2017, 5, 642, in cui significativamente si introduce l'analogia tra il rito super-speciale e il procedimento monitorio nel processo civile. Viene, infatti, sostenuto che la comunicazione da pubblicare sul portale del committente può essere vista – al pari della notifica di un decreto ingiuntivo – come una *provocatio ad opponendum*, in virtù della quale sorgono effetti preclusivi per i concorrenti, che non potranno più impugnare l'ammissione altrui.

<sup>45</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n.5870; T.A.R. Toscana, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 582; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>46</sup> Deve comunque osservarsi che il comma 5 dell'art. 120 c.p.a. esordisce con "*Salvo quanto disposto dal comma 6-bis...*", con ciò potendosi intendere l'effettiva volontà del legislatore di creare un mini-rito soggetto a regole speciali, andando così a creare una preclusione all'applicazione di tale comma che contiene la regola della piena conoscenza. In senso contrario, però, è stato notato che "fare salvo" potrebbe anche significare "*che le norme più generali si applicano per le sole parti non espressamente disciplinate, se ritenute compatibili*" (cfr. M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale*, cit., 24). In tal senso il rito super-speciale sarebbe compatibile con la disciplina della piena conoscenza.



altrettanto vero che un simile orientamento ha insito il rischio latente di minare il diritto di difesa del privato, nella misura in cui si postuli, quale suo corollario, che l'azione possa essere intrapresa in virtù della conoscenza della sola lesività, riesumando dunque la pratica – assai poco virtuosa – dei ricorsi “al buio”. E infatti, per apporre un crisma di costituzionalità a tale orientamento, la giurisprudenza ha chiarito che l'applicazione del principio della piena conoscenza “presuppone un particolare rigore nell'accertamento della sussistenza di tale requisito”<sup>47</sup>.

Il predetto orientamento ha subito, forse non causalmente, un'evoluzione in senso più “garantista” a seguito delle modifiche apportate dal correttivo (che espressamente sanciscono la decorrenza del termine di impugnazione solo dopo che i provvedimenti siano in concreto disponibili al concorrente e corredati di motivazione).

La piena conoscenza, infatti, nella prospettiva che ne ammette l'operatività nel rito super-speciale, implica di necessità che “siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale”<sup>48</sup>.

Sotto tale profilo appare utile anticipare quanto si dirà più approfonditamente in seguito, in relazione ai principi statuiti dall'ordinanza della Corte di Giustizia Ue sull'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., il cui intervento era stato sollecitato dal T.A.R. Piemonte con ordinanza n. 88/2018. Il Giudice di Lussemburgo, infatti, ha osservato che il termine breve di trenta giorni previsto dal legislatore interno è di per sé compatibile con il diritto dell'Unione “a condizione che tali provvedimenti siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti”<sup>49</sup>.

In disparte di tali due orientamenti, la giurisprudenza è intervenuta su alcuni casi specifici, in cui la necessità di pervenire a una soluzione sul caso concreto, ha prodotto una casistica piuttosto vasta.

Tra i più rilevanti, merita di essere esaminato il caso del rappresentante di un'impresa che partecipa alla seduta di gara ove si determinano le ammissioni e le esclusioni. Sul punto, infatti, riprendendo i profili critici già emersi in relazione al rito appalti “ordinario”, sono emersi orientamenti difformi. Alcune pronunce escludono che la piena conoscenza possa derivare dalla partecipazione dei rappresentanti dell'impresa alla seduta del seggio di gara ove si valutano le ammissioni e le esclusioni dei partecipanti<sup>50</sup>. Altre, di contro, sostengono che la partecipazione di un rappresentante alla seduta di gara gli consente di percepire immediatamente la

<sup>47</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>48</sup> Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 7 giugno 2018, n. 613; *Id.* Campania, Napoli, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n.6126, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>49</sup> Cfr. Corte Giustizia UE, Sez. IV, 14 febbraio 2019, C-54/18, in *www.curia.europa.eu*, par. 26.

<sup>50</sup> Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. I, 17 gennaio 2019, n. 103; Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 8 gennaio 2019, n. 12; *Id.* Piemonte, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.



lesività del provvedimento dell'ammissione altrui o della propria esclusione, facendo decorrere il termine di impugnazione dal giorno in cui si è svolta la seduta di gara<sup>51</sup>. Concludendo, può osservarsi che la giurisprudenza non è ancora giunta a una risposta univoca in merito a un problema abbastanza frequente nella prassi. Anzi, il contrasto è ancora presente, sebbene sia riscontrabile un orientamento maggioritario (il primo). In questo contesto così incerto, non è da escludere la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria, con l'auspicio che si componga il contrasto in essere.

#### 4.3. L'obbligo di motivazione.

Tanto illustrato, riprendendo l'ordine espositivo innanzi tracciato, occorre trattare della motivazione del provvedimento recante le ammissioni e/o esclusioni e dell'ipotesi in cui la stazione appaltante non abbia fornito adeguata motivazione (e relativa documentazione a riprova) del provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni, pur ritualmente pubblicato.

Il tema della motivazione, come si è visto, è connesso con la decorrenza del termine per impugnare, poiché gli artt. 29 c.c.p. e 120, comma 2-bis, c.p.a. prevedono che detto termine decorra da quando i provvedimenti sono disponibili agli interessati, corredati di motivazione<sup>52</sup>.

Ciò in quanto, per principio generale, un ricorso può dirsi effettivo (e dunque conforme alle norme costituzionali e comunitarie) soltanto se proposto avverso atti la cui motivazione è nota al ricorrente, in modo da valutare la convenienza del ricorso, posto che "il diritto di difesa è soddisfatto solo se l'ordinamento consente al soggetto leso di valutare cognita causa se ne esistono i presupposti"<sup>53</sup>.

La motivazione del provvedimento, dunque, è un corollario indefettibile per la proposizione di un ricorso giurisdizionale ai sensi dei principi costituzionali e della "direttiva ricorsi" n. 2007/66/CE, anche perché "rappresenta proprio quello strumento con cui il privato è messo in condizione di verificare la legittimità delle scelte operate dalla pubblica amministrazione"<sup>54</sup>.

Il tema della pienezza della motivazione, tuttavia, ha un rilievo processuale non solo per ciò che attiene alla decorrenza del termine di impugnazione ma, in quanto tale, ovverosia quale profilo di potenziale illegittimità del provvedimento amministrativo che dispone esclusioni e ammissioni.

---

<sup>51</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2019, n. 947, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La pronuncia, nel riconoscere l'applicabilità della regola della "piena conoscenza" la subordina comunque alla percezione di lesività per la sfera giuridica dell'interessato del provvedimento adottato dalla commissione di gara.

<sup>52</sup> Sullo stretto collegamento tra la motivazione del provvedimento e l'ambito applicativo del rito super-speciale cfr. R. SCHNEIDER, *Decorrenza del termine*, cit..

<sup>53</sup> Cfr. M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale*, cit., 17.

<sup>54</sup> Cfr. A. G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato" ex art. 120, co. 2 bis, c.p.a., in federalismi.it, 7/2017,8.*



Il paragrafo esamina il secondo profilo.

Malgrado la chiara formulazione letterale della norma, anche in relazione alla motivazione, gli itinerari ermeneutici dottrinari e giurisprudenziali sono in continuo mutamento<sup>55</sup>. Deve, comunque, osservarsi che data la qualificazione provvedimentale attribuita dal legislatore all'atto impugnabile con il rito super-speciale non può revocarsi in dubbio la necessità, per l'amministrazione procedente, di motivare i provvedimenti, in linea con l'art. 3 della legge n. 241/1990. In tal senso, richiamando la giurisprudenza citata nel precedente paragrafo, si evince la portata sostanziale del comma 2-bis che, in questa parte, sembrerebbe rivolgersi direttamente alla stazione appaltante, sebbene la norma sia contenuta nel codice del processo amministrativo.

Entrando più nei dettagli, ad essere problematico non è tanto l'obbligo della motivazione, che ad oggi risulta per tabulas ai sensi del correttivo (ed invero in re ipsa alla natura decisoria delle esclusioni e delle ammissioni), quanto il suo contenuto.

Come è stato osservato in dottrina<sup>56</sup>, l'ammissione di un soggetto alla fase successiva di una procedura di gara non dovrebbe essere sostenuta da una particolare motivazione, risultando praticamente difficile fornire analitiche enunciazioni circa le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto della stessa (una volta evidenziato che dall'accertamento amministrativo non sono emerse evenienze meritevoli di determinare l'esclusione)<sup>57</sup>. Ciò diversamente da quanto accade per le esclusioni, in relazione alle quali è necessario fornire una motivazione idonea a rappresentare ragioni e presupposti dell'esclusione medesima.

In conclusione, preme rammentare che il provvedimento recante le ammissioni e/o le esclusioni deve essere necessariamente motivato, anche tenendo in considerazione che, come statuisce parte della giurisprudenza, l'onere di ordinaria diligenza nell'acquisire gli atti da parte del concorrente ai sensi dell'art. 29 c.c.p., "non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore in capo alla stazione

---

<sup>55</sup> Cfr. S. TRANQUILLI, *Il rito "super-speciale" tra i sollevati dubbi di compatibilità euro-unitaria e i nodi sciolti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in *Foro Amministrativo*(II), n. 3/2018, 349 e ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>56</sup> Cfr. A. G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza*, cit., 10.

<sup>57</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2018, n.5499, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui, "si deve ricordare che la motivazione di ammissione alla gara dell'impresa può anche esser sintetica o risolversi nell'ammissione stessa, mentre la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni. È pur vero che la giurisprudenza ha ritenuto necessario un onere di motivazione nel caso in cui sull'ammissione alla gara vengano effettuate puntuali contestazioni in corso di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924; id., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; id., sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019), tuttavia tale onere motivazionale presuppone che la stazione appaltante abbia ritenuto di dover esercitare i propri poteri istruttori al fine di esprimersi (sulle avverse contestazioni) con una valutazione più articolata, qualora la sanzione (o, più in generale, la causa espulsiva) fosse stata ritenuta meritevole di qualche considerazione". Cfr. anche: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 17 luglio 2018, n. 1522; Tar Piemonte, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.



appaltante, i quali, a loro volta, non possono essere considerati assolti attraverso l'espletamento di incombenze formali diverse da quelle prescritte dalla disposizione suindicata"<sup>58</sup>.

Tuttavia, non si rinviene alcuna norma che puntualizzi il contenuto della motivazione del provvedimento in materia di ammissioni ed esclusioni che, per tale ragione, appare ancora oggi indefinito<sup>59</sup>.

##### 5. Il perimetro applicativo del rito super-speciale.

Passando all'esame dell'ambito di applicazione del rito oggetto di attenzione nel presente contributo, è utile premettere un breve confronto con il rito elettorale.

Il rito super-accelerato, infatti, è stato creato sulla falsa riga del rito elettorale di cui all'art. 129 c.p.a., in cui è previsto un contenzioso sulle ammissioni degli altri candidati. Anche in quel caso, il rito si conclude prima delle operazioni elettorali, cristallizzando definitivamente la platea dei candidati. Tuttavia, rispetto al rito super-speciale, le differenze sono rilevanti e si fondano su due ragioni, una processuale e una sostanziale<sup>60</sup>.

Sotto il profilo processuale, nel rito elettorale si impugnano le esclusioni e, solo in determinati casi tassativamente indicati dalla giurisprudenza, anche le ammissioni altrui (si pensi all'ammissione di una lista con un simbolo simile che può ingenerare confusione tra gli elettori). Invece, nel rito in esame vengono trattate unitariamente sia le ammissioni che le esclusioni, senza alcuna distinzione.

La ragione sostanziale, invece, si ricollega al problema del non perfetto coordinamento tra la disciplina processuale e quella procedurale. Muovendo ancora dalla comparazione con il rito elettorale, va detto che il procedimento elettorale è caratterizzato da una rigida scansione in fasi rivolta all'amministrazione e ai candidati, non previste dalle procedure di evidenza pubblica. Per questo motivo non è sempre agevole, anche per la stazione appaltante, individuare la fase di ammissione all'esito della quale pubblicare il provvedimento impugnabile ai sensi del comma 2-bis<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 28 agosto 2018, n. 5292, in *Foro Amministrativo (II)*, 2018, 7 08, 1348, che tuttavia, è stata riformata in appello da Cons. Stato, n. 947/2019, *cit.*.

<sup>59</sup> Tuttavia la giurisprudenza ha osservato che, nel caso in cui "la stazione appaltante non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale" (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 9 marzo 2017, n. 216; Id., Campania, Napoli, Sez. I, 24 marzo 2016, n. 1585, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

<sup>60</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 873, per il quale i due riti sarebbero radicalmente diversi atteso che solo nel rito elettorale vi è una corrispondente scansione della procedura che difetta nelle procedure di gara.

<sup>61</sup> Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 10/2016, 22, in cui si pone particolare attenzione al rapporto tra la disciplina procedimentale e quella



Tali dubbi si ripercuotono sul processo, risultando difficile individuare l'esatto ambito di applicazione del rito super-speciale, da cui derivano i profili problematici sul punto. Orbene, tanto premesso, occorre chiarire quando si chiude la verifica, a livello procedimentale, sul possesso dei requisiti e quali sono i suoi contenuti.

A livello sostanziale, la procedura di gara prevede che il controllo sui requisiti di ogni singolo partecipante avvenga, in un primo momento, sulla base delle autocertificazioni presentate dagli stessi operatori economici conformemente alle prescrizioni della *lex specialis* di gara. In questa prima fase, dunque, l'amministrazione non verifica l'effettivo possesso dei requisiti dichiarati ma soltanto la completezza "formale" della domanda. La comprova dei requisiti, in cui si verifica l'effettivo possesso degli stessi, è demandato a una fase successiva a seguito della valutazione delle offerte da parte della commissione, di modo che il possesso dei requisiti venga accertato sul solo aggiudicatario o, al più, sul secondo classificato.

In altri termini, la verifica sul possesso dei requisiti dei partecipanti non si chiude in un momento prestabilito, ma è svolto in un doppio momento: il primo formale, basato sulle autocertificazioni; il secondo più sostanziale, basato sull'effettiva dimostrazione dei requisiti. Tali momenti non sono affatto separati ma fanno parte di un unico procedimento all'esito del quale, nella disciplina previgente, era possibile impugnare il provvedimento di aggiudicazione e, con esso, era possibile contestare anche le ammissioni altrui.

In questo senso emerge il paradosso del rito super-speciale che crea, a livello processuale, un momento completamente assente a livello procedimentale. Infatti, nel rito di nuovo conio, la fase delle ammissioni assume una chiara valenza decisionale che, nell'ottica di una tutela anticipata, impone l'immediata impugnazione del provvedimento di ammissione, quasi slegandolo del tutto dall'intera procedura di gara. Ciò determina la nascita di una natura bifasica del procedimento di aggiudicazione che, come osservato dalla dottrina, "frantumerebbe l'unità concettuale del procedimento amministrativo, [...] rendendo più difficile quella visione unitaria dell'azione amministrativa frequentemente necessaria per una valutazione globale della legittimità dell'operato delle stazioni appaltanti e particolarmente utile in un processo sostanzialmente cartaceo come quello

---

processuale, anche alla luce della direttiva Ue n. 24/2014 la cui attuazione è avvenuta ad opera del d.lgs. n. 50/2016. In particolare, sulla mancata scansione in fasi procedimentali, l'A. analizza l'art. 57 della direttiva n. 24/2014 secondo cui l'esclusione di un operatore dalla procedura può avvenire in qualunque momento. La norma è stata recepita dal legislatore all'art. 80 del codice appalti. Ne consegue l'impossibilità di individuare un'unica fase relativa alle ammissioni. Un secondo profilo riguarda l'art. 56 della medesima direttiva, per il quale la stazione appaltante, sulla base di una scelta motivata, potrebbe decidere di valutare, prima, le offerte e, poi, verificare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai primi due classificati. In siffatta ipotesi mancherebbe del tutto la fase di ammissione all'esito della quale i concorrenti si dovrebbero attivare con il ricorso nell'ambito del rito super-speciale.



amministrativo”<sup>62</sup>. La norma processuale, quindi, individua una distinguibile fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, al termine della quale la stazione appaltante pubblica il provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni, mentre la corrispondente disciplina sostanziale individua la fase di ammissioni in almeno due momenti.

A tale prima discrasia si deve anche aggiungere il non proprio corretto recepimento, da parte del legislatore nazionale, di alcune norme della direttiva Ue 24/2014. Ci si riferisce all’art. 56, comma 2, della direttiva n. 24/2014 secondo cui la stazione appaltante può verificare il possesso dei requisiti direttamente all’esito della procedura, cioè sul solo aggiudicatario, pretermettendo la fase di verifica sulle autocertificazioni.

Del pari, occorre osservare che l’art. 80, comma 5, c.c.p. prevede che la stazione appaltante può disporre l’esclusione dell’operatore economico “in qualunque momento” della procedura, a cui si aggiunge l’utilizzo, da parte della stessa amministrazione, di poteri di “secondo grado” quali l’autotutela, cui alla stazione appaltante è dato ricorrere per riammettere un concorrente precedentemente escluso, ovvero per escludere un concorrente che, in un primo momento, era stato ammesso<sup>63</sup>. L’esercizio di poteri di secondo grado da un lato, la possibilità di escludere in qualunque momento un operatore economico dall’altro, evidenziano la non perfetta coincidenza tra la disposizione processuale e quella sostanziale. Se è vero che i due profili possono rimanere autonomi e separati, d’altro canto è innegabile che vi sia un forte legame tra le due discipline<sup>64</sup>.

Appare, quindi, evidente che, a parte il procedimento “ordinario” per cui l’amministrazione verifica prima le autocertificazioni e poi il possesso effettivo dei requisiti, la procedura di gara può prevedere altri momenti in cui la commissione dispone – in corso di gara – l’ammissione o l’esclusione<sup>65</sup>.

Tanto premesso, viene da chiedersi se il rito super-speciale si applica a entrambi i momenti di verifica dei requisiti, ovvero solo a uno dei due.

Ebbene, la risposta prevalente della giurisprudenza è quella di ammettere alla trattazione secondo il rito super-speciale solo la prima verifica, quella effettuata sulle autocertificazioni presentate dai candidati<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup>Cfr. E. M. BARBIERI, *L’interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Rivista Dir. Proc.*, 2017, 6, 1580.

<sup>63</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 5 gennaio 2018, n. 28 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>64</sup> Ciò è confermato da Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216, in *l’amministrativista.it*, per cui il rito super-speciale è applicabile solo in presenza di una netta distinzione tra la fase delle ammissioni e quella di esame delle offerte.

<sup>65</sup> Cfr. G. VELTRI, *Il contenzioso*, cit., e M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, cit..

<sup>66</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 1 agosto 2018, n. 5148, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, 8 agosto 2017, n. 9270, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7 dicembre 2016, n.1367, in *l’amministrativista.it* Vi è da dire che la giurisprudenza era supportata da una parte della





Di contro, non è possibile impugnare con il rito super-speciale la contestazione della verifica effettuata alla “comprova” dei requisiti svolta sull’aggiudicatario o dell’esclusione in relazione ad aspetti che presuppongono un’attività istruttoria della stazione appaltante che si dovesse rendere necessaria a seguito di una verifica concreta dei requisiti, non limitata al controllo sulle autocertificazioni<sup>67</sup>. Ciò in quanto, ammettere il ricorso al rito super-speciale anche in tali casi vorrebbe dire “vanificare la funzione del mini-rito, deputato a una “immediata” risoluzione del contenzioso sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione”<sup>68</sup>.

È, quindi, evidente il depotenziamento del rito super-speciale da parte del giudice amministrativo che, forse perché non pienamente convinto del rito in esame, anziché sollevare da subito dubbi di compatibilità eurounitaria e costituzionale, ha preferito svilirne la portata applicativa.

Così impostato, però, il rito viene fortemente svuotato del suo contenuto. Infatti, se l’ambito di applicazione del rito super-speciale riguarda la sola verifica sulle autocertificazioni, vuol dire che un concorrente (non aggiudicatario) potrebbe impugnare l’esito della gara facendo valere vizi relativi al possesso, in capo all’aggiudicatario, dei requisiti che non sono stati valutati antecedentemente, perché la relativa valutazione non era imposta alla stazione appaltante.

Sostenendo ciò, però, si arriverebbe (come invero è arrivata parte della giurisprudenza) alla situazione (alquanto paradossale) per cui il ricorrente (privo di attualità di interesse) si troverebbe costretto ad impugnare il provvedimento di ammissione di altro concorrente facendo valere solo i vizi afferenti al controllo sull’autocertificazione o agli altri documenti contenuti nella documentazione amministrativa, ma non anche quei vizi sostanziali, afferenti al merito della posizione sostanziale del suo avversario rispetto ai requisiti di qualificazione, laddove questi non siano stati accertati dalla stazione appaltante, per aver rinviato – come la legge consente – il momento valutativo ad un successivo momento.

Orbene, bisogna considerare che se si vuole ottenere una cristallizzazione della platea degli offerenti, non si può ridurre la fase di ammissione a una mera verifica formale, cartacea della sola documentazione contenuta nella busta amministrativa ed, essenzialmente, basata sul controllo delle autocertificazioni. Piuttosto, conformemente all’intento legislativo di definire la platea dei concorrenti, la stazione appaltante dovrebbe anticipare tutti i controlli sui requisiti di partecipazione alla fase di ammissione, in modo da rendere effettivo il ricorso avverso le ammissioni e le

---

dottrina secondo cui “nella disciplina positiva descritta dal codice e nella prassi delle stazioni appaltanti, la decisione circa l’ammissione delle offerte si basa solitamente sulla lettura della autodichiarazioni dei partecipanti, senza lo sviluppo di istruttorie particolarmente articolate o l’espressione di argomentazioni approfondite” (M. LIPARI, *La decorrenza del termine*, cit., 27).

<sup>67</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 novembre 2018, n. 6690; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 498, Id. 22 gennaio 2018, n. 157, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>68</sup> Cfr. S. TRANQUILLI, *Il rito “super-speciale”*, cit., 346 e ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.



esclusioni proposto ex comma 2-bis. Tale soluzione risulta, però, di difficile attuazione nelle gare con molti candidati, per i quali l'amministrazione sarebbe tenuta a verificare puntualmente il possesso dei requisiti in capo a ciascuno di essi. Ciò apparirebbe, con un certo margine di ragione, un (inutile) aggravamento del procedimento in antitesi con i principi comunitari. È questo, evidentemente, un ulteriore profilo di criticità della norma in esame.

Al di là di questa prima ipotesi, la casistica offerta dalla giurisprudenza è piuttosto variegata, ricomprendendo differenti casi in cui il giudice amministrativo è stato chiamato a circoscrivere il perimetro del rito super-accelerato.

In particolare, è stato chiarito che esulano dall'ambito applicativo del rito in esame tutte le esclusioni disposte per ragioni o in momenti diversi da quello relativo alla verifica iniziale sulle autocertificazioni.

Pertanto, non è possibile applicare il rito super-speciale a tutti quei provvedimenti di esclusione che intervengono dopo la fase di ammissione, e comunque dopo l'esame dei dettagli tecnici dell'offerta da parte della commissione. Si guardi, ad esempio, alle esclusioni disposte per una carenza nell'offerta tecnica<sup>69</sup>, o ai casi in cui si intende contestare l'aggiudicazione, le cui impugnazioni seguono il rito appalti "ordinario"<sup>70</sup>. Parimenti, è escluso il rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. per contestare le valutazioni delle offerte, il calcolo della soglia di anomalia e per i vizi della *lex specialis*<sup>71</sup>, così come pure per confutare la legittimità della gara, oltre a sostenere l'inapplicabilità del rito super-speciale nei c.d. settori esclusi<sup>72</sup>. Infine, di recente è stata esclusa l'applicazione del rito in esame nei casi di affidamento di concessioni, posto che l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. ha un carattere derogatorio ed eccezionale e, pertanto, non può applicarsi in ipotesi diverse da quelle legislativamente previste<sup>73</sup>.

Può, quindi, osservarsi che la giurisprudenza concorda nell'assoggettare al rito super-speciale le sole contestazioni relative alle ammissioni e/o esclusioni dei concorrenti, sulla base del tenore letterale della disposizione normativa, mentre

---

<sup>69</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 21 gennaio 2019, n.133, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. III, 31 luglio 2018, n. 4724, in *Foro Amministrativo (II)*, 2018, 7-08, 1206; *Id.*, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2161, in *l'amministrativista.it*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 1 agosto 2018, n. 5148, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, Sez. I, 25 giugno 2018, n. 565, in *Foro Amministrativo (II)* 2018, 6, 1029.

<sup>70</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 agosto 2018, n. 8675, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>71</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 27 luglio 2018, n. 5026, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 310; T.A.R. Toscana, Sez. I, 14 dicembre 2017, n. 1566 e, relativamente alla contestazione dei vizi della *lex specialis*, cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 28 agosto 2018, n. 872, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>72</sup> Cfr. rispettivamente T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 19 luglio 2018, n. 8223, in *Foro Amministrativo (II)*, 2018, 7-08, 1329, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 24 luglio 2018, n. 8350, in *l'amministrativista.it*.

<sup>73</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1045, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il rito in esame, per chiaro tenore letterale della norma, si applica solo ai procedimenti per l'affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, dunque non alle concessioni. In dottrina cfr. M. N. NATALE, *Sul carattere eccezionale e derogatorio del rito ex art. 120 c.p.a. e sulla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016*, in *italiappalti.it*.



esclude decisamente dalla sua applicabilità ogni tipo di controversia sorta su altre questioni.

Il perimetro applicativo del rito super-speciale, invero, è stato analizzato in giurisprudenza anche sotto un differente profilo, quello relativo all'individuazione della disciplina applicabile in presenza di due giudizi relativi a uno stesso appalto, assoggettati però a riti diversi. Si pensi al caso in cui un operatore propone un ricorso avverso le ammissioni di un concorrente ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e, successivamente, proponga un altro ricorso in cui è applicabile il rito appalti "ordinario".

In giurisprudenza si sono formati due contrapposti orientamenti. Quello ad oggi maggioritario, prevede che debba prevalere il rito appalti "ordinario" ex art. 120 c.p.a., limitando così l'applicazione del rito super-accelerato<sup>74</sup>. In particolare, la giurisprudenza ha sostenuto che, dal momento della riunione dei ricorsi attratti in riti diversi, sarà applicabile per entrambi il rito appalti "ordinario", conformemente a un consolidato indirizzo giurisprudenziale<sup>75</sup>.

Un secondo orientamento, minoritario, afferma invece la prevalenza del rito super-speciale su quello "ordinario"<sup>76</sup>, richiamando l'art. 32, comma 1, c.p.a..

*6. Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale (e tra ricorsi principali), i motivi aggiunti e la tutela cautelare nel rito super-speciale.*

*6.1. Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel rito super-speciale.*

Il comma 2-bis, secondo periodo, dell'art. 120 c.p.a. prevede che "L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale". A tale previsione, il comma 6-bis del medesimo articolo sancisce che "la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo [...] per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale". La formulazione delle norme comporta, anche in questo caso come per il decorso del termine e la motivazione, la trattazione congiunta dei problemi relativi al ricorso incidentale e dei motivi aggiunti.

Iniziando dal ricorso incidentale, va detto che la ratio della norma è di neutralizzare, per quanto possibile, l'effetto del ricorso incidentale escludente, che ha caratterizzato gli ultimi anni di vita del previgente codice dei contratti pubblici<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. T.A.R. Venezia, Sez. I, 24 gennaio 2019, n. 84, in *www.giustizia-amministrativa.it*; e Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2017, n.1059, in *Diritto Processuale Amministrativo* 2017, 2, 710.

<sup>75</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367; T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 agosto 2018, n. 872, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>76</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 giugno 2018, n.3713, in *l'amministrativista.it*.

<sup>77</sup> Per riferimenti dottrinari in generale sul tema del ricorso incidentale e del rapporto con il rito appalti si guardi, A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, cit.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso*



Infatti, sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, con l'impugnazione dell'aggiudicazione venivano formulate censure contro l'ammissione dell'aggiudicatario il quale, per tutelarsi, formulava a sua volta un ricorso incidentale teso a dimostrare che era in realtà il ricorrente principale a difettare dei requisiti di partecipazione alla gara (di qui la natura escludente del ricorso incidentale). Lo schema appena descritto finiva per "focalizzarsi abnormemente sulla fase prodromica di verifica dei titoli di partecipazione in capo ai concorrenti più che sui profili attinenti alla valutazione delle offerte"<sup>78</sup> e determinava il regresso della procedura di aggiudicazione alla fase dell'ammissione, ragion per cui, il legislatore del 2016 con il nuovo rito in esame, ha cercato di risolvere definitivamente tale problema<sup>79</sup>.

Riprendendo la lettera della norma sopra citata, il quesito è: può proporsi il ricorso incidentale per contestare l'ammissione del ricorrente principale (di qui la natura paralizzante del ricorso incidentale) anche oltre il termine di trenta giorni previsti dal comma 2-bis? La formulazione della norma, non del tutto chiara, ha determinato il formarsi, anche in questo caso, di due diversi orientamenti giurisprudenziali<sup>80</sup>.

Per il primo orientamento la risposta è negativa, poiché il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale non decorrebbe dalla notificazione del ricorso principale, come avviene nel rito ordinario ai sensi dell'art. 42 c.p.a., bensì dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente, emergendo in questo preciso momento l'interesse a ricorrere<sup>81</sup>, quale interesse autonomo rispetto all'impugnazione da parte di un concorrente di un'ammissione altrui. Secondo questo arresto, qualunque operatore deve impugnare l'ammissione altrui a

---

*incidentale, cit.*; F. G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 2162.

<sup>78</sup> Cfr. E. BOSCOLO, *Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*; in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 1, 175.

<sup>79</sup> Cfr. I. LAGROTTA, *Il rito "super accelerato", cit.*, 12, in cui si dà anche conto del "...proliferare di censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo una volta che questo era giunto a conclusione". Vale la pena ricordare la questione dell'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale escludente, oggetto di un ampio dibattito giurisprudenziale che ha più volte investito anche la Corte di Giustizia Ue (oltre alla già menzionata sentenza Puligenica, si guardi a Corte Giustizia, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb). L'incertezza su questo profilo è tale che, recentemente, l'Adunanza Plenaria ha nuovamente rimesso alla Corte di Giustizia la questione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, ord. n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Peraltro, si osservi che l'incertezza sul punto riguarda anche un confronto tra i plessi giurisdicenti interni. Infatti, la Corte di cassazione a Sezioni Unite, con sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226, ha prospettato la possibilità di vagliare le decisioni del Consiglio di Stato non conformi alla giurisprudenza della CGUE, sulla base di un estensivo uso del concetto di "questione di giurisdizione". Di contro, la Corte costituzionale con sentenza del 18 gennaio 2018, n. 6, ha invitato la Cassazione a un uso giuridico (e non politico) del concetto di "questione di giurisdizione".

<sup>80</sup> Cfr. M. ASARO, *Ricorso principale e ricorso incidentale nel rito super speciale di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, del c.p.a.: questioni di trasparenza, di precedenza e di decorrenza*, in *lexitalia.it*.

<sup>81</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2018, n.5036, in *l'amministrativista.it*. Id., 1 ottobre 2018, n.5609, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In questo caso, però, non avrebbe senso parlare di ricorso incidentale, poiché ci si troverebbe in presenza di soli ricorsi principali proposti gli uni contro gli altri.



prescindere dall'attivazione del controinteressato con un'autonoma iniziativa giudiziaria, al fine di non eludere il termine di trenta giorni disposto dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a.. L'indirizzo giurisprudenziale trova conforto anche nella previsione dello stesso art. 42 c.p.a., a mente del quale il resistente può agire in via incidentale per proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via incidentale.

Tuttavia, occorre distinguere se il ricorso incidentale ha portata escludente, cioè se contesta l'ammissione del ricorrente principale, oppure se vengono proposti motivi non inerenti l'ammissione altrui. Infatti, se si intende contestare l'ammissione altrui non si dovrebbe attendere il ricorso principale per poi agire in senso escludente, perché l'interesse a contestare l'ammissione del ricorrente principale, è riconducibile alla pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente<sup>82</sup>. Se, viceversa, il ricorrente incidentale dovesse far valere vizi indipendenti dall'ammissione altrui, allora non si vede perché il termine per la proposizione del ricorso non debba decorrere dalla notificazione di quello principale, come avviene nel rito ordinario, soprattutto in considerazione del comma 6-bis dell'art. 120 c.p.a., che dispone espressamente il rinvio della camera di consiglio o dell'udienza pubblica per proporre ricorso incidentale.

Il precipitato di questo primo orientamento è quello potenzialmente di esasperare la conflittualità in una "guerra di tutti contro tutti", in quanto ogni partecipante dovrebbe impugnare tante ammissioni quanti sono i concorrenti. Si pensi, infatti, ai casi di gare con i molti partecipanti che impugnano le rispettive (altrui) ammissioni. Si perverrebbe a una situazione insostenibile per la giustizia amministrativa ma anche per i ricorrenti medesimi, onerati di proporre un ricorso avverso le ammissioni di molti concorrenti.

Il secondo orientamento ritiene che il termine decorra comunque dalla notifica del ricorso principale e non dalla pubblicazione del provvedimento ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, facendo salva la preclusione prevista dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a.<sup>83</sup>. Quest'ultimo indirizzo, se da un lato si mostra più garantista, dall'altro aggira il senso stesso della preclusione prevista chiaramente dalla norma, poiché si ammetterebbe la deducibilità dell'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale con un ricorso incidentale promosso oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione.

---

<sup>82</sup> In questo caso, comunque, occorrerebbe distinguere anche il momento in cui viene proposto ricorso incidentale. Se, infatti, il ricorrente incidentale contesta l'ammissione altrui e propone il ricorso entro il termine del comma 2-bis, non sussistono problemi. Se, invece, il ricorso incidentale escludente è proposto oltre il detto termine, allora dovrebbe essere dichiarato irricevibile perché tardivo.

<sup>83</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2018, n.1902, in *l'amministrativista.it* ; Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 4 ottobre 2017, n. 621, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



Un'ipotesi peculiare relativa al ricorso incidentale riguarda il caso in cui un partecipante ricorre contro l'ammissione altrui per contrasto con la *lex specialis* di gara e quest'ultimo agisca in via incidentale per contestare la legittimità del bando e del disciplinare con le norme di legge. In questo caso, il ricorso incidentale non avrebbe l'effetto di contestare l'ammissione del ricorrente principale (come nello schema del ricorso incidentale escludente e paralizzante) ma si limiterebbe a introdurre una nuova domanda dipendente dalla principale e, dunque, dovrebbe essere ammesso<sup>84</sup>.

Una ulteriore ipotesi particolare, già accaduta nella pratica, riguarda il rapporto tra due ricorsi principali: l'uno soggetto al rito super-speciale, l'altro soggetto al rito appalti "ordinario". Ciò accade quando il ricorrente nel rito super-speciale, nelle more della definizione del giudizio sulle ammissioni altrui, ottiene l'aggiudicazione della gara. A questo punto, il concorrente (controinteressato nel ricorso avverso la sua ammissione) potrebbe proporre un proprio ricorso principale (del tutto autonomo da quello del ricorrente nel rito super-accelerato divenuto poi aggiudicatario) con cui si contesta l'aggiudicazione.

Orbene, in questo caso, la sopravvenuta aggiudicazione in favore del ricorrente nel giudizio sulle ammissioni non potrebbe far venire meno il suo interesse alla definizione del ricorso in esame, almeno fino a che il termine per impugnare l'aggiudicazione (da parte del concorrente-controinteressato nel rito super-speciale) non sia decorso. Infatti, la definizione del giudizio sulle ammissioni è "escludente", e per questo da esaminarsi prima di quello vertente sull'aggiudicazione<sup>85</sup>.

Analizzando meglio l'ipotesi, si deve premettere che l'esclusione dalla procedura attraverso il rito super-speciale è funzionale anche a impedire al controinteressato-non aggiudicatario di proporre ricorso avverso l'aggiudicazione. È, quindi, evidente che nel caso in cui l'aggiudicazione sopravviene nel giudizio avverso le ammissioni,

---

<sup>84</sup> Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 35.

<sup>85</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 8 febbraio 2017, n. 2118, in *l'amministrativista.it*, secondo cui: "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 aggiudicazione non può ritenersi tale da incidere sull'interesse a ricorrere ex art. 120, comma 2-bis, non essendo venuta meno l'utilità (o la ratio) del ricorso anticipato". In dottrina è stato parallelamente osservato in I. LAGROTTA, *Il rito "super accelerato"*, cit., 18, che l'orientamento tradizionale sull'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse debba ritenersi superato a seguito del nuovo rito super-speciale. In senso contrario, si veda G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, 9, il quale richiama alcuni precedenti giurisprudenziali (Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2014, ord. n. 5255 e Id., Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8350, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*) nel rito elettorale che ritengono improcedibile il ricorso a seguito dell'intervenuta aggiudicazione.



quest'ultimo non possa essere dichiarato improcedibile, poiché dalla soluzione di questo primo giudizio, dipende l'ammissibilità di quello avverso l'aggiudicazione<sup>86</sup>. Diversamente opinando si perverrebbe a una situazione paradossale non compatibile con una tutela effettiva del diritto di difesa<sup>87</sup>.

In altri termini, sta (ri)prendendo forma, seppur sotto una diversa angolazione, l'annosa questione (ancora insoluta) del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, con la differenza che nel caso di specie, si sarebbe in presenza di due ricorsi principali: quello verso l'ammissione proposto dal concorrente-aggiudicatario e quello contro l'aggiudicazione proposto dal controinteressato del precedente giudizio.

Venendo al secondo tema da trattare nel presente paragrafo, i motivi aggiunti, va detto che il comma 6-bis prevede la possibilità di rinviare la camera di consiglio o l'udienza pubblica (ove si discute il ricorso ex comma 2-bis), proprio per la loro proposizione.

Il problema relativo ai motivi aggiunti è analogo a quello già esaminato per il ricorso incidentale. Infatti, se i motivi aggiunti vertono su questioni rientranti nell'ambito applicativo del rito super-speciale, allora nulla quaestio. Se, invece, con il ricorso per motivi aggiunti dovessero essere impugnati atti ulteriori rispetto a quelli già gravati – si pensi, ad esempio, all'impugnazione con motivi aggiunti dell'aggiudicazione medio tempore intervenuta – appare evidente che si debba procedere a un mutamento di rito, rientrando quindi nelle ipotesi sopra analizzate a proposito del ricorso incidentale<sup>88</sup>.

#### 6.2. La tutela cautelare nel rito super-speciale.

Sebbene il tema non risulti così complesso e dibattuto come quelli già analizzati, per ragioni di chiarezza espositiva, appare coerente trattare in questa sede dell'ammissibilità dell'istanza cautelare nel rito super-speciale. Come accennato, non si sono formati orientamenti discordanti, essendosi ritenuta compatibile la tutela cautelare con il rito in esame<sup>89</sup>.

Dubbi, invero, erano emersi in dottrina in quanto, dato il carattere fortemente acceleratorio del rito, si era ipotizzata la non piena utilità delle misure cautelari e, al tempo stesso, era stata proposta una distinzione in base al tipo di misura richiesta. E così, se non si dubitava dell'ammissibilità della misura cautelare monocratica, anche

---

<sup>86</sup> In senso contrario, e quindi a favore della declaratoria di improcedibilità cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 5 marzo 2019, 195; Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 425, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>87</sup> Cfr. I. LAGROTTA, *Commento all'art. 204 del codice dei contratti pubblici*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 1637.

<sup>88</sup> Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 10 dicembre 2018, n.2335, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Bari, (Puglia) sez. I, 07/12/2016, n.1367, in [l'amministrativista.it](http://l'amministrativista.it), 2017.

<sup>89</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2019, ord. n. 861; *Id.*, 14 marzo 2017, ord. n.1059, *Id.*, 6 marzo 2017, ord. n. 948, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



ante causam, ai sensi degli artt. 56 e 61 c.p.a., si erano manifestati dubbi (risolti nel modo che si è visto della piena compatibilità con il rito in esame) della cautelare collegiale<sup>90</sup>.

#### *7. La sussistenza dell'interesse a ricorrere: la parola alla Corte di Giustizia UE e alla Corte costituzionale.*

Il profilo problematico più rilevante attinente al rito in esame riguarda l'interesse a ricorrere e la sua sussistenza nel caso dell'impugnazione del provvedimento recante le ammissioni dei candidati (fermo restando il principio generale per cui l'interesse sussiste in re ipsa per quanto attiene all'impugnazione della propria esclusione<sup>91</sup>).

Nelle procedure di evidenza pubblica, infatti, il partecipante è titolare di un interesse c.d. "pieno" rappresentato dall'aspirazione a ottenere l'aggiudicazione della gara, oppure di un interesse c.d. "strumentale", mediante il quale chi agisce in giudizio mira a ottenere l'aggiudicazione attraverso la rinnovazione dell'intera gara<sup>92</sup>.

Nel caso del rito super-speciale, invece, vi è un'anticipazione della tutela giurisdizionale, muovendo da una presunzione di lesività del provvedimento che dispone le ammissioni e le esclusioni<sup>93</sup>. Si viene, quindi, a creare un interesse procedimentale ad impugnare le ammissioni di altri concorrenti, che costituisce una tutela "anticipata" rispetto alla lesione di una loro posizione giuridica soggettiva.

Sul tema si sono registrate spinte propulsive contrastanti in dottrina. Da un lato, vi è stato chi ha sottolineato che la ratio della norma qualifica come "bene della vita" cui aspira il partecipante a una procedura di gara, non solo l'aggiudicazione "ma anche, e preliminarmente, la chance di corretta competizione, in modo che la scelta venga operata fra soggetti tutti ugualmente qualificati che, si direbbe nel diritto della concorrenza, competono "sui meriti"<sup>94</sup>; dall'altro lato, vi è stato chi ha osservato che l'atto che dispone l'ammissione di un concorrente alla gara "non impedisce la partecipazione ad alcun [altro n.d.r.] concorrente, né condiziona in alcun modo l'esito finale della procedura"<sup>95</sup>, ragion per cui non è possibile configurare alcuna lesione, nemmeno potenziale, al partecipante derivante dalla partecipazione di altri concorrenti.

---

<sup>90</sup> Cfr. I. LAGROTTA, *Commento*, cit..

<sup>91</sup> Cfr. S. DETTORI, *Obblighi di pubblicazione*, cit., secondo cui "solo l'esclusione può dirsi integrare una fattispecie di lesività immediata in capo al destinatario".

<sup>92</sup> Cfr. G. CUMIN, *Rito "superaccelerato"*, cit..

<sup>93</sup> Cfr. G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso*, cit., 6, in cui si segnala che "la finzione giuridica opera – come spesso avviene – mediante una tacita presunzione assoluta: che è di lesività e che serve a dare attualità all'interesse a ricorrere".

<sup>94</sup> Cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice*, cit..

<sup>95</sup> Cfr. S. DETTORI, *Obblighi di pubblicazione*, cit.. Per ulteriori considerazioni dottrinali cfr. M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale*, cit. e Id. *Nuovi ostacoli*, cit.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, cit.; I. LAGROTTA, *Il rito "super accelerato"*, cit.; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso*, cit. e L. TORCHIA, *Il nuovo Codice*, cit..





Le predette considerazioni, ampiamente dibattute in dottrina, sono state poste alla base delle ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia Ue e alla Corte costituzionale<sup>96</sup>.

In particolare, il T.A.R. Piemonte, con ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018, ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea al fine di risolvere due questioni pregiudiziali:

- i) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (artt. 6 e 13 della CEDU, art. 47 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 1 direttiva 89/665/CE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE) ostino a una normativa nazionale quale l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che impone al concorrente 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;
- ii) se la disciplina europea supra menzionata osti a una normativa nazionale, cioè 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 degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato<sup>97</sup>.

Secondo il T.A.R. rimettente, la normativa nazionale impone al partecipante alla gara "un onere "inutile" al fine dell'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto [in quanto n.d.r.] nella fase di ammissione non è ancora delineabile in capo ad alcuno dei concorrenti l'utilità finale rappresentata dall'aggiudicazione della gara". In altri termini, si vuole evidenziare che sarebbe eccessivamente anticipatorio della tutela, proporre un ricorso avverso le ammissioni e le mancate esclusioni degli altri operatori in una fase in cui il ricorrente potrebbe poi rivelarsi il vincitore della procedura selettiva e quindi non avere più alcun interesse alle contestazioni inerenti i requisiti di partecipazione dei concorrenti. O, viceversa, sarebbe comunque "inutile" proporre il ricorso da parte dell'impresa che risulti essere l'ultima classificata nella selezione e, dunque, in assenza della c.d. "prova di resistenza" per contestare le altrui ammissioni.

---

<sup>96</sup> Le ordinanze menzionate sono del T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, ord. n. 88, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui i giudici rinviavano una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 20 giugno 2018, ord. n. 903 e *Id.* 20 luglio 2018, ord. n. 1097, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui il Collegio solleva questione di legittimità costituzionale.

<sup>97</sup> Il caso posto all'attenzione del Giudice piemontese riguardava un'impresa seconda classificata che aveva proposto ricorso all'esito del procedimento di gara (cioè ad aggiudicazione avvenuta), lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicatario per assenza dei requisiti di partecipazione. Secondo la *littera legis* dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile perché tardivo, in quanto proposto a valle della procedura di gara, ben oltre il termine di trenta giorni di cui al comma 2-bis.



Il Giudice a quo evidenzia che le norme europee in tema di diritto di difesa presuppongono una tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei ricorrenti, per ciò intendendosi una tutela avverso l'avvenuta lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, essendo da questa lesione che scaturisce l'interesse concreto e attuale alla pronuncia giurisdizionale. In difetto di ciò, si introdurrebbe un'illegittima ipotesi di giurisdizione oggettiva aliena all'ordinamento italiano.

Analogamente al T.A.R. Piemonte, anche il T.A.R. Puglia, sede di Bari, con ordinanza del 20 giugno 2018 n. 903, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. per contrasto con gli artt. 3, 24, 111, 113 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 13 della CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>98</sup>.

Il punto centrale dell'argomentazione contenuta nell'ordinanza è data dal richiamo dell'art 100 c.p.c., ai sensi del quale, tra le condizioni dell'azione, vi è l'interesse ad agire che deve essere concreto e attuale, in corrispondenza di una lesione effettiva di una posizione giuridica soggettiva. La norma, applicabile nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., costituisce una declinazione nella normativa primaria dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa, di tutela giurisdizionale e di giusto processo. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso non assistito da un interesse concreto e attuale in capo al ricorrente, da intendersi come una qualche utilità che il ricorrente potrebbe perseguire in caso di esito favorevole della controversia (essendo ammesso il c.d. "interesse strumentale"). Poiché il ricorso proposto avverso il provvedimento di ammissione dei concorrenti in una fase "preliminare" della procedura non risulterebbe assistito dal predetto interesse, lo stesso dovrebbe dichiararsi inammissibile, non essendo configurabile nel nostro ordinamento un'ipotesi di giurisdizione di tipo oggettivo.

In senso parzialmente contrario alle tesi fatte proprie dai Giudici rimettenti, volte a dimostrare l'insussistenza dell'interesse ad agire, si è obiettato che, anche laddove non dovesse sussistere l'interesse ad agire al momento della proposizione del ricorso avverso il provvedimento di ammissione dei concorrenti, tale carenza verrebbe sanata mediante l'eventuale proposizione del ricorso per motivi aggiunti con cui si impugna il provvedimento di aggiudicazione medio tempore intervenuto<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> A differenza del caso trattato dai giudice piemontesi, quello sottoposto al vaglio del T.A.R. Puglia è un ricorso proposto ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. da un'impresa che contestava l'ammissione di altri due RTI concorrenti. La questione di legittimità costituzionale è stata quindi sollevata d'ufficio, secondo le coordinate ermeneutiche fatte proprie dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 8 aprile 1963. In via preliminare, risulta interessante l'argomentazione secondo cui il rito super-speciale deve essere applicato per le sole controversie relative a procedure di gara bandite nella piena vigenza del d.lgs. n. 50/2016, essendo illogica l'entrata in vigore differenziata dei due regimi (processuale e sostanziale) atteso che l'onere di impugnazione immediata risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara.

<sup>99</sup> Cfr. T.A.R. Venezia, Sez. I, 7 gennaio 2019, n. 23, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



A breve distanza dall'ordinanza n. 903/2018, il T.A.R. Puglia ha sollevato nuovamente questione di legittimità costituzionale del rito in esame per contrasto con le medesime norme già richiamate nell'ordinanza precedentemente citata ma sulla scorta di un iter argomentativo parzialmente diverso<sup>100</sup>. Infatti, nel ribadire l'applicabilità dell'art. 100 c.p.c. al processo amministrativo, il Giudice rimettente svolge anche una significativa analisi sul concetto di "tutela degli interessi legittimi" e sull'interesse a ricorrere in rapporto al principio di proporzionalità (analizzato anche sotto la lente di ingrandimento della ragionevolezza) alla luce di recenti statuizioni della stessa Corte costituzionale.

Prima di entrare nel merito del ragionamento del Giudice a quo è opportuno precisare che questo specifico caso è analogo a quello posto all'attenzione del T.A.R. Piemonte di cui all'ordinanza n. 88/2018. Il ricorrente, infatti, contesta l'ammissione dell'operatore economico controinteressato in uno con il ricorso avverso l'aggiudicazione. Ne consegue l'irricevibilità del ricorso secondo la norma del 120, comma 2-bis c.p.a. che preclude espressamente una simile impugnazione. Da qui, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio a quo.

Orbene, venendo alla trama argomentativa dell'ordinanza n. 1097/2018, il T.A.R. ritiene che il predicato della personalità, attualità e concretezza dell'interesse (processuale, ben inteso) emergente nel processo amministrativo, oltre a derivare dal tenore letterale dell'art. 100 c.p.c., sarebbe desumibile anche dall'analisi dell'interesse legittimo (ovviamente di natura sostanziale). Ciò discenderebbe proprio dal concetto di "tutela degli interessi legittimi" riconosciuto in Costituzione agli artt. 24, 103 e 113 secondo cui l'azione giurisdizionale in presenza di una lesione attuale e concreta è proposta "personalmente" dal solo ricorrente perché egli è "...l'unico soggetto dell'ordinamento che può vantare autonomamente l'utilità del giudizio e non può essere una legge dello Stato ad imporgli la doverosità"<sup>101</sup>.

In disparte di tale profilo, l'ordinanza n. 1097/2018 riconosce l'esistenza nell'ordinamento di ipotesi normative eccezionali di legittimazione processuale riconosciuta ex lege ad alcuni soggetti pubblici<sup>102</sup>, che però riconduce a una situazione di carattere eccezionale riservata – non a caso – ad enti che, per loro natura, perseguono interessi generali. Dunque, è escluso che simili ipotesi legislativamente previste abbiano introdotto una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo.

---

<sup>100</sup> Si tratta dell'ordinanza n. 1097/2018 del 20 luglio 2018, *cit.*.

<sup>101</sup> *Cfr.* T.A.R. Puglia, ord. n. 1097/2018, *cit.*.

<sup>102</sup> Si riferisce alla possibilità per l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato di proporre ricorso giurisdizionale avverso atti amministrativi lesivi della concorrenza ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990 e all'analogia possibilità per l'ANAC di avvalersi di una simile previsione legislativa per l'impugnazione di atti amministrativi affetti da gravi violazioni del codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, del d.lgs. n. 50/2016.



Infine, il T.A.R. analizza i principi di ragionevolezza e proporzionalità alla luce dei principi di diritto stabiliti dalla Corte costituzionale<sup>103</sup>. Dall'analisi condotta dal Giudice rimettente emergerebbe l'irragionevolezza che affligge il comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. nella parte in cui da un lato, impone l'onere di impugnazione all'atto (tradizionalmente) endoprocedimentale relativo alle ammissioni e/o esclusioni, sancendo dall'altro lato l'inammissibilità di un ricorso proposto avverso altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività<sup>104</sup>.

Dunque il legislatore avrebbe irragionevolmente imposto un onere "inutile" in capo al concorrente-ricorrente al solo fine di pervenire in tempi celeri a una definizione della platea dei candidati. A detta del Giudice rimettente, ciò contrasterebbe con il principio di proporzionalità avendo determinato un ingiusto ed eccessivo sacrificio del privato rispetto agli interessi pubblici di definire le ammissioni dei candidati prima dell'aggiudicazione. Pertanto il Collegio, nello svolgere un'analisi sul principio di proporzionalità per come esso è inteso dal Giudice delle Leggi, ha ritenuto il rito super-speciale non compatibile con il medesimo<sup>105</sup>.

*8. L'ordinanza della Corte di Giustizia Ue 14 febbraio 2019 (C-54/18) e la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018.*

In attesa che si pronunci la Corte costituzionale, hanno nel frattempo dato la loro autorevole risposta la Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata in causa dal T.A.R. Piemonte, e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, in materia di impugnazione di clausole del bando di gara, ha colto l'occasione per pronunciarsi anche sul rito super-speciale, sotto il profilo della sussistenza dell'interesse ad agire.

In particolare, l'ordinanza del 14 febbraio 2019 resa dalla IV Sezione della Corte di Giustizia Ue, ha dato risposta affermativa a entrambe le questioni pregiudiziali sollevate dal Giudice nazionale, nel senso di ritenere non ostativa la normativa eurounitaria in materia di diritto di difesa alla disciplina nazionale introdotta dal d.lgs. n. 50/2016.

Sulla prima questione la Corte ha osservato che il termine di trenta giorni per impugnare il provvedimento recante le ammissioni e/o esclusioni è compatibile con le norme europee richiamate "solo 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

---

<sup>103</sup> Cfr. Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, in *www.cortecostituzionale.it* per quanto attiene al principio di ragionevolezza.

<sup>104</sup> Il comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. afferma testualmente nell'ultimo periodo "È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività".

<sup>105</sup> Cfr. Corte cost., 20 novembre 2017, n. 241, *Id.* 30 maggio 2016, n. 121, *Id.*, 3 marzo 2016, n. 44, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.



violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata"<sup>106</sup>. Inoltre, ha ritenuto immune da ipotesi di violazione del diritto UE l'immediata impugnazione del provvedimento di ammissione, atteso che tale atto è idoneo a cagionare al partecipante un danno diverso ed indipendente rispetto al pregiudizio che gli potrebbe derivare dall'aggiudicazione disposta in favore di un altro concorrente.

Sulla seconda questione, invece, la Corte UE non si esprime direttamente, demandando al Giudice del rinvio di valutare se, nel caso concreto, la ricorrente "sia stata posta effettivamente in condizione di proporre un ricorso entro il termine di decadenza di 30 giorni di cui all'art. 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo"<sup>107</sup>.

Dunque, per i giudici di Lussemburgo la normativa italiana di recepimento delle direttive contratti (quale è il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016) non è in contrasto con la disciplina eurounitaria in materia di diritto di difesa.

Per quanto attiene ai giudici interni, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha fatto il punto su alcune questioni nel frattempo emerse in giurisprudenza, cercando (ma non riuscendo, come si è visto) di risolvere tutti i dubbi sorti nella prassi.

In particolare, ha stabilito che il comma 2-bis è di stretta interpretazione e che il rito è applicabile "solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016"<sup>108</sup>. Inoltre, ha affermato che il rito è utilizzabile solo quando l'esclusione è disposta prima dell'esame delle offerte e non durante la "comprova" dei requisiti in possesso dell'aggiudicatario. Queste due prime conferme dovrebbero definitivamente chiarire le questioni trattate nei precedenti paragrafi 4 e 5. Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, sebbene si stia addivenendo a un orientamento giurisprudenziale prevalente, le questioni non appaiono del tutto risolte.

Quanto all'interesse a ricorrere, l'Adunanza Plenaria ha statuito che "con la detta disposizione normativa il legislatore ha inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale". Tale obiettivo è stato conseguito "...attraverso l'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". La scelta perseguita dal legislatore non è illogica atteso che "l'anticipata emersione di

<sup>106</sup> Cfr. Corte Giustizia UE, C-54/18, *cit.*, par. 32.

<sup>107</sup> *Ibidem*, par. 46.

<sup>108</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



tale interesse procedimentale si giustifica in quanto la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione<sup>109</sup>.

La tesi dell'Adunanza Plenaria muove da una presunzione di lesività del provvedimento di ammissione ed esclusione creata direttamente dalla legge e su cui si fonda la sussistenza dell'interesse ad agire.

L'argomentazione è innovativa, sebbene occorra ricordare che, nel nostro ordinamento, opera una diversa presunzione, quella per cui la P.A. persegue e tutela sempre l'interesse pubblico, spettando al privato dimostrare che ciò non è accaduto.

Portando alle estreme conseguenze la tesi della Plenaria, è lecito domandarsi se la presunzione legale di lesività, oltre a determinare la sussistenza dell'interesse a ricorrere, determini anche una modifica nella ripartizione dell'onere della prova nel processo.

Nel solco di un simile ragionamento, si potrebbe pensare che in capo all'amministrazione, sussista l'onere di provare la non lesività del provvedimento impugnato, mentre il ricorrente potrebbe limitarsi a impugnare senza dedurre particolari vizi, essendo "protetto" dalla presunzione di lesione. Sono evidenti le conseguenze di questa ipotesi "estrema", che condurrebbe a una profonda modifica del ruolo (e dei poteri) delle parti nel processo amministrativo.

Se il processo non sembra concretamente subire modifiche quanto al regime probatorio, potrebbero già aver subito dei cambiamenti le funzioni del giudice amministrativo.

Dall'esame di tutti i profili critici trattati in precedenza e, non ultimo, dalla conformazione di un interesse strumentale che, ancorché separato e distinto dall'interesse generale, sembra assomigliargli molto al punto da renderlo a esso sovrapponibile, vi è il rischio di veder approdare il ricorso giurisdizionale amministrativo verso una giurisdizione di tipo oggettivo, attribuendo al giudice amministrativo una funzione di controllo che non gli appartiene<sup>110</sup>.

Tale funzione di controllo si sostanzierebbe nel garantire, non più (o comunque non solo) la tutela delle posizioni giuridiche del privato, ma la mera (e astratta) legalità dell'azione amministrativa per garantire la speditezza della gara. In poche parole, il rischio paventato da parte della dottrina, è quello di assistere a un profondo cambiamento delle funzioni del giudice amministrativo: da plesso giurisdizionale

---

<sup>109</sup> Cfr. G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso*, cit., 6 secondo cui "questa riforma provvede mediante una tacita fictio iuris. Abilitando al ricorso immediato, dà per costituito l'interesse a ricorrere, quasi fosse avvenuto a quel riguardo un effetto di lesione al bene della vita: cioè ad applicarvi – secondo lo schema proprio delle finzioni giuridiche – una fattispecie legale di costituzione della lesione medesima".

La giurisprudenza ultimamente ha avallato tale ricostruzione operata dalla Plenaria, come riconosciuto da Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4180; Id., Sez. V, 23 novembre 2018, n.6636; Id., 7 novembre 2018, n.6290, tutte in *l'amministrativista.it*.

<sup>110</sup> E.M. BARBIERI, *L'interesse a ricorrere*, cit..



titolare di analoghe funzioni, a plesso giurisdicente (quasi una sorta di amministrazione giustiziale) con funzioni di controllo.

In conclusione, con la speranza di aver fornito un quadro omnicomprensivo delle problematiche sottese al rito in esame, pare opportuno soffermarsi su una tesi avanzata da autorevole dottrina secondo cui, in luogo dell'immediato ricorso giurisdizionale, il partecipante che intende contestare l'altrui ammissione potrebbe proporre un ricorso amministrativo alla stessa stazione appaltante di modo che, il successivo ricorso giurisdizionale (avverso le aggiudicazioni) censuri le ammissioni nei limiti di quanto dedotto con il ricorso amministrativo e solo se tale ricorso sia stato effettivamente proposto<sup>111</sup>.

Quanto agli sviluppi futuri del rito super-speciale, è consentito ipotizzare nuovi orientamenti su tutti (e altri) i temi trattati. Si pensi al contrasto (ad oggi insanabile) sulla decorrenza del termine per impugnare o alla sussistenza dell'interesse a ricorrere.

Invero, ulteriori novelle sul rito in esame, così come sull'intero codice dei contratti pubblici, potrebbero pervenire dal legislatore. Infatti, nel Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2019, il Governo ha approvato un disegno di legge recante un ampio esercizio di deleghe tra cui è inclusa anche la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie "riducendo gli oneri di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento"<sup>112</sup>. In data 20 marzo 2019 il Consiglio dei Ministri ha approvato un decreto legge, meglio noto come "sblocca cantieri", che si prefigge l'obiettivo di abrogare i commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a. eliminando quindi il rito super-speciale sul presupposto che esso è "una norma che rischia di comprimere il diritto di difesa ex art. 24 Cost."<sup>113</sup>.

Orbene, se da un lato la decisione trova ampia condivisione tra gli addetti ai lavori e gli operatori economici, va anche detto che la modifica – per quanto è dato sapere e al netto di eventuali modifiche apportate nei successivi passaggi legislativi – potrebbe far emergere nuove questioni problematiche. Infatti, il Governo non avrebbe intenzione di modificare l'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 che impone alle stazioni appaltanti di pubblicare il provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni, con la conseguenza che si perverrebbe alla paradossale situazione per cui

---

<sup>111</sup> Cfr. R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, fasc.5, 2016, 1107, in cui si evidenzia, tra l'altro, che per ridurre il contenzioso e la sua durata "occorre lavorare a "monte" del processo", investendo su mezzi deflattivi quali, in primis, le regole chiare, il soccorso istruttorio, i criteri reputazionali, i rimedi precontenziosi. Occorre anche lavorare "sul processo e nel processo", con scelte di sistema, quali la sinteticità degli atti, la specializzazione del giudice, il ruolo nomofilattico dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato [...] In conclusione la velocità del processo non dipende dalle norme processuali e la sua accelerazione non si consegue con il convulso succedersi delle leggi, è piuttosto questione di organizzazione delle risorse umane, da una parte, e di "cultura del processo", dall'altra".

<sup>112</sup> Cfr. art. 1, comma 2, lett. h), del d.d.l. approvato in Consiglio dei Ministri in data 28 febbraio 2019, reperibile su [www.governo.it](http://www.governo.it) e [www.giuridanella.it](http://www.giuridanella.it).

<sup>113</sup> Cfr. relazione allegata allo schema del decreto legge "sblocca cantieri" all'esame del Governo e reperibile su [internet](http://internet) e, tra i vari siti, su [www.lavoripubblici.it](http://www.lavoripubblici.it). Si veda anche [www.governo.it](http://www.governo.it).



la pubblicazione del provvedimento sarebbe comunque dovuta dall'amministrazione ma l'operatore economico non avrebbe più lo strumento per impugnarlo immediatamente.

Sotto quest'ultimo profilo si segnala che la Corte di Giustizia Ue ha ritenuto necessario sottoporre allo scrutinio giurisdizionale la fase di ammissione dei candidati a una procedura di gara<sup>114</sup>. Dunque, posto che un controllo giurisdizionale su tale fase è ineludibile, dovrà valutare il legislatore come modificare il contenzioso in materia di contratti pubblici nel rispetto dei suddetti principi eurounitari.

---

<sup>114</sup> Cfr. Corte Giustizia UE, 5 aprile 2017, C-391/15, *Marina del Mediterraneo*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), in cui si afferma il principio di diritto per cui deve essere consentita l'impugnazione di un atto "preparatorio" di una gara qualora questo risulti (o, più correttamente, qualora il ricorrente lo ritenesse) in contrasto con il diritto dell'Ue.